

Dret del Treball i de la Seguretat Social

**Aspectos jurídico-laborales de la reversión
de contratas públicas:**

*La integración de los trabajadores a la luz del Derecho
Constitucional y del Derecho Europeo*



TESIS DOCTORAL

Presentada por:

SERGIO YAGÜE BLANCO

Dirigida por:

DR. D. JUAN ANTONIO ALTÉS TÁRREGA

Valencia, julio 2021

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, CIENCIA
POLÍTICA Y CRIMINOLOGÍA (RD 99/2011)

Esta Tesis Doctoral ha sido desarrollada gracias a la financiación recibida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades para la suscripción de contratos predoctorales del programa de Formación de Profesorado Universitario (FPU).

Agradecimientos

Me considero afortunado por haber contado con tantas personas, tanto en el ámbito personal como académico, que han sido un apoyo para poder transitar este largo y difícil camino que me ha llevado hasta aquí. A todas ellas, gracias, gracias y más gracias.

Particularizando, quiero agradecer en primer lugar a mi director de tesis, el Dr. D. Juan Antonio Altés Tárrega, por la confianza, la paciencia, la disponibilidad, la flexibilidad, la generosidad y la empatía. Has sido una pieza clave para poder llegar a buen puerto, créeme. Solo deseo que finalizada la relación formal director-doctorando pueda seguir contando con tu amistad y tu consejo en el futuro, así como estar ahí para lo que necesites.

Gracias a los miembros del Tribunal por haber aceptado participar en este acto tan importante, tanto a los titulares como a los suplentes: Dras./Dres. D. Jesús Cruz Villalón, Dña. Remedios Roqueta Buj, Dña. Susana Rodríguez Escanciano, Dña. Ana De la Puebla Pinilla, D. José María Goerlich Peset y D. Juan Bautista Vivero Serrano.

Gracias en general al personal docente y administrativo del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En especial, a quienes fueron mis profesoras/es y referentes académicos y que se han prestado en todo momento a ayudarme, ya sea con la docencia, con la investigación o simplemente para conversar, aconsejarme y transmitirme su apoyo.

Gracias a mis compañeras y compañeros PIF o, más extensivamente, a quienes durante una época conformamos el «Pasillo A». Gracias por el compañerismo. Gracias, a quienes habéis trascendido al terreno de la amistad, por las risas, las larguísimas conversaciones telefónicas, el apoyo y la terapia mutua que hemos hecho.

Gracias a mis amigas y amigos del «FIPU»: Adriana, Josep y Noelia. Llegasteis en un momento clave y os habéis convertido en personas imprescindibles para mí. ¡Cuántas cosas buenas y cuántos «momentazos» nos quedan por compartir!

Muy en especial a Raúl, por haber sido un buen compañero de viaje todo este tiempo, desde el primer día de la carrera hasta hoy, que hemos llegado a la «meta» juntos. Sin ti, la universidad no habría sido lo mismo. Gracias amigo.

Gracias a Marta Marín y Charo Genovés, por vuestra inestimable ayuda. Una parte importante de este resultado os lo debo a vosotras.

Gracias, por supuesto a mis amigas y amigos de siempre, quienes no han dejado de llamarme y de contar conmigo a pesar de las largas ausencias. Gracias por la «vía de escape» y simplemente por estar ahí en los buenos momentos y en los menos buenos.

Gracias a mi familia, tanto por consanguinidad como por afinidad. Gracias a vosotros soy lo que soy. En especial, como no puede ser de otra manera, a mi madre. Te quiero mamá. Y a mi padre, te quiero y no te olvido.

Gracias a mi pareja, Fran, quien ha vivido la cara menos amable de esta etapa. Gracias por quererme, aunque no siempre lo haya merecido; gracias por suplirme, allá donde no he podido llegar; y gracias por el proyecto de vida que sigue plenamente vigente.

A ti, Esther, prima,
Gracias por la lección de vida, por la valentía, la fuerza, las ganas de luchar y de vivir que nos
has contagiado, aun sin pretenderlo.
Gracias por haber estado pendiente de mí cuando en realidad eras tú quien merecía la atención.
Gracias simplemente por haber sido tú misma.
Y gracias a la vida por haberte puesto en mi camino.
Te quiero. Siempre. ¡Viva la vida!

Abreviaturas

AAPP	Administraciones Públicas
AA.VV.	Autores varios
AGE	Administración General del Estado
AN	Audiencia Nacional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso/Senado)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE n.º C-326, de 26-10-12 (versión consolidada).
CDSFT	Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores. Aprobada el 9 de diciembre de 1989, Estrasburgo.
CE	Constitución Española de 1978. BOE n.º 311 de 29-12-1978
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Firmado el 4 de noviembre de 1950, Roma (BOE n.º 243, de 10-10-79).
CSE	Carta Social Europea.
CSE revisada	Carta Social Europea revisada.
Directiva 2001/23/CE (vigente)	Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo, 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 centros de actividad. DOUE n.º L 82 de 22-03-01.
Directiva 98/50/CE	Directiva 98/50/CE, del Consejo de 29 de junio, 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 centros de actividad. DOUE n.º L 201 de 17-07-98
Directiva 77/187/CEE	Directiva 77/187/CEE, del Consejo de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. DOUE n.º L 201 de 17-07-98
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea ¹
EBEP (vigente)	RD-legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE n.º 261 de 31-10-15-

¹ Se denominará de manera uniforme a pesar de que hasta 01-02-03 su denominación oficial era Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE).

EBEP-2007	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE n.º 89 de 13-04-07.
EM	Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. BOE n.º 301 de 17-12-03.
ET (vigente)	RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE n.º 255 de 24-10-15.
ET-1995	RD-legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE n.º 75 de 29-03-95.
ET-1980	Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE n.º 63 de 14-03-80.
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. BOE n.º 119 de 19-05-95.
LCSP (vigente)	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE n.º 72 de 09-11-18.
TRLCSP-2011	RD-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. BOE n.º 276 de 16-11-2011.
LCSP-2007	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. BOE n.º 261 de 31-10-07
LCT	Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo. Gaceta de Madrid n.º 326 de 22-11-31.
LE	RD-legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. BOE n.º 255 de 24-10-15.
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal. BOE n.º 131 de 02-06-1994.
Ley 21/2017 Generalitat Valenciana	Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat. DOGV n.º 8202 de 30-12-17. BOE n.º 38 de 12-02-18.
LFPV	Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana. DOGV n.º 6310 de 17-07-10. BOE n.º 190 de 06-08-10.
LGSS (vigente)	RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE n.º 261 del 31-10-15.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. BOE n.º 167 de 14-07-98.
LOEPEF	Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. BOE n.º 103 de 30-04-12.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. BOE n.º 90 de 15-04-1997
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE n.º 157 de 02-07-85.
LOTG	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE n.º 239 de 05-10-79.
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. BOE n.º 307 de 24-12-01.
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. BOE n.º 254 de 04-11-03.

LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.
LPL	RD-legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE n.º 86 de 11-04-95.
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE n.º 269 de 10-11-1995
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. BOE n.º 80 de 03-04-05.
LRRL	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. BOE n.º 96 de 21-04-76.
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. BOE n.º 245, de 11-10-11.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE n.º 236 de 02-10-2015.
LRSP	Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de Reforma Administrativa. BOE n.º 226 de 17-09-14.
LRSAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. BOE n.º 312 de 30-12-13.
RD / RD-legislativo / RD-ley	Real Decreto / Real Decreto-legislativo / Real Decreto-ley
RGI	RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. BOE n.º 85 de 10-04-95
SAN / SSAN	Sentencia / Sentencias de la Audiencia Nacional
STC / SSTC	Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional
STCT / SSTCT	Sentencia / Sentencias del Tribunal Central de Trabajo
STEDH / SSTEDH	Sentencia / Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE / SSTJUE	Sentencia / Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
STS / SSTS	Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ / SSTSJ	Sentencia / Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma
TC	Tribunal Constitucional
TCCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma. Firmado el 25 de marzo de 1957.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Firmado el 25 de marzo de 1957. DOUE n.º C 326 de 26-10-12 (versión consolidada).
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea ²

² Se denominará de manera uniforme a pesar de que hasta el 01-12-09 su denominación oficial era Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)

TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma
TRLCT	Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. BOE nº 55 de 24-02-44.
TRLE	RD-legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. BOE n.º 255 de 24-10-15.
TRRL	RD-legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. BOE nº 96 de 22-04-1986.
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma
TUE	Tratado de la Unión Europea
(CA)	Orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo

Índice

INTRODUCCIÓN	7
I. Delimitación del objeto de estudio	9
1. La importancia de las palabras utilizadas	9
1.1. No se trata de crear un servicio público sino de alterar su forma de gestión.....	9
1.2. No es un fenómeno exclusivo del ámbito local.....	11
1.3. No solo afecta a servicios públicos sino también a otras actividades y cometidos públicos.....	12
2. Las palabras adecuadas: «reversión de contratos públicas»	12
II. Relevancia y pertinencia del objeto de la investigación	13
III. Estructura del trabajo y objetivos de la investigación	14

PARTE PRIMERA. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE TRANSMISIÓN DE EMPRESA A LA REVERSIÓN DE CONTRATAS PÚBLICAS

CAPÍTULO PRIMERO. LA SUCESIÓN DE EMPRESAS DE ORIGEN LEGAL: DELIMITACIÓN DEL DOBLE ÁMBITO NORMATIVO E INTERPRETATIVO

I. Introducción	21
II. La normativa comunitaria sobre traspasos de empresas	22
1. Contexto y evolución normativa	22
1.1. La Directiva 77/187/CEE.....	22
1.2. La Directiva 98/50/CEE.....	26
1.3. La Directiva 2001/23/CE.....	30
2. Finalidades de la normativa comunitaria	31
2.1. Las razones declaradas en el momento de su aprobación.....	31
2.2. Su vigente necesidad para las instituciones comunitarias	34
3. Estructura jurídica de la Directiva 2001/23/CE	38
3.1. Aproximación sistemática: ámbito de aplicación y garantías laborales.....	38
3.2. El carácter imperativo y de norma de orden público.....	40
III. La normativa nacional sobre sucesión de empresas	41
1. Contexto y evolución histórica	41
1.1. La regulación de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944	41
1.2. La Ley de Relaciones Laborales y el Estatuto de los Trabajadores	43
1.3. La única reforma del art. 44 ET-1995 por la Ley 12/2001, de 9 de julio.....	47
2. Las finalidades del art. 44 ET	51
2.1. Cuestiones dogmáticas	51
2.2. Los bienes jurídicos protegidos	54
3. Regulación y estructura	58

CAPÍTULO SEGUNDO. LA COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO NACIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

I. Introducción	61
II. Los principios de eficacia directa y primacía según la jurisprudencia comunitaria	62
1. El principio de eficacia directa	62
2. El principio de primacía	69
3. Vías indirectas para extender el efecto útil de las Directivas y garantizar la uniformidad y primacía del Derecho comunitario	75
4. La aceptación de la jurisprudencia del TJUE por la jurisdicción constitucional: especial atención al principio de primacía y los límites impuestos por el TC	85

4.1. Las SSTC n.º 28/1991, de 14 de febrero y n.º 64/1991, de 22 de marzo	87
4.2. La STC n.º 58/2004, de 19 de abril	89
4.3. La Declaración del TC n.º 1/2004, de 13 de diciembre	90
4.4. Las últimas sentencias acerca del control de constitucionalidad y la necesidad de interponer la cuestión prejudicial ante el TJUE	94

CAPÍTULO TERCERO. LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA 2001/23/CE Y DEL ARTÍCULO 44 ET A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

I. Introducción	97
II. Delimitación ámbito aplicación directiva 2001/23/CEE: actividad económica vs reorganización de funciones administrativas	97
1. Reorganización o traspaso entre autoridades públicas	98
2. Traspaso de «funciones administrativas» o «de poder público»	100
2.1. La influencia del concepto de «empresa» a la luz del Derecho de la Competencia: distinción entre «actividad económica» y «actividad de poder público».....	102
2.2. La influencia del concepto de «trabajador» a la luz de las libertades de circulación y la Política Social: el carácter restrictivo de la excepción	108
III. La irrelevante falta de previsión específica del artículo 44 ET	110
1. La Ley de Presupuestos Generales del Estado y Ley de Contratos del Sector Público de 2017 como normas de transposición tardías	112
2. La normalización en la jurisprudencia española	113
IV. El ámbito personal de aplicación: el concepto de trabajador	125

CAPÍTULO CUARTO. LA REVERSIÓN DE CONTRATAS PÚBLICAS COMO TRANSMISIÓN DE EMPRESA (I): ASPECTOS GENERALES

I. Introducción	133
II. La aplicabilidad de la sucesión de empresas a los fenómenos de descentralización productiva en la Administración Pública	135
1. Breve excursión en torno a la descentralización productiva.....	135
2. La clásica exigencia del doble requisito subjetivo y objetivo	138
3. La postura del Tribunal Supremo ante la sucesión de empresas en supuestos de externalización y sus posteriores vicisitudes.....	140
4. La postura del TJUE ante la externalización de servicios	142
III. El requisito de carácter subjetivo: el cambio de titularidad.....	142
1. El procedimiento de la transmisión en la jurisprudencia comunitaria: interpretación amplia y finalista del TJUE	143
2. La causa de la transmisión en la jurisprudencia española.....	148
3. Los contratos del sector público como negocio transmisivo	156
IV. El requisito de carácter objetivo: la entidad económica transmisible	171
1. El criterio funcional y flexible del TJUE.....	171
1.1. La transmisión de la entidad económica «típica»: doctrina general.....	171
1.2. La transmisión de la entidad económica basada en la mano de obra: doctrina de la «sucesión de plantillas».....	180
1.3. La dicotomía de entidades económicas y la necesaria valoración previa del tipo de actividad empresarial	183
1.4. La reciente permeabilidad de criterios, ¿hacia un abandono de la tradicional entidad económica dicotómica?	187
2. La «no tan flexible» noción de entidad económica para el TS	191
2.1. El histórico criterio patrimonialista	191
2.2. La aceptación (forzosa) de la sucesión de plantillas.....	201
2.3. El posterior alineamiento de la jurisprudencia nacional y europea.....	202

CAPÍTULO QUINTO. LA REVERSIÓN DE CONTRATAS PÚBLICAS COMO TRANSMISIÓN DE EMPRESA (II): CUESTIONES ESPECÍFICAS Y ESTADO ACTUAL

I. Reversiones de contratas y concesiones públicas en la actualidad: la inicial convergencia entre la jurisprudencia nacional y europea	205
II. Singularidades de las reversiones de contratas públicas basadas en equipamiento patrimonial	213
1. La puesta a disposición de bienes de dominio público	213
1.1. La falta de transmisión de la propiedad de la infraestructura patrimonial.....	220
1.2. «Confusión» en la valoración entre actividades materializadas y desmaterializadas: la omisión de la necesaria ponderación de las circunstancias de hecho relevantes.....	226
1.3. El nuevo ajuste a la doctrina comunitaria: las SSTs de 19 de septiembre de 2017	235
2. La (infra) valoración de los activos intangibles	242
3. Vicisitudes en torno a la continuidad de la actividad	249
3.1. Continuación efectiva de la actividad vs. mera posibilidad de continuar	250
3.2. Suspensión o paralización de la actividad	257
3.3. Intervención temporal de la actividad por la Administración	265
4. La relevancia de la clientela en la contratación pública.....	266
III. Singularidades de las reversiones de contratas públicas basadas en la mano de obra ..	280
1. Su escasa virtualidad debido a la naturaleza pública del comitente	280
2. Supuestos sintomáticos de sucesión de plantillas	283
3. Las posturas enfrentadas en torno a la «contrata» o «concesión» como criterio determinante de la transmisión de empresa	289
4. La consideración de elementos de valoración alternativos a la plantilla.....	302
4.1. La necesaria relativización del criterio de la «sucesión de plantillas»	303
4.2. La especial relevancia de la «transmisión de la clientela»	304
4.3. La apreciación de otros indicios «coadyuvantes»	309
4.4. Recopilando ideas.....	310
4.5. Una alternativa para recomponer el equilibrio de los intereses en liza.....	311
IV. Gestión directa a través de un medio propio personificado	315
1. La existencia de diversas fórmulas de gestión directa	315
2. Los medios propios personificados: descentralización productiva interna o impropia.....	316
3. La aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresa	319
4. Límites a la creación y mantenimiento de entes instrumentales	321

CAPÍTULO SEXTO. OTRAS FUENTES DE SUBROGACIÓN

I. Introducción	325
II. Cláusulas de subrogación en la Negociación colectiva	326
1. Caracterización general de la subrogación convencional.....	326
1.1. La necesaria vinculación funcional del Convenio Colectivo	328
1.2. Requisitos procedimentales a cumplir por las empresas implicadas.....	330
1.3. Requisitos referidos a la personal del trabajador	332
1.4. Régimen de efectos de la subrogación convencional	333
1.5. Interpretación de la cláusula.....	334
2. Interferencias entre la subrogación legal y convencional a causa de la doctrina comunitaria sobre la sucesión de plantillas.	335
2.1. Consideraciones previas.....	335
2.2. La evolución hermenéutica sobre la subrogación convencional y la sucesión de plantillas	336
3. La subrogación convencional en los supuestos de reversión de contratas públicas	345
3.1. La consolidada doctrina sobre la inaplicación del convenio sectorial.....	345
3.2. La irrupción del artículo 130.3 LCSP	354
3.3. La interpretación judicial del artículo 130.3 LCSP	360
III. La subrogación ex pliegos de condiciones administrativas	362
IV. Subrogación por normativa legal administrativa	364

PARTE SEGUNDA. LAS GARANTÍAS LABORALES DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA SUBROGACIÓN DEL EMPRESARIO PÚBLICO EN LOS VÍNCULOS LABORALES: EL PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN AUTOMÁTICA Y LAS EXTINCIONES PREVIAS A LA REVERSIÓN

I. Introducción	373
II. Algunas aclaraciones previas sobre el conjunto de garantías individuales y la interrelación entre ellas	374
III. La continuidad del vínculo contractual con el empleador público	377
1. La modificación subjetiva del empresario laboral: el principio de subrogación automática	377
2. La necesaria vigencia de la relación laboral.....	379
3. La adscripción a la contrata o concesión objeto de sucesión	380
IV. Las extinciones contractuales previas a la reversión del servicio externalizado	387
1. El alcance de las facultades extintivas del contratista público y el significado de la prohibición de despedir del cedente.....	388
1.1. Despidos ajenos a la sucesión y su incidencia sobre la continuidad de la relación laboral	391
1.2. Despidos ilegales a consecuencia de la posterior sucesión de empresa.....	394
1.3. Despidos realizados en fraude de ley.....	405
1.4. Despidos por razones económicas, técnicas u organizativas vs. despidos ilegales a consecuencia del traspaso en la jurisprudencia del TJUE. Adecuación a las soluciones jurisprudenciales nacionales.....	423
2. La voluntad del trabajador: el alcance del derecho de oposición y la facultad resolutoria..	426
3. La no continuidad derivada de la voluntad conjunta.....	431
4. La terminación de los contratos temporales: el contrato para obra o servicio determinado vinculado a la contrata o concesión	432
4.1. Consideraciones generales.....	432
4.2. El punto de partida: la admisión del contrato público como presupuesto habilitante del contrato para obra o servicio.....	433
4.3. La evolución posterior: límites a la extinción del contrato	437
4.4. Nuevas correcciones sobre la causa del contrato: ¿«crónica de una muerte anunciada»?	443
4.5. Contrato para obra o servicio y subrogación empresarial	448
4.6. STS de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/18: un desenlace con final feliz.....	461

CAPÍTULO OCTAVO. LA EFICACIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL PARA LIMITAR EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

I. Introducción	465
II. Los principios constitucionales rectores de acceso al empleo público: igualdad, mérito y capacidad.....	466
1. Consideraciones previas	466
2. El fundamento constitucional de los principios de acceso al empleo público y su virtualidad en el personal laboral	468
2.1. Estructura y contenido del Derecho Fundamental a la igualdad de oportunidades en el acceso a las funciones y cargos públicos.....	469
2.2. Los principios de mérito y capacidad	473
2.3. La aplicabilidad de los principios constitucionales al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.....	476
3. Los principios de acceso al empleo público como obstáculo real y efectivo a la subrogación contractual por aplicación de la normativa laboral de la sucesión de empresas	494
3.1. Desde el punto de vista constitucional	494
3.2. Desde la lógica del Derecho Europeo.....	511

CAPÍTULO NOVENO. OBSTÁCULOS LEGALES PARA LA SUBROGACIÓN LABORAL DEL ENTE PÚBLICO

I. El procedimiento selectivo de acceso al empleo público y su incumplimiento ante la jurisdicción ordinaria	539
1. El sistema de fuentes que ordena la selección de personal	541
2. Las principales reglas de la selección de personal	544
2.1. Requisitos de acceso, órganos de selección y sistemas selectivos.....	544
2.2. Actos previos a la selección de personal.....	548
3. Los efectos jurídicos de la inobservancia del procedimiento selectivo y del resto de obligaciones legales.....	554
3.1. El control judicial de los incumplimientos en el proceso de selección.....	554
3.2. Consecuencias jurídicas de las irregularidades en el proceso de selección	559
3.3. La jurisprudencia consolidada sobre supuestos conexos: reorganizaciones y reestructuraciones en el sector público.....	580
4. La diferente aplicación de las reglas de acceso al empleo público en función de la forma jurídica del empresario público	588
4.1. Normativa aplicable	588
4.2. La proyección de los principios de mérito y capacidad sobre el acceso al empleo en entidades del sector público sometidas al Derecho privado.....	594
4.3. El marco regulador de la selección de empleados en las Sociedades y Fundaciones del sector público.....	596
II. Las restricciones presupuestarias al incremento de plantillas	600
1. Límites presupuestarios a la contratación de nuevo personal: la tasa de reposición	600
1.1. Concepto, finalidad y evolución.....	600
1.2. La tasa de reposición como límite real y efectivo a la subrogación	606
2. La «fugaz» cláusula anti-reversión de la LPGE 2017	617
2.1. El contenido de la Disposición Adicional 26 de la LPGE	617
2.2. La exégesis normativa	618
2.3. Análisis de la evolución normativa posterior	641
III. La prohibición de «consolidación» del empleo al finalizar la adjudicación del contrato de servicios.....	650
IV. Obstáculos referidos a la persona del trabajador	659
1. Incumplimiento de los requisitos generales de acceso al empleo público	659
2. Las incompatibilidades del personal del sector público.....	663
2.1. Campo de aplicación objetivo y subjetivo de la Ley 53/1984	665
2.2. Incompatibilidad entre actividades públicas.....	666
2.3. Incompatibilidad con actividades privadas	667
2.4. Incompatibilidad sobrevenida por sucesión de empresa.....	669
V. La distinta naturaleza de los puestos de trabajo antes y después de la cesión.....	676

CAPÍTULO DÉCIMO. LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES COMO PERSONAL DEPENDIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN: SOLUCIONES ENSAYADAS, ANÁLISIS Y PROPUESTAS

I. Introducción: las soluciones ensayadas para integrar a la plantilla	691
II. La prevalencia de la normas de acceso al empleo público: la extinción del contrato de trabajo del personal afectado por la transmisión	693
1. La «no subrogación» en las relaciones laborales.....	693
2. Subrogación y despido por parte de la administración cesionaria	696
2.1. Despidos individuales o colectivos por causas de empresa	696
2.2. Despido por fuerza mayor basado en el factum principis.....	701
2.3. La posible regulación de una causa objetiva basada en las exigencias legales de acceso al empleo público con base al mérito y la capacidad	705
2.4. El análisis de oportunidad y conveniencia de la medida extintiva	706
III. Integración como Personal Laboral al servicio de las AAPP de carácter Indefinido no Fijo de plantilla	708
1. El origen y la configuración del Indefinido no fijo de plantilla	710
2. Régimen y naturaleza	715
2.1. La inexistencia de un marco normativo adecuado como punto de partida.....	715

2.2. Régimen extintivo del personal indefinido no fijo	717
2.3. Las dudas sobre su naturaleza indefinida o temporal.....	724
2.4. El estatuto profesional del indefinido no fijo	726
3. La aplicación a otros supuestos diversos a la contratación temporal.....	745
4. Reversión de contrata públicas e Indefinido no fijo	761
4.1. Posturas a favor de su extensión a la reversión de contrata públicas.....	762
4.2. Posturas en contra de su extensión a la reversión de contrata públicas.....	770
4.3. La influencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017	777
4.4. Un nuevo «pulso» entre la jurisprudencia nacional y europea.....	779
5. El análisis de oportunidad y conveniencia de la aplicación del indefinido no fijo al personal subrogado	788
IV. Personal laboral común dependiente de una Entidad Pública y diferenciado por su adscripción al servicio antes externalizado	796
1. El «Personal a Extinguir» de creación legal	797
1.1. Origen y supuestos para los que se diseñó	797
1.2. Aplicación a supuestos de reversión de contrata públicas.....	804
2. El «Personal subrogado» de creación doctrinal.....	817
3. El análisis de oportunidad y conveniencia de ocupar «plazas a extinguir» mediante personal laboral común subrogado	824
3.1. La posible necesidad de una habilitación legal para su aplicación.....	824
3.2. Las dudas acerca del alcance de la «necesidad de superar pruebas selectivas para adquirir la condición de empleado público».....	827
3.3. El régimen jurídico profesional	831
V. La integración de la plantilla en una sociedad de capital público	842
1. Consideraciones previas	842
2. El alcance de la DA 1 EBEP sobre la forma de integración.....	844
3. La «última palabra» del Tribunal Supremo: a las sociedades públicas se les aplica la figura del «indefinido no fijo»	851
VI. Una propuesta de integración «conciliadora» y «proporcionada»	860
CONCLUSIONES FINALES.....	875
PROPUESTA DE REFORMA.....	923
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	929

Introducción

El recurso de la Administración Pública a la colaboración con el sector privado para el ejercicio de sus cometidos es un fenómeno que ha ido cambiando a lo largo de los años en cuanto a su alcance e intensidad¹. De manera que, mirando hacia atrás en el tiempo, puede apreciarse un continuo «camino de ida y vuelta» entre el sector público y el privado, que varía en función del concreto momento histórico y de las opciones políticas predominantes.

Las últimas décadas representan un claro ejemplo. Tras una notable expansión de la privatización en la gestión de los quehaceres públicos desde finales de los ochenta, en los últimos años parece que hay un interés por recuperar algunas de estas actividades externalizadas para ser ejecutadas directamente por la propia entidad del sector público adjudicataria. Se trata de un fenómeno que se está produciendo también en otros países de Europa, sobre todo en la zona sur, donde la gestión indirecta había predominado en los últimos años².

¹ Con mayor detalle sobre la completa evolución histórica pueden consultarse los siguientes trabajos: E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *Revista de Administración Pública*, n.º 17, 1955, p. 87 y ss. R. GOMÀ; Q. BRUGUÉ, “Algunas matizaciones en relación a la privatización de los Servicios Públicos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 8, 1996, p. 15 y ss. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, n.º 144, 1997, p. 7 y ss. J. MORALES, “Estado social y privatizaciones”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 13, 1998, p. 54 y ss. A. SANZ, “Las privatizaciones. Algunos aspectos generales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 13, 1998, p. 19 y ss. N. MAGALDI MENDAÑA, *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012. E. MALARET, “Prólogo”, en Nuria Magaldi Mendaña *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

Más recientes: J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, n.º 197, 2015, p. 11 y ss. F. VILA TIerno, “Título I. Antecedentes y estado actual. El enfoque desde la ciencia política”, en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco; Coord. Francisco Vila Tierno) *Público y privado en la gestión de servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración [Ebook]*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, pp. 25-46. A.-M. REYNAERS; C. NAVARRO; M. GONZÁLEZ MEDINA; J. RAMA, *La externalización de servicios públicos a nivel local: experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021, pp. 35-50.

² Véanse los siguientes informes: D. HALL, “Remunicipalización de los servicios municipales. 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-University of Greenwich*, 2012, fecha de consulta 12 mayo 2016, en https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/remunicipalizacion_y_servicios_municipales_DH-2.pdf el 15 abril 2018. D. HALL, “Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización. Informe encargado por la Federación Sindical Europea de los Servicios Públicos a la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos”, *PSIRU-University of Greenwich*, 2012, fecha de consulta 12 mayo 2016, en https://redaguapublica.files.wordpress.com/2012/09/1209_porque-el-agua-es-un-servicio-publico.pdf. M. PYGEON; D. A. McDONALD; O. HOEDEMAN; S. KISHIMOTO, *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas*, Transnational Institute, Amsterdam, 2013, fecha de consulta en https://www.tni.org/files/download/pigeon-mcdonald-hoedeman-kishimoto_remunicipalizacion_retorno_del_agua_a_manos_publicas_2013_0.pdf.

Más recientemente, M. J. HEILMANN, “Tendencias de la remunicipalización de la gestión de agua”, *Revista Internacional Consinter de Diritto*, n.º IV, 2018, p. 181 y ss.

Su incidencia es especialmente significativa en el ámbito local, motivo por el que se ha extendido y generalizado el término «remunicipalización»³. En efecto, de todas las administraciones territoriales es la que, en mayor medida, recurrió a este tipo de privatización organizativa debido al carácter básico de los servicios de su competencia y, por tanto, a la necesidad de mantener la titularidad y responsabilidad sobre su dispensación⁴. Sin embargo, como pronto se explicará, no se trata de un fenómeno exclusivo de las entidades municipales.

Dos grandes motivos subyacen bajo el actual cambio de tendencia⁵. Por un lado, la crisis y las políticas de austeridad que ha traído consigo han impuesto una racionalización y contención del gasto público y, en consecuencia, han saltado las alarmas por los sobrecostes, la baja calidad en la prestación del servicio o, incluso, corrupción en la adjudicación de algunos contratos públicos. Por tanto, hay evidencias de que atendiendo a un criterio económico la externalización no es siempre tan eficaz y eficiente como se pensaba⁶. Pero por otro lado, el factor determinante ha sido el acceso a los gobiernos locales y autonómicos de partidos políticos que incorporaban en sus respectivos programas electorales dichas acciones para “*defender lo público frente a lo privado*”⁷. Es decir, responde también a razones de carácter político-ideológico.

³ L. E. FLORES DOMÍNGUEZ, “Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º, 2017, p. 60 y ss.

⁴ Mientras que otros grandes servicios públicos de ámbito estatal y autonómico sufrieron un proceso de liberalización o privatización material. Véase: J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, *Revista de Información Laboral*, n.º 6, 2016, p. 3/32 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 5 enero 2017. En el mismo sentido, T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, CES-Colección Estudios, Madrid, 2004, p. 23. H. WOLLMANN, “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?”, *Cuadernos de derecho local*, nº. 31, 2013, p. 71 y ss.

⁵ Con mayor detalle sobre las causas: F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, CEMICAL, Barcelona, 2017, pp. 17-28. J. ESTEVE PARDO, “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69, 2017, p. 4 y ss. J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ; M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ; E. SÁNCHEZ TEB; J. L. SÁNCHEZ-OLLERO; E. I. DEL-CUBO-ARROYO, “Título II. Aspectos económicos y organizativos”, en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco; Coord. Franciso Vila Tierno) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, p. 47 y ss. J. ORTEGA BERNARDO, “Los costes del servicio, en especial el suministro de agua. El control de las concesiones”, en AA.VV. (Dir. Eulalio Ávila Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019, pp. 182-192. A.-M. REYNAERS Y OTROS, *La externalización de servicios públicos a nivel local: experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, cit., pp. 13-33 y 51-61.

⁶ En este sentido: A. BAYLOS GRAU, “Privatización y Externalización de servicios y la vuelta atrás”, en su blog (*Según Antonio Baylos... [20-10-15]*), fecha de consulta 12 mayo 2016, en <https://baylos.blogspot.com>. J. PONCE SOLÉ, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 40, 2016, p. 71. J. APARICIO TOVAR, “Prólogo”, en AA.VV. (Coord. Joaquín Aparicio Tovar) *Externalización y reversión de contratos en Castilla-La Mancha*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 12.

⁷ Cfr. J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, p. 32.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. La importancia de las palabras utilizadas

El fenómeno que se pretende estudiar ha recibido diferentes denominaciones a lo largo de los últimos años: remunicipalización, reinternalización, reversión de la gestión de los servicios públicos, retorno a la gestión pública, reversión de la privatización, recuperación de servicios públicos, rescate de concesiones administrativas, república, desprivatización, etc. Sin lugar a dudas, el más empleado tanto a nivel nacional como internacional ha sido «remunicipalización», debido a las connotaciones políticas e ideológicas que tiene. Evidentemente, no todos los términos citados significan lo mismo y conviene delimitar exactamente cuál es el objeto de estudio.

Pese a ser el más empleado, el término remunicipalizar no tiene un carácter técnico y se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones que no es el adecuado para denominar a las operaciones que van a ocupar nuestra investigación. Para empezar, la palabra «remunicipalizar» no está incluida en el Diccionario de la Real Academia. Sí que está, en cambio, «municipalizar», que viene definida como “*convertir en municipal un servicio público que estaba a cargo de una empresa privada*”. Por tanto, municipalizar implica la creación de un nuevo servicio público en el ámbito municipal a través de una norma con rango legal que atribuye la competencia y reserva la titularidad del servicio al ente público. Dos variables identifican este concepto: la creación de dicho servicio público o *publicatio*; y el ámbito en el que se produce, el local o municipal⁸.

Pero además, ni «municipalizar» ni «remunicipalizar» es comprensivo de todos los supuestos en los que puede surgir la problemática jurídica estudiada en esta Tesis Doctoral. Y ello, por los siguientes motivos:

1.1. No se trata de crear un servicio público sino de alterar su forma de gestión

Municipalizar hace referencia a «publicar» un servicio que hasta el momento estaba en manos de empresas privadas. La publicación se lleva a cabo mediante un acto denominado *publicatio*, por el cual, el legislador, considerando que subyace un interés público, decide atribuir la titularidad subjetiva del servicio a la Administración Pública. Esto es, lo que implica es que la responsabilidad última sobre el buen desarrollo y dispensación del servicio se verá garantizada por la entidad pública⁹. Lo que sucede es que en España, este fenómeno surge en un concreto momento histórico, con la aprobación del *RD-Ley de 8 de marzo de 1924, que aprueba el Estatuto*

⁸ Así se ha afirmado que “*el término municipalización ha desaparecido del derecho positivo aunque la institución pervive con otra veste. La exigencia de un procedimiento, de una memoria, exigencias orgánicas y competenciales distintas en función del dato de la existencia de monopolio o no, son todavía condiciones necesarias para la legitimidad de la creación de servicios públicos en régimen de monopolio y de la iniciativa pública en la economía*”. Cfr. E. MALARET, “Prólogo”, cit., p. 24.

⁹ Con mayor detalle: J. TORNOS MAS, “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 200, 2016, p. 194 y ss.

*municipal*¹⁰, y vinculado a las entidades locales. Por ello, generalmente, se asocia *publicatio* con «municipalización». En ese momento, se consideró que ciertas actividades realizadas por el sector privado sobre todo por su carácter económico debían ser asumidas por las corporaciones locales para garantizar su acceso en condiciones de igualdad a la ciudadanía. A mayor abundamiento, han sido estas corporaciones locales las que, durante su expansión por el desarrollo del Estado de Bienestar, más servicios asumieron.

Lo contrario a «municipalizar» es «privatizar» un servicio público municipal. Ahora bien, el término «privatización» de la Administración Pública expresa realidades heterogéneas que no tienen nada que ver entre sí y que encierran diferentes problemáticas jurídicas¹¹. Siguiendo la distinción efectuada por MARTÍN-RETORTILLO, y partiendo de la definición proporcionada por el Diccionario de la RAE, privatizar significa “*transferir una empresa o actividad pública al sector privado*”. Es decir, comprende dos acepciones diferentes: transferencias al sector privado del ejercicio de funciones públicas, de un lado; y, del otro, transferencias al sector privado de las participaciones patrimoniales de empresas mediante las que la Administración desarrollaba actividades industriales. Junto a estos dos, existe otro, el de la privatización de la administración o la utilización de fórmulas organizativas privadas para el ejercicio de cometidos públicos¹².

En efecto, más recientemente se ha establecido una taxonomía de carácter más pedagógico que permite diferenciar tres subconceptos de privatizar¹³: 1) «privatización material» o transmisión de empresas y actividades del sector público al privado (liberalizaciones, privatizaciones de empresas, desregulaciones, etc.); 2) «privatización formal» o creación de entidades pertenecientes al sector público que están más o menos regidas por el derecho privado (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles, etc.); y 3) «privatización de la gestión» o colaboración con empresas privadas para gestionar y explotar actividades de titularidad pública, esencialmente, a través de la contratación pública.

Pero en este trabajo no nos interesa el acto por el que una actividad se convierte en un servicio público (*publicatio*), porque los fenómenos que vamos a estudiar ya tienen esa condición. Ya son servicios públicos. Por lo que las operaciones que estudiaremos no son lo contrario a la privatización, en un sentido estricto o «material». Ni tampoco puede referirse a ellas como «desprivatización», por que el servicio nunca dejó de ser de titularidad pública.

En consecuencia, estas operaciones, no implican una nueva «municipalización», que es a lo que en sentido estricto se referiría la «remunicipalización». Nos referiremos a un cambio en la forma de gestión de los servicios públicos que, solo si el servicio en cuestión ya es público y de

¹⁰ Gaceta de Madrid n.º 69 de 09-03-24.

¹¹ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre las privatizaciones”, cit., p. 7.

¹² *Ibid.*, p. 8.

¹³ Entre otros, T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 23. H. WOLLMANN, “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?”, cit., p. 71 y ss.

competencia municipal, podría ejercerse esta posterior opción por la forma de gestión concreta¹⁴. Es, por tanto, una operación contraria al tercer subtipo de privatización: «privatización de la gestión». Consiste en cambiar un sistema de gestión indirecta del servicio público para pasar a asumirlo directamente por la Administración a la que corresponde su titularidad o por alguno de sus entes personificados dependientes.

1.2. No es un fenómeno exclusivo del ámbito local

La vuelta a la gestión directa puede presentarse en cualquiera de los ámbitos territoriales en los que se organiza constitucional y administrativamente el Estado (general, autonómico y local). La generalización del término remunicipalización se debe a que en el ámbito local la forma de privatización más extendida fue la organizativa, por lo que es donde con mayor probabilidad puede darse ahora¹⁵. Así, se ha puesto de manifiesto que mientras que los grandes servicios públicos de ámbito estatal sufrieron un proceso de liberalización y privatización material, en el ámbito local este proceso fue más limitado. Ello es debido a que los servicios públicos de competencia local suelen ser considerados como esenciales para la vida individual y colectiva, para la procura existencial o asistencia vital, lo que justifica que el ente público deba responsabilizarse de su prestación, e incluso, puedan excluirse las reglas de la competencia. Por este motivo, no fueron el objetivo prioritario de liberalización impuesto por el Derecho de la Unión Europea para la creación y garantía del buen funcionamiento del Mercado Único Interior.

Sin embargo, hacer referencia a este fenómeno empleando un término que indefectiblemente lo relaciona con el ámbito local, deja fuera del objeto de estudio muchas otras operaciones de cambio de gestión de servicios que son relevantes a los efectos de nuestro estudio.

Es más, como se desarrollará en el trabajo, perfectamente puede ocurrir en el ámbito de la Administración autonómica. Dedicaremos especial atención a un proceso de recuperación de la gestión a gran escala de diversos servicios públicos que estaban externalizados en la Comunidad Valenciana. También trataremos numerosos supuestos en los que este cambio de gestión del servicio o actividad se ha llevado a cabo por la Administración General del Estado. Y, por supuesto, también puede llevarse a cabo por todos los medios propios personificados de las tres Administraciones territoriales si tenían servicios externalizados. O incluso, puede ser que el servicio lo externalizara directamente la Administración o una entidad de derecho público y, tras su recuperación, se lo adjudique a un ente dependiente de titularidad pública o privada.

¹⁴ J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, cit., p. 35 y ss. J. M. GIMENO FELIÚ, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, p. 53 y ss. J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 9/32 pdf descargado. J. PONCE SOLÉ, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, cit., p. 72.

¹⁵ J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 3/32 pdf descargado.

1.3.No solo afecta a servicios públicos sino también a otras actividades y cometidos públicos

La última idea por la que no es conveniente llamarlo «remunicipalización» es por que no afecta únicamente a servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de interés general de la ciudadanía, también se produce respecto a otras actividades instrumentales o de «consumo interno» de la propia Administración que puede, sin lugar a dudas, externalizar (limpieza, vigilancia, mantenimiento de infraestructuras, digitalización de expedientes, desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y programas informáticos, etc.). Nuestra jurisprudencia ha conocido numerosos casos como la recuperación de la gestión del servicio de restauración de organismos públicos o de las bases militares del ejército, la limpieza y mantenimiento de centros educativos y dependencias municipales, etc. También el Tribunal de Justicia de la Unión ha resuelto diversas cuestiones prejudiciales en las que el cambio de gestión se planteaba sobre actividades no consideradas como servicio público.

Por tanto, al emplear el término «remunicipalizar», que evidentemente se relaciona con la noción de servicio público, dejamos fuera del objeto de estudio multitud de actividades en las que se va a presentar exactamente la misma problemática.

2. Las palabras adecuadas: «reversión de contrata públicas»

Llegados a este punto, ¿cómo deberíamos denominar a las operaciones objeto de estudio? En efecto, hemos puesto de relieve que es un fenómeno que no se agota en el ámbito local, ni en la ejecución de servicios públicos, y que no suponen alterar la titularidad pública o privada de los mismos. Pues bien, la doctrina científica administrativista se refiere a estas operaciones de gestión pública recurriendo el término «internalizar» o «re-internalizar» –según si alguna vez estuvo gestionado de forma directa o no– como operación inversa a «externalizar»¹⁶.

Si bien este término es correcto y omnicomprensivo de las operaciones que vamos a estudiar, en el ámbito laboral, nuestra doctrina ha venido empleando tradicionalmente el término «reversión de contrata»¹⁷. En consecuencia, utilizaremos específicamente en este trabajo para referirnos al objeto de estudio «reversión de contrata o concesiones públicas».

¹⁶ J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, cit., p. 32. J. M. GIMENO FELIÚ, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, cit., p. 53. J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 5/32 pdf descargado. F. GARCÍA RUBIO, “Pros y contras jurídico-administrativos de la «reinternalización» (remunicipalización) de servicios locales”, en AA.VV. (Coords. T. Font i Llovet y J.J. Díez Sánchez) *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de profesores de Derecho Administrativo*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017, p. 173.

¹⁷ J. L. MONEREO PÉREZ, “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrata y en las concesiones administrativas [Ref. LA LEY 771/2001]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1986, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016. J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata

II. RELEVANCIA Y PERTINENCIA DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

La reversión de contratas públicas conlleva innumerables problemas y conflictos jurídicos, pues desde diversos sectores del ordenamiento se ha acomodado el marco normativo para facilitar el proceso inverso, esto es, la externalización, pero un cambio en este sentido encuentra muchas más resistencias como tratará de exponerse. Así, pueden distinguirse tres bloques de problemas:

Un primer bloque, deriva del ámbito del derecho público, por las restricciones que contemplan las normas administrativas para adoptar la decisión de recuperar el servicio. Aunque la Administración cuenta con cierta libertad fundamentada en su potestad autoorganizativa constitucional y con el «aparente» beneplácito de la Unión Europea, el surgimiento de una fragmentada legislación anticrisis de carácter coyuntural, las posibles distorsiones sobre la concurrencia empresarial y, sobre todo, la garantía del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera dificultan considerablemente, o incluso, en algunos casos, impiden modificar el modo de gestión a favor de fórmulas directas de prestación.

Un segundo grupo de problemas es de índole estrictamente laboral, debido a la aplicación de la institución de la sucesión de empresa. La principal incógnita para el derecho del trabajo en estos casos consiste en determinar si los trabajadores de las empresas concesionarias tienen derecho a conservar su empleo tras modificar la forma de gestión del servicio, y esta situación se producirá cuando la operación pueda reconducirse al campo de aplicación del artículo 44 ET y de la *Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad*. Ahora bien, se trata de una de las normas más conflictivas del derecho laboral por su escasa y obsoleta regulación que, en contraposición con la diversidad de supuestos que se han ido subsumiendo vía jurisprudencial en su ámbito de aplicación, ocasiona importantes problemas interpretativos y altas dosis de inseguridad jurídica. A mayor abundamiento, la existencia de un doble centro de interpretación normativa, comunitario e interno, causa en ocasiones disfunciones y desajustes que mantienen dividida a la doctrina científica y judicial, como se expondrá en este trabajo.

Y en fin, un tercer grupo deriva de la interdependencia de ambos sectores del ordenamiento jurídico. En caso de ser una operación reconducible al supuesto de hecho de la normativa sucesoria, se desplegarán una serie de garantías laborales que colisionan frontalmente con otras normas y principios de orden público. En especial, la ya sabida falta de compatibilidad entre el principio de estabilidad en el empleo y los principios constitucionales que garantizan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad. Se produce así, en principio, una fuerte antinomia entre el Derecho Constitucional y el Derecho de la Unión Europea. Pero

[Ref. LA LEY 459/2001]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1992, p. 25/45 pdf descargado.

tampoco son desdeñables los numerosos obstáculos que introducen diversas normas de rango legal procedentes de la rama administrativa del ordenamiento jurídico (acceso al empleo público, limitaciones presupuestarias a la contratación, incompatibilidades del personal del sector público, etc.). Por si el panorama no era ya suficientemente complejo, el legislador ha intentado, en los últimos años –con escaso o nulo éxito–, abordar frontalmente la regulación de estas operaciones. Pero más que una solución, ha contribuido a generar más caos del ya existente.

Si bien estos fenómenos de recuperación de la gestión de cometidos públicos no son novedosos en absoluto, en tanto que pueden constatarse precedentes antiquísimos en nuestra jurisprudencia, en la actualidad han adquirido una dimensión cuantitativa y cualitativa no comparable a las reversiones efectuadas en el pasado. Cuantitativa, por la tendencia reciente a la recuperación de la gestión pública a la que se ha referido al principio. Y cualitativa porque, en relación al marco normativo, en especial el referido al empleo público, no puede compararse el nivel de desarrollo que ha adquirido tras una larga evolución desde que se consolidara el modelo constitucional de función pública.

La combinación de las materias jurídicas y principios de distintas naturaleza y finalidades que se entremezclan en las operaciones de reversión de contrataciones públicas hace que se haya revelado como una de las cuestiones «más espinosas» en el ordenamiento laboral actual, por lo que se presenta, en principio, como un conflicto irresoluble, al menos de forma satisfactoria. No en vano, es constatable el importante interés que ha despertado entre la doctrina laboralista y administrativista desde el año 2016 hasta la actualidad. Igualmente, los constantes pronunciamientos y/o vaivenes jurisprudenciales que ha habido en los últimos tiempos, sobre alguna de las muchas instituciones jurídicas conflictivas de las que se compone la materia objeto de estudio exige una labor de actualización y revisión continua, lo que extrema su complejidad.

Pues bien, a pesar de la abundante literatura jurídica producida en estos últimos años, consideramos que continúa siendo necesaria una investigación integral y de conjunto que profundice en las instituciones jurídicas imbricadas a efectos de hallar una deseable solución equilibrada. Una investigación de tal envergadura determina que su objeto sea idóneo para desarrollarse en el marco de una Tesis Doctoral.

III. ESTRUCTURA DEL TRABAJO Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto de este trabajo se limitará a los dos últimos bloques de problemas señalados en el apartado anterior. Aunque indirecta, instrumental y necesariamente se abordarán ciertas cuestiones conexas de derecho administrativo, la Tesis Doctoral se aborda desde una óptica laboral. Por tanto, sin perjuicio de que se citarán algunos autores de la doctrina administrativa durante su desarrollo, considero adecuado remitir ahora a algunos importantes y recientes estudios de conjunto sobre todas las cuestiones que afectan a la reversión de contrataciones públicas

desde la perspectiva del derecho público, y que toman ya en consideración la mayoría de análisis doctrinales publicados con anterioridad¹⁸.

Es fácil comprender que el objetivo general de la Tesis tiene una doble vertiente como se desprende de los otros dos bloques de problemas que constituyen las dos partes en las que se integrará. Así las cosas, si tenemos que dar una formulación expresa de dicho objetivo diríamos que se trata de «analizar en qué supuestos una reversión de contratos o concesiones públicas puede constituir una transmisión de empresa y cómo coherente la garantía de subrogación del personal con las normas que rigen el acceso al empleo público, a fin de determinar la fórmula de integración del personal que mejor equilibre los intereses laborales y administrativos enfrentados».

No se trata de ninguna innovación en torno al estudio de la sucesión de empresa, en tanto en que su análisis siempre se ha estructurado en estas dos partes que constituyen la cara y la cruz de la misma moneda: la determinación del supuesto de hecho y la aplicación de las consecuencias previstas, que son las garantías laborales que el artículo 44 ET dispone para el personal afectado. La especialidad, en nuestro caso, viene dada por la condición subjetiva del empresario cesionario y por la armonización de dichas garantías con el derecho de la función pública. A partir de aquí, este objetivo «bifocal» se desarrolla en diversos objetivos específicos a los que responden cada uno de los capítulos de los que se componen las dos partes del trabajo.

A) El segundo bloque de problemas constituye la primera parte de este trabajo titulada «La aplicación de las normas sobre transmisión de empresa a la reversión de contratos públicos». Como su propio nombre indica obedece al objetivo general de concretar cuándo una operación de estas características puede subsumirse en el ámbito de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44T. Esta parte estará compuesta por seis capítulos.

a) El capítulo primero tiene por objetivo abordar el estudio de la delimitación normativa del supuesto de hecho de ambas normas. Pero no se agota ahí, pues en realidad, junto con comparar ambas disposiciones, europea y nacional, se pretende profundizar en los fines que motivaron tanto su inicial aprobación como sus posteriores reformas, a efectos de valorar su adecuación y utilidad actual. También se analizarán los bienes jurídicos tutelados con la dicha institución laboral.

b) El capítulo segundo da cuenta de los principios que deben inspirar la coordinación del derecho nacional y el europeísta en tanto que, como puede aventurarse, se produce un conflicto

¹⁸ J. ESTEVE PARDO, "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", *Revista de Administración Pública*, n.º 202, 2017. E. GAMERO CASADO, "Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 52, 2019. M. LEÓN ACOSTA, "El procedimiento de remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LBRL", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 12, 2019. V. MERINO ESTRADA, "Los procesos de remunicipalización", en AAVV (Dir. Eulalio Ávila Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019. J. QUESADA LUMBRERAS; J. MAURI MAJÓS; F. CASTILLO BLANCO, "Título III. Aspectos jurídico-administrativos", en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco; Coord. Francisco Vila Tierno) *Público y privado en la gestión de servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración [Ebook]*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019.

entre ambos ámbitos normativos que deberá solucionarse acudiendo a ellos. Eso sí, transitando el camino menos drástico posible, eludiendo un enfrentamiento institucional.

c) Por su parte, el capítulo tercero, ya profundiza en una de las especialidades que tiene la aplicación de la institución laboral a las Administraciones Públicas. En este sentido, se analizará el alcance de la previsión establecida en la norma comunitaria y, en particular, el alcance de la excepción que contiene. Se estudiará atendiendo a los verdaderos fines por las que se introdujo tal previsión. Por su parte, se hará lo propio con el ordenamiento interno, carente de norma homóloga hasta fechas muy recientes en las que el legislador, como se ha dicho, tratando de regular estos supuestos ha dictado algunas previsiones en este sentido. En el ámbito interno adquirirá relevancia, sobre todo, el papel de la jurisprudencia integrando esta laguna normativa.

d) El capítulo cuarto se adentra en otra de las singularidades que revisten este tipo de operaciones, pues se incluyen dentro de una problemática laboral mayor desde el punto de vista de la sucesión de empresa. Esto es, la aceptación (poco pacífica) de que las previsiones laborales se apliquen a supuestos relacionados con el fenómeno de la descentralización productiva. En efecto, la reversión de contrataciones supone la existencia de una actividad exteriorizada y, aunque tiene perfiles propios, comparte gran parte de la conflictividad con el resto de dinámicas que pueden darse en el ámbito de externalización productiva a través de contrataciones y subcontratas.

e) El capítulo quinto sigue la línea marcada por su predecesor, con la singularidad de que trata cuestiones específicas que se han presentado en tiempos recientes en los precedentes jurisprudenciales sobre reversión de contrataciones públicas.

f) En fin, el capítulo sexto aborda la posibilidad de que «otras fuentes» diversas al artículo 44 ET y la Directiva que transpone traten de ordenar la subrogación de personal. Particularmente conflictiva ha sido siempre la actuación del convenio colectivo que, además, en estos supuestos de vuelta a la gestión pública cuenta con un *corpus* doctrinal que lo dota de especialidades. No puede obviarse que, estando en el ámbito público, tradicionalmente las Leyes administrativas han tratado de regular procesos de sucesión de empresa de diversa índole. Pues bien, se analizará cuál es el papel que pueden estas desempeñar en relación con el objeto de estudio.

B) El tercer bloque de problemas que se apuntaba más arriba constituirá la segunda parte del trabajo, denominada «las garantías laborales de la sucesión de empresa». Este es el verdadero núcleo duro de esta Tesis, pues trata de combinar las consecuencias de la aplicación de la normativa sucesoria concretadas en una serie de garantías en favor de los trabajadores con toda una batería de normas y principios de orden público contenidos en diversas fuentes normativas, recayendo todas las miradas, como se viene apuntando por la doctrina, en la propia Constitución.

a) En el primero de esta parte, el capítulo séptimo, se presentará la garantía que va a ser objeto de atención privilegiada: la subrogación del nuevo empresario en las relaciones laborales, sin perjuicio de que de forma instrumental se analicen otras a lo largo de esta parte. Es la esencial, puesto que la integración del personal que deriva de la misma es lo que produce la fuerte antinomia entre diversos sectores del ordenamiento jurídico. En este capítulo, no obstante, se delimitará su

alcance, sobre todo, a la luz de la prohibición expresa de despedir con motivo de la transmisión de empresa que contiene el marco normativo. Por tanto, se examinarán con detalle las extinciones previas a la transmisión y la extinción de los contratos por obra o servicio vinculados a la contrata con motivo de su reversión. Por supuesto, tratando en todo caso las especialidades procedentes tanto del tipo de operación como de la participación de una Administración.

b) El capítulo octavo es el «corazón de la Tesis», donde se analiza la confrontación del Derecho Constitucional con el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, se acuden a una serie de ítems de valoración o análisis procedentes tanto de la doctrina constitucional como de la interpretación de las normas del Derecho Originario y Derivado de la Unión.

c) En el capítulo noveno se tratan todas aquellas normas de rango legal que se han considerado obstáculos a la integración del personal proveniente de las empresas contratistas, desde el mismo procedimiento selectivo de acceso al empleo público, hasta las tasas de reposición y demás limitaciones establecidas en las normas presupuestarias, entre otras materias.

d) En fin, tras las conclusiones alcanzadas de los dos capítulos anteriores se analizará la fórmula de integración del personal. Como punto de partida se estudiarán todas las soluciones ensayadas o propuestas por la doctrina científica, tratando de obtener un posicionamiento crítico sobre su oportunidad y conveniencia. Finalmente, se identificará lo que, a nuestro juicio, debería ser la solución para integrar al personal.

C) Sin perjuicio de que, a mi parecer, todos los pasajes de la tesis cuentan con un importante aparato crítico, no puede faltar en un trabajo de estas características un apartado de conclusiones finales. Adicionalmente, añadimos una propuesta de reforma de lo que, consideramos, podría constituir el «marco normativo de la reversión de contratas públicas».

Parte primera

La aplicación de las normas sobre transmisión de empresa a la reversión de contratos públicas

La sucesión de empresas de origen legal: delimitación del doble ámbito normativo e interpretativo

I. INTRODUCCIÓN

La relevancia que tiene la transmisión de empresas para la supervivencia de las organizaciones empresariales, para el mantenimiento del empleo y, en general, para el funcionamiento del sistema económico, es fácilmente constatable por el hecho de que la Unión Europea diera una temprana respuesta normativa a dichos fenómenos, incluyéndola entre las materias que comprenden su política social.

La regulación comunitaria que disciplina en la actualidad la institución objeto de estudio es la *Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo, 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 centros de actividad*¹. Por su parte, el «precepto de cabecera»² de la normativa reguladora de la sucesión de empresa en el Derecho laboral español es el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores³, aunque la norma interna tiene unos antecedentes normativos «pre-estatutarios» más antiguos incluso que los supranacionales. Por tanto, su estudio exige prestar atención a esta doble dimensión: nacional y comunitaria. Como con acierto se ha afirmado esta materia jurídica tiene un carácter «policéntrico» que requiere de un enfoque metodológico que tome en consideración el derecho estatal como un subsistema integrado en el más amplio derecho de la Unión Europea⁴.

Al realizar dicho acercamiento al conocimiento de las normas citadas, también interesa conocer su evolución para poder comprender su sentido originario y razón de ser, atendiendo al significado político-jurídico que se les atribuyó en el contexto de su creación y de las posteriores reformas que han sufrido, así como en la interpretación que han dado los tribunales sobre cuál es su finalidad última. Este análisis podrá contribuir a dilucidar la vigencia o no de su utilidad y la adecuación de la aplicabilidad de sus reglas a los fenómenos estudiados en este trabajo. Además, se realizará una primera aproximación a su estructura normativa y sistemática, sin perjuicio de que sus mandatos sean analizados con posterioridad desde una óptica de especificidad atendiendo al

¹ DOUE n.º L 82 de 22-03-01.

² F. VALDÉS DAL-RE, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2001, p. 30.

³ RD-legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n.º. 255 de 24-10-15).

⁴ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Ibidem, Madrid, 1999, p. 18.

concreto supuesto de transmisión de empresa aplicada a la reversión de contratos y servicios públicos. En definitiva, en este capítulo se presenta la normativa que regula esta compleja materia y da a conocer la función que desempeña desde una perspectiva dinámica, esto es, no solo atendiendo al interés que motivó su aprobación, sino a las causas de sus sucesivas reformas.

II. LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE TRASPASOS DE EMPRESAS

1. Contexto y evolución normativa

1.1. La Directiva 77/187/CEE

A) La grave crisis económica mundial de los años setenta trajo consigo transformaciones de gran calado en el sistema socio-económico que se tradujeron en la desaparición de empresas y en la creación de otras nuevas con las consiguientes alteraciones en el empleo.

En realidad, algunos de estos cambios ya venían produciéndose en los años precedentes a la crisis y se vieron intensificados con la desaceleración económica iniciada en 1973, erigiéndose como instrumentos de ajuste de las estructuras industriales a la coyuntura económica⁵. En efecto, la etapa del capitalismo iniciada desde finales de la Segunda Guerra Mundial se caracteriza por la generalización del proceso de acumulación, internacionalización y centralización del capital, automatización de la producción y reducción del tiempo de rotación del capital⁶.

A resultas de dichas dinámicas, tuvieron lugar innumerables concentraciones monopolísticas de empresas de diversa índole⁷. En ocasiones, instrumentalizadas a través de uniones jurídicas, pero en otros muchos casos, llevadas a cabo por una vía de hecho o de control económico, de manera que las diversas organizaciones empresariales pudieran mantener una independencia formal. Con frecuencia, estas últimas, conformadas tras la desagregación de una misma organización empresarial originaria⁸.

Por su parte, la internacionalización del capital provocaba la aparición de empresas y uniones de empresas de carácter transnacional, adquiriendo los traspasos empresariales tal

⁵ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1987, p. 93.

⁶ En la literatura neomarxista se la conoce como «capitalismo tardío», «neocapitalismo» o «post-capitalismo». Véase: A. CUTRIM CARVALHO; P. PETIT; J. ALVES DE SOUZA JUNIOR, «Revisitación de los clásicos del capitalismo tardío: una perspectiva de comprensión histórico-económica», *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*, agosto, 2019, consultado el 30-09-19 en <https://www.eumed.net/rev/oel/2019/08/capitalismo-tardio.html>.

⁷ Es pertinente advertir que no toda concentración de capital se traduce necesariamente en una concentración de empresas con transmisión de unidades productivas. Además del fenómeno de las fusiones y escisiones societarias que sí implican cambio de titularidad, la acumulación de capital también puede darse mediante mecanismos de control financiero y de control de mercado (a través de contratos y acuerdos de colaboración). Sin embargo, los cambios de titularidad suponen una importante proporción dentro de los supuestos de concentración de capital. Véase: E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1989, pp. 21-25.

⁸ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 90 y 92.

dimensión. La integración transnacional de empresas tiene indudables ventajas en la medida en que el crecimiento de la dimensión de la unidad económica se traduce en mayor rentabilidad, aceleración del proceso técnico y reducción de costes sociales, en definitiva, mayor competitividad. Por este motivo, estos fenómenos fueron auspiciados por la entonces Comunidad Económica Europea. Ahora bien, la dimensión internacional conlleva también problemas de orden económico y social cuya solución a la hora de una intervención normativa escapa de la esfera de control de los estados nacionales, siendo necesario que las respuestas jurídicas sean también de carácter internacional. Desde una perspectiva laboral estos procesos pueden tener una incidencia negativa en cuanto a la identificación del empleador a efectos de determinar sus responsabilidades laborales, ya que conllevan una separación entre la titularidad jurídico-formal de los medios de producción y su titularidad real o económica⁹.

A mayor abundamiento, el cambio tecnológico y la automatización de los procesos de producción exigieron reestructuraciones y ajustes constantes en el sistema productivo con las consiguientes pérdidas de empleo y expulsión de mano de obra del mercado de trabajo.

Como consecuencia de todas esas dinámicas los estados de insolvencia empresarial y la transmisión de unidades productivas como medida para garantizar la viabilidad de las organizaciones eran harto frecuentes, ya fueran efectuadas como política empresarial o en el marco de reconversiones industriales socialmente concertadas. En el plano laboral, estos procesos se tradujeron en precariedad en el empleo y desempleo, con el agravante de que la crisis económica y la necesidad de contener el gasto público –coincidente con la denominada crisis fiscal o crisis del Estado de Bienestar– condujeron a elevados índices de desprotección. La realidad socio-económica, entonces, demandaba una intervención jurídica que tomara en consideración estos fenómenos desde una perspectiva dinámica, facilitando los procesos de reestructuración como vía para salvar puestos de trabajo y, de esta forma, beneficiar también a la economía¹⁰.

B) En este contexto, y ante el creciente interés que estaba despertando el fenómeno en los legisladores nacionales de las Comunidades Europeas, el Consejo de Europa decidió aprobar por *Resolución de 21 de enero de 1974 un Programa de Acción Social*¹¹ que, junto con otras medidas sociales, incluía la elaboración de una triada de Directivas para reducir las consecuencias sociales derivadas de dichas reestructuraciones de empresas que se llevaron a cabo tras la crisis económica los años setenta¹². De este modo, aprobó una Directiva que regulaba los despidos colectivos¹³, una Directiva sobre la protección de los trabajadores frente a estados de insolvencia

⁹ *Ibid.*, p. 91.

¹⁰ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 25.

¹¹ DOUE n.º C 13 de 12-02-74.

¹² R. BLANPAIN, *European Labour Law*, Wolters Kluwer, 2010, p. 680.

¹³ *Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos* (DOUE n.º L 48 de 22-02-75). En la actualidad *Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998* (DOUE n.º L 255 de 12-08-98).

empresarial¹⁴, y en fin, la que interesa a estos efectos: la *Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad*¹⁵.

La técnica elegida para instrumentar esta normativa fue la de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros prevista en el artículo 100 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea* (en adelante, TCCEE)¹⁶. Su finalidad era, pues, conseguir una equiparación entre las distintas legislaciones nacionales por la vía del progreso, buscando promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los asalariados (art. 117 TCCEE)¹⁷. Esta equiparación se reputaba necesaria para un correcto funcionamiento del mercado único europeo toda vez que se constataron diferencias en cuanto a la protección dispensada entre los estados miembros¹⁸. Sin embargo, la armonización pretendida era solamente «parcial»¹⁹ en la medida en que no se requiere que el nivel de tutela sea uniforme dentro del ámbito de aplicación territorial de la Unión, sino simplemente que se garanticen unos mínimos, otorgando cierto margen de flexibilidad a los ordenamientos nacionales²⁰. De modo que, mediante la técnica de la aproximación de legislaciones, no se pretende establecer una regulación de aplicación directa ni crear un régimen jurídico completo y uniforme sino que se fijan un conjunto de principios, criterios y reglas que los Estados miembros deben trasladar a sus ordenamientos internos para obtener una regulación relativamente armonizada, sin perjuicio de que adopten o promuevan la aplicación de disposiciones más favorables²¹.

C) No obstante, el proceso de aprobación de la Directiva fue largo y la realidad productiva continuó mutando mientras que el foco de atención de las instituciones comunitarias quedó anclado en los tipos de cambios de titularidad prototípicos que motivaron su elaboración. Tanto la exposición de motivos de la *Propuesta de Directiva del 21 de junio de 1974, presentada por la Comisión al Consejo*²², como la posterior de la *Propuesta enmendada del 25 de julio de 1975*,

¹⁴ *Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario* (DOUE n.º L 283 de 28-10-80). Actual *Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008* (DOUE n.º L 283 de 28-10-08).

¹⁵ DOUE n.º L 61 de 05-03-77.

¹⁶ Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957.

¹⁷ Ambos preceptos -100 y 117 TCCEE- son, respectivamente, los actuales artículos 94 y 136 en la versión consolidada de 2002 del Tratado de Roma (DOUE n.º C 325 de 24-12-02).

¹⁸ Considerandos 3 y 5 Directiva 77/187/CEE.

¹⁹ STJUE de 8 de junio de 1994, *Comisión/Reino Unido*, asunto C-382/92, ap. 28.

²⁰ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 14. En el mismo sentido: M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 10.

²¹ M. I. RAMOS QUINTANTA, *Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007, p. 40.

²² COM/1974/0351 final/2. En realidad, la propuesta inicial fue elaborada el 29 de mayo de 1974 y transmitida al Consejo el 31 de mayo del mismo mes, pero fue cancelada y reemplazada por esta última versión. *Propuesta de Directiva del Consejo de 29 de mayo de 1974* (DOUE n.º C 104 de 13-09-74).

presentada por la Comisión al Consejo²³ tras los *Dictámenes* efectuados por el Parlamento Europeo²⁴ y el Comité Económico y Social²⁵ hacían referencia a la necesidad de prever un instrumento particular de alcance general que regule jurídicamente la protección de los trabajadores contra los efectos de todo tipo de concentración de empresas²⁶. Concentraciones que se llevaban a cabo a resultas de procesos de fusión de sociedades, traspasos de empresas y mediante el control que unas empresas asumen sobre otras y que, según las estadísticas, habían mostrado una tendencia claramente creciente en el periodo comprendido entre 1962 y 1970. Como consecuencia, en los considerandos del texto aprobado se asevera que *“la evolución económica implica en el plano nacional y comunitario modificaciones de las estructuras de las empresas que se efectúan, entre otras, por traspasos a otros empresarios de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad, como consecuencia de fusiones o de cesiones”*²⁷.

D) Con todo, la Directiva fue aprobada con una delimitación de su ámbito de aplicación en el que los cambios de titularidad protegidos son *“los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o una fusión”* (art. 1.1 Directiva 77/187/CEE)²⁸. En estos casos, cuando se producen dichas operaciones, se reconocen una serie de derechos de los trabajadores que serán aplicables toda vez que los Estados miembros hayan transpuesto al derecho interno sus mandatos²⁹. Los derechos laborales que estableció la norma, a grandes rasgos, fueron los siguientes:

a) La continuidad de las relaciones laborales con el cesionario que se manifiesta mediante dos garantías concretas: 1) la prohibición de que la transmisión constituya en sí misma causa del despido, sin perjuicio de que el despido pueda realizarse por razones económicas, técnicas u organizativas (art. 4.1); y, 2) la consideración de que la rescisión contractual basada en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador será imputable al empresario que la haya llevado a cabo, cedente o cesionario (art. 4.2).

b) La subrogación del nuevo empresario no solo en los contratos de trabajo sino también en todos los derechos y obligaciones que conforman la relación laboral, lo que implica el mantenimiento del estatus laboral, respeto de todas las condiciones de trabajo individuales (art.

²³COM/1975/0429 final.

²⁴DOUE n.º C 95 de 28-04-1975.

²⁵DOUE n.º C 255 de 07-11-75.

²⁶ Se ponía de manifiesto que desde el ámbito comunitario se habían comenzado a tramitar algunas normas de disciplinar dichos fenómenos desde el ámbito del derecho de sociedades y de la competencia, que preveían algunas medidas de carácter laboral. Sin embargo, estas medidas laborales constituyen soluciones parciales a los problemas laborales existentes, habida cuenta del ámbito de aplicación de tales normas y del carácter específico de las disposiciones sociales previstas.

²⁷ Considerando 1 Directiva 77/187/CEE.

²⁸ Dentro del ámbito territorial de la Comunidad (art. 1.2) y con excepción de su aplicación a los buques marítimos (art. 1.3).

²⁹ Arts. 8 y 9 Directiva 77/187/CEE. Sin perjuicio del posible efecto directo por la falta de transposición. Véase: E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 65 y ss.

3.1, párr. 1º) y de aquellas otras previstas mediante convenio colectivo en los mismos términos aplicables al cedente, con los límites previstos (art. 3.3, párr. 1º).

c) La posibilidad de que los Estados miembros prevean que el cedente continúe siendo responsable junto con el cesionario de las obligaciones derivadas de la relación laboral después del traspaso (art. 3.2).

d) El mantenimiento del estatuto y función de los representantes de los trabajadores cuando el centro de trabajo traspasado conserve su autonomía (art. 5).

e) El establecimiento de ciertas obligaciones de información y consulta de los empresarios cedente y cesionario a favor de los representantes de los trabajadores o, en su caso, de los trabajadores afectados (art. 6)

1.2. La Directiva 98/50/CEE

A) No obstante, desde el inicio de su vigencia, la delimitación positiva de los fenómenos que pueden precipitar la aplicación de la Directiva 77/187/CEE propició que el TJUE tuviera que pronunciarse sobre su aplicación a más supuestos de cambios de titularidad que aquellos para los que fue concebida. En efecto, la concreción de los negocios jurídicos que podían subsumirse dentro de su campo de aplicación se convirtió en uno de los temas que más atención recibió por parte del Tribunal de Luxemburgo durante los primeros años de andadura de la Directiva³⁰. Dos tipos de operaciones resultaron especialmente problemáticas y suscitaron importantes problemas interpretativos: las llevadas a cabo en el marco de procedimientos de insolvencia y los traspasos que se ocasionan como consecuencia de las nuevas formas de organizar la producción.

Respecto a estos últimos supuestos, que son los que guardan mayor relación con el objeto de estudio de esta tesis, es bien sabido que desde finales de los años setenta y principios de los ochenta acontecen una serie de cambios en el sistema productivo que alteraron las estructuras de las empresas y sus pautas de interrelacionarse para alcanzar mayores dosis de especialización, flexibilidad y capacidad de adaptación ante las fluctuaciones de los mercados.

En contraposición con los fenómenos de concentración empresarial para los que fue pensada la norma, los cambios en el sistema productivo tienden ahora también hacia una desagregación de las actividades empresariales o «descentralización productiva»³¹. El sistema de «producción fordista» entró en crisis provocando el progresivo declive de la gran empresa industrial y su sustitución por un conjunto de empresas de tamaño más reducido, jurídicamente independientes pero ligadas en torno a la realización del ciclo productivo de un mismo bien o

³⁰ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "Las relaciones laborales y el cambio de arrendatario de empresa", *Relaciones Laborales*, tomo I, 10, 1988, p. 63.

³¹ Con mayor detalle, véase: J. CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 13, 1994, p. 12 y ss.

servicio³². Dicho con otras palabras, se produce una división del trabajo entre empresas que cooperan a través de una amplia tipología de vínculos o relaciones jurídicas objeto de regulación por el derecho civil, mercantil y administrativo. Lo relevante es que a consecuencia de dichas relaciones jurídicas y las dinámicas de cooperación entre empresas tienen lugar continuos cambios de titularidad en el desarrollo de actividades productivas organizadas, que pasan de manos de un empresario a otro, y que plantean problemas en orden a la determinación del objeto de la transmisión a efectos de aplicar la directiva³³. Este fenómeno también se produce en el ámbito de la Administración Pública cuando opta por sistema de gestión indirecta de sus servicios y cometidos públicos³⁴, aunque con sus propias particularidades.

B) La cuestión no pasó desapercibida para el legislador comunitario. De hecho, en la *Propuesta de reforma de la Directiva 77/187/CEE del Consejo presentada por la Comisión el 8 de septiembre de 1994*³⁵ se incluía un intento de delimitación sobre la inclusión de estas operaciones. Podría decirse, a juzgar por las fechas en las que se inició su tramitación, que supuso un impulso importante para su modificación la STJUE de 14 de abril de 1994, *Schmidt*, asunto C- 392/92, que aplicó la Directiva a un supuesto de sucesión de contratistas de limpieza basándose en la simple continuación de la actividad, cuestión que desató la preocupación de los Estados miembros³⁶.

En este orden de cosas, la Comisión propuso añadir un párrafo segundo, al apartado 1º del artículo 1 para intervenir en la cuestión y que rezaba así: “*se considerará como traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una actividad que se vea acompañada del traspaso de una entidad económica que mantenga su identidad. El traspaso de una única función de la empresa, de centros de actividad o de centros de actividad, ejercida o no directamente, no constituirá en sí un traspaso de empresa [...]*”

La exposición de motivos de dicha propuesta de reforma reflejaba que “*a falta de disposición comunitaria explícita sobre este punto concreto, el Tribunal de Justicia ha continuado su tarea de interpretación dinámica en un ámbito que cada día se vuelve más complejo*”. Por tanto, se pretendió establecer una distinción, a efectos de clarificar, entre la simple transferencia de actividad –que no constituye traspaso– y los casos en los que, al tiempo en que se produzca la transferencia de una actividad, también se transfiere una entidad económica en el sentido que ya

³² A. MARTÍN ARTILES, “La empresa-red: un modelo de división del trabajo entre empresas”, *Papers: revista de sociología*, 44, 1994, pp. 88-89. El concepto empleado «empresa-red» “*sintetiza el conjunto de relaciones entre pequeñas empresas, a la vez que pone de relieve la unicidad estructural de lo que aparentemente es difuso*”.

³³ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 7.

³⁴ J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p. 15.

³⁵ DOUE n.º C 274 de 01-10-94. Entre los aspectos que se consideró necesario actualizar en la norma original, se incluían: clarificar la aplicación de las obligaciones de la directiva a las decisiones de traspaso transnacional y a los grupos de empresas; prever una mayor flexibilidad en caso de traspasos efectuados en el marco de procedimientos de insolvencia; reformular y clarificar el ámbito de aplicación y las definiciones de la directiva; y clarificar la legislación en caso de traspaso de una sola función de la actividad de la empresa.

³⁶ R. DULANTO SCOTT, “Interacción entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional en la configuración jurídica y en los efectos laborales de la sucesión empresarial”, 2017, Universidad Complutense de Madrid, p. 84 y 87.

había sido interpretada por el TJUE –que sí queda amparada por la Directiva–. La Comisión entendió que si bien el término «traspaso» merecía una interpretación amplia que no se limitara a los traspasos contractuales (ventas, arrendamientos, etc.) y que incluyera supuestos en los que un empresario sucede a otro a causa de una decisión administrativa, judicial, etc., la mera transferencia de actividades debía excluirse. No obstante, tanto el Comité Económico y Social³⁷ como el Comité de las Regiones³⁸ consideraron que la fórmula era ambigua y susceptible de generar mayores controversias interpretativas. Más concretamente, el primero de los órganos consultivos señaló que la distinción entre entidad económica y traspaso de una única función suscita dudas acerca de en qué concepto deben inscribirse los supuestos de subcontratación, pudiendo dar lugar a su exclusión, lo que supondría un retroceso en los objetivos de protección de los trabajadores respecto al a Directiva 77/187/CEE³⁹. En consecuencia, el Parlamento Europeo⁴⁰ propuso su supresión y la fórmula fue sustituida por la redacción actual⁴¹. En cualquier caso, independientemente del sentido interpretativo que se le diera a esta previsión –que será analizado con posterioridad–, no cabe dudas de que lo que el legislador comunitario pretendía era dar una respuesta normativa al fenómeno de la externalización y a las contrataciones de obras y servicios.

C) En fin, poco más de 20 años después de su aprobación, la norma original fue reemplazada por la *Directiva 98/50/CE del Consejo de 29 de junio, 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 centros de actividad*⁴². La doctrina catalogó dicha reforma como «extensa» pero «moderadamente intensa». En efecto, aunque la mayoría de sus preceptos e incluso la propia denominación de la Directiva –se incluyó el concepto «partes de empresas»– fueron revisados, las estructuras normativas básicas no experimentaron cambios relevantes, sino que tuvieron un “alcance aclaratorio, de corrección y ajuste técnico”⁴³.

Los motivos que se alegaron para acometer la reforma fueron básicamente dos⁴⁴. De un lado, incorporar al articulado de la Directiva los numerosos criterios hermenéuticos del Tribunal de Justicia en torno a buena parte de los preceptos de la norma, con el fin de dotarla de mayor transparencia y seguridad jurídica. En efecto, la intensa y activa labor del órgano jurisdiccional

³⁷ *Dictamen del Comité Económico y Social* (DOUE n.º C 133 de 31-05-95).

³⁸ *Dictamen del Comité de las Regiones* (DOUE n.º C 100 de 02-04-96).

³⁹ Además, consideró que dicha exclusión podría tener efectos discriminatorios de carácter indirecto, habida cuenta de que las estadísticas muestran que afectaría de forma desproporcionada a mujeres, pues la mayoría de trabajadores empleados tanto en el sector público como privado pertenecían al sexo femenino. No obstante, durante los debates de dicho órgano, se llegaron a proponer ciertas enmiendas aún más restrictivas con este tipo de traspasos, pero que no recibieron el apoyo suficiente, por lo que fueron rechazadas (véase la p. 19 del informe).

⁴⁰ Enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo (DOUE n.º C 33 de 03-02-97).

⁴¹ Propuesta modificada de reforma de la Directiva 77/187/CEE presentada por la Comisión el 24 de febrero de 1997 (DOUE n.º C 124 de 21-04-97).

⁴² DOUE n.º L 201 de 17-07-98.

⁴³ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., pp. 23-24.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 26-28; J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 18.

tratando de dar respuesta útil a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales había dado como resultado una profusa doctrina jurisprudencial. Al mismo tiempo, a resultas de las innumerables controversias existentes en los órganos nacionales se constató que, en muchos casos, las legislaciones estatales adolecían de una falta de ajuste a la norma comunitaria⁴⁵. Por tanto, para dotar de mayor certidumbre a los operadores jurídicos y garantizar una adecuada transposición interna se consideró necesario positivizar parte de la doctrina emanada del TJUE, en especial, aquella que delimitaba el ámbito de aplicación, objeto de la gran mayoría de las controversias. Del otro lado, la segunda razón obedece, simplemente, a la necesidad de reforzar los derechos de información, participación y consulta de los representantes de los trabajadores⁴⁶ en consonancia con las disposiciones de la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* (en adelante, CDSFT)⁴⁷ y el Tratado de Ámsterdam, posteriormente reforzados tras la aprobación en el año 2000 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (en adelante, CDFUE)⁴⁸.

D) Las novedades normativas fueron las siguientes:

a) Se aclaró el concepto de traspaso añadiendo una letra b) al artículo 1.1 en la Directiva 98/50/CEE que incorpora una regla aclaratoria que delimita el alcance que debe atribuirse al objeto mínimo de la operación delimitada por el Tribunal de Justicia en la importante STJUE de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, asunto C-24/85. Según la doctrina, esta modificación ha sido la principal novedad de la Directiva 98/50/CE⁴⁹.

b) Se añadió una letra c) al art. 1.1 para declarar expresamente su aplicabilidad tanto a empresas privadas como públicas que lleven a cabo actividades con o sin ánimo de lucro, incorporando la doctrina de la STJUE de 15 de octubre de 1996, *Henke*, asunto C-298/94.

c) Se actualiza la definición de «representantes de los trabajadores» y se incorpora la definición de «trabajador». Se aclara que el concepto de contrato de trabajo o relación será el previsto por la legislación nacional, sin perjuicio de que no puedan excluirse trabajadores por el hecho de desempeñar trabajos a tiempo parcial o de duración determinada (art. 2.1 y 2), incorporando también en este caso criterios jurisprudenciales contenidos en la STJUE de 11 de julio de 1985, *Danmols Inventar*, asunto C-105/84.

d) Se introducen excepciones al régimen de la transmisión para empresas inmersas en procedimientos de insolvencia (art. 4.bis).

⁴⁵ Así, se constataron incumplimientos por parte de algunos estados miembros. Por ejemplo, STJUE de 8 de junio de 1994, *Comisión/Reino Unido*, asunto C-382/92.

⁴⁶ Considerandos 1 y 9 y ss. Directiva 98/50/CEE

⁴⁷ Aprobada el 9 de diciembre de 1989.

⁴⁸ DOUE n.º C-326, de 26-10-12 (versión consolidada).

⁴⁹ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 54.

e) Se aclaran las circunstancias en las que se mantiene la función de los representantes de los trabajadores y se completan las obligaciones de información y consulta (arts. 5 y 6).

1.3. La Directiva 2001/23/CE

Hoy en día, la regulación de la sucesión de empresa a nivel comunitario se encuentra contenida en la *Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo*. No obstante, no se ha introducido ningún cambio en su contenido, sino que se codificó y refundió la regulación precedente en aras de una mayor racionalidad y claridad⁵⁰, limitándose a una reagrupación del acto normativo originario y de su reforma que afecta solo a aspectos formales⁵¹.

Desde entonces, solo ha vuelto a modificarse una sola vez para matizar la exclusión del ámbito de aplicación de los buques marítimos por la *Directiva 2015/1794/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015*⁵². Ello implica que desde 1998 la regulación comunitaria sobre transmisión de empresas ha permanecido inalterada mientras que la realidad que pretende regular es extremadamente dinámica⁵³ y requiere de constantes ajustes y adaptaciones⁵⁴. Ha sido la jurisprudencia del TJUE la que ha determinado la adaptación de la norma a través de sus numerosos pronunciamientos.

El carácter vinculante de las sentencias del Tribunal de Justicia (art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; en adelante, TFUE⁵⁵) ha hecho que la Directiva sobre transmisión de empresas sea una de las la que mayor influencia ha ejercido en los sistemas nacionales de Derecho del Trabajo. En efecto, la interacción provocada entre ambas instancias judiciales, y por ende entre ambos ordenamientos jurídicos, se ha movido “*entre la leal colaboración y la implícita disidencia*”. No en vano, se llegó a afirmar que la norma se ha erigido como un «paradigma» de los “*complejos diálogos que se encuentra en la base de la construcción de la Unión Europea como una comunidad de Derecho*”⁵⁶. De hecho, la intensa labor interpretativa –y, en muchos casos creadora del derecho comunitario– del TJUE y la vinculación de los jueces nacionales a los criterios sentados por la jurisprudencia comunitaria, ha actuado como un correctivo a la naturaleza jurídica debilitada de las Directivas⁵⁷.

⁵⁰ Considerando 1 Directiva 2001/23/CE.

⁵¹ *Propuesta de codificación de la Comisión de 2 de mayo de 2000* [COM/2000/259 final]; *Dictamen del Comité Económico y Social* (DOUE n.º 367 de 20-12-00); *Dictamen del Parlamento Europeo* (DOUE n.º 197 de 12-07-01).

⁵² DOUE n.º L 263 de 08-05-15.

⁵³ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 11.

⁵⁴ A. MERINO SEGOVIA, “Cesión en la gestión de servicios y asunción de la explotación de una actividad económica por una empresa pública (Sentencia de la Sala Sexta del TJUE, de 26-11-2015, Asunto C-509/2014)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 17, 2016, pp. 1/8 pdf descargado, fecha de consulta 7 julio 2016, en la BD Smarteca.

⁵⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Firmado el 25 de marzo de 1957; versión consolidada de 2012 (DOUE n.º C 326 de 26-10-12).

⁵⁶ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 12.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 26-27.

2. Finalidades de la normativa comunitaria

2.1. Las razones declaradas en el momento de su aprobación

Tal y como se ha dicho, la Directiva 77/187/CEE se diseñó en un momento de crisis y gran preocupación por los procesos de reestructuración de la gran empresa industrial. En este contexto, la norma nace con vocación alcanzar un doble objetivo⁵⁸ que, en apariencia, puede parecer contradictorio⁵⁹, pues responde a una doble racionalidad social y económica.

A) Por lo que respecta a la dimensión social la norma muestra preocupación por tutelar los intereses de los trabajadores ante los fenómenos de cambio de titularidad de la empresa. Sus propios considerandos ponen de manifiesto que las modificaciones acaecidas en las estructuras empresariales a consecuencia de los traspasos de empresas o centros de actividad entre distintos empleadores pueden implicar alteraciones en el empleo. En este sentido, se reputa necesaria la articulación de disposiciones normativas para garantizar la protección de los trabajadores y el mantenimiento de sus derechos que, eventualmente, pudieran verse afectados por el cambio de titularidad de la empresa⁶⁰. Este carácter social y tuitivo de la Directiva queda reafirmado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que considera dicho objetivo como su misión fundamental. Así, desde sus primeros pronunciamientos ha señalado que lo que se pretende con la norma es *“garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las convenidas con el cedente”*⁶¹.

Sin embargo, la finalidad no es únicamente la que inspira la política social⁶². Considerarlo así implicaría obtener una visión incompleta y sesgada de la norma, pues también tiene un trasfondo claramente económico cuál es la defensa del mercado interior.

B) En efecto, la Unión Europea debe adoptar las medidas necesarias para establecimiento de un espacio sin fronteras garantizando la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (arts. 26.1 y 2 TFUE). Con la regulación de la transmisión de empresa el legislador comunitario pretende influir en el correcto funcionamiento del mercado interior de dos formas. Por un lado, permitiendo los traspasos de empresas de carácter transnacional para garantizar la movilidad del capital. De esta manera, las organizaciones pueden establecer sus centros de actividad en aquellos lugares más adecuados para la realización de sus operaciones económicas,

⁵⁸ T. SALA FRANCO, “Efectos laborales de la transmisión de empresas: Normas comunitarias y Derecho español”, *Actualidad Laboral*, n.º 32, 1987, p. 1754.

⁵⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 11/12, 2002, pp. 2/24 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.

⁶⁰ Considerandos 1 y 2 Directiva 77/187/CEE.

⁶¹ Entre otras, STJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86, ap. 12.

⁶² En este sentido, J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 14.

de conformidad con los objetivos de una economía de mercado⁶³. Por tanto, la eliminación de las fronteras internas se ve acompañada por un incremento de reorganizaciones empresariales (fusiones, adquisiciones, traspasos, etc.) y una creciente concentración de la propiedad empresarial a la que se debe dedicar una adecuada atención legislativa, tanto desde una perspectiva del derecho mercantil y de la competencia como laboral⁶⁴.

Y por el otro lado, acabar con el «dumping social», pues, la construcción de un mercado único con una importante «dimensión social» exige que las empresas no basen sus estrategias de competencia en la obtención de ventajas económicas gracias a la rebaja de la protección social, lo cual, va en detrimento de los ciudadanos que residen y trabajan en el territorio comunitario. En este sentido, permitir la existencia de mayores cargas en unos estados que en otros, fomentaría este tipo de prácticas que socavarían la competitividad de las empresas y debilitarían el principio de mercado interior único sobre el que se basa la Unión Europea. Por ello, esta normativa también tiene el objetivo de equiparar las cargas laborales que pueden conllevar las transmisiones de empresas en el conjunto de Estados miembros, garantizando una protección laboral similar en todo el espacio económico común. Ciertamente, así ha interpretado el TJUE la finalidad de la Directiva 77/187/CEE cuando ha afirmado que *“al armonizar las normas aplicables al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, el legislador comunitario ha querido, a la vez, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad”*⁶⁵. Dicho con otras palabras, se quiso reducir el «dumping social» mediante la armonización de legislaciones laborales nacionales, en el entendido de que, reduciendo las diferencias, se preserva y protege el funcionamiento del mercado interior⁶⁶, evitando la «incidencia directa» que podrían tener en otro caso sobre el funcionamiento del mercado común⁶⁷.

C) Ahora bien, la homogeneización de las obligaciones empresariales ante los supuestos de transmisión de empresa no pretende suponer un freno a las operaciones de reestructuración y transmisión de empresas. Más al contrario, podría argüirse que la Directiva tiene como función facilitar dichos procesos para garantizar un correcto y fluido funcionamiento del mercado,

⁶³ Si bien, aunque en la exposición de motivos de la propuesta de la directiva se alude a tales fenómenos, la perspectiva transnacional no fue incorporada en el articulado de la Directiva originaria. Hasta su reforma no se incorporaron las tutelas necesarias para los supuestos de reestructuración transnacional. Véase: M. BOGONI, “Transmisión de empresa, subrogación y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: una aproximación desde el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia más reciente del TJUE”, en José María Miranda Boto (coord.) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 584.

⁶⁴ *Propuesta de reforma de la Directiva 77/187/CEE del Consejo presentada por la Comisión el 08-09-94.*

⁶⁵ STJUE de 8 de junio de 1994, *Comisión/Reino Unido*, asunto C-382/92, ap. 15.

⁶⁶ M. AGÍS DASILVA, “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en AA.VV. (Dir. Ángel Antonio Blasco Pellicer) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 715.

⁶⁷ Considerandos 3 y 4 Directiva 77/187/CEE.

permitiendo afrontar tales situaciones desde una óptica de mercado y libertad de empresa⁶⁸. Y es que para garantizar la continuidad de la empresa, se precisa un mecanismo que legitime los procedimientos de reestructuración empresarial y que trate de conciliar ambas lógicas, económica y social, para que no incida negativamente sobre el mercado integrado y la competitividad de las empresas⁶⁹. En otro caso, podría frenar el tráfico jurídico de empresas y, con ello, la libre circulación de capital. Así pues, su fin no es en absoluto impedir la reestructuración de la empresa para proteger los derechos de los trabajadores, sino “*impedir que la reestructuración en el interior del mercado común se efectúe en perjuicio de los trabajadores*”⁷⁰.

De haber pretendido únicamente la tutela de los trabajadores se habría empleado otra técnica normativa que hubiese dado como resultado una regulación laboral más proteccionista, rígida y uniforme y no, por el contrario, una armonización parcial que otorga cierto margen de flexibilidad a los legisladores nacionales⁷¹. Así mismo, de haber sido la tutela laboral el fin primordial, podría haberse articulado un derecho del trabajador de oposición al traspaso de su relación laboral cuando aquel pudiera conculcar sus intereses, permitiendo que el contrato de trabajo continúe con el cedente, por ejemplo, cuando el empresario cesionario fuese menos solvente. En cambio, ordena una transmisión automática de las relaciones laborales al margen de la voluntad del trabajador⁷² dejando constancia de que tanto importa la protección del trabajador como la supervivencia de la empresa. Tal es así que no se opone a que la propia operación pueda comportar cambios en el volumen de empleo. Es más, reconoce expresamente que el trabajador puede ser despedido si existen razones económicas, técnicas u organizativas⁷³, esto es, causas objetivas que lo motiven. Lo que impide la norma es que el mero hecho de la transmisión sea justa causa de la extinción contractual. Y tal es así, también, que para permitir la supervivencia de la empresa la norma ha incorporado –tras su reforma– un régimen de excepción a la aplicación de las garantías laborales previstas⁷⁴.

Esta doble finalidad, como instrumento de protección del empleo y de los derechos laborales y también como mecanismo al servicio de los intereses económicos que canaliza los procesos de reestructuración dando cobertura a las transmisiones de empresas, es la causa de la «ambigüedad» de su regulación y de la «neutralidad» de la norma frente a la aplicación de sus

⁶⁸ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 2/24 pdf descargado.

⁶⁹ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., pp. 12-14.

⁷⁰ STJUE de 7 de febrero de 1985, *Abels*, asunto C- 135/83, ap. 18.

⁷¹ En este sentido: F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 14.

⁷² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 3/24 pdf descargado.

⁷³ Artículo 4 Directiva 77/187/CEE (y también en versión actual Directiva 2001/23/CE).

⁷⁴ Actual art. 5 Directiva 2001/23/CE para supuestos en los que el cedente este inmerso en un procedimiento de insolvencia o de quiebra

postulados a los nuevos cambios de titularidad que tienen lugar en la realidad productiva, en especial, los derivados de procesos de descentralización y externalización productiva⁷⁵.

D) Discernir cuál de las dos finalidades ha sido prevalente durante la vigencia de la norma no es tarea fácil o que se preste a respuestas inequívocas. Sin embargo, puede apuntarse la hipótesis señalada por VALDÉS DAL-RÉ: con alta probabilidad, la norma se aprobó inicialmente para promocionar del mercado integrado, adquiriendo el objetivo social un carácter secundario. Argumentos que reforzarían esta hipótesis son la escasa delimitación de los negocios jurídicos que perfeccionan el cambio de titularidad (cesión contractual o fusión) o la desproporcionada regulación de los derechos de información y consulta respecto al conjunto de garantías. En cambio, con posterioridad, ha sido el Tribunal de Justicia quien ha acentuado la vertiente protectora y social en práctica aplicativa de la Directiva a través de una interpretación finalista y extensiva del ámbito de aplicación de la norma, permitiendo la inclusión de más supuestos de transmisión de aquellos típicos para los que la norma fue pensada. No obstante, también debe reconocerse que ha procurado mantener cierto equilibrio entre ambos objetivos al interpretar el contenido de las garantías establecidas por la norma. El propio TJUE ha declarado que aunque deben protegerse a los trabajadores para no resulten perjudicados a resultas de la transmisión, no puede hacerse abstracción de los derechos de las empresas, en especial, la cesionaria. Así, *“la directiva no tiene únicamente por objetivo salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de estos, por una parte, y los del cesionario, por otra”*⁷⁶. Es por ello que permite al cesionario realizar ajustes y adaptaciones para poder continuar la actividad y que no persigue mejorar o reforzar las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores con ocasión de la transmisión de empresa sino evitar, simplemente, que se vean una situación más desfavorable por ello.

2.2. Su vigente necesidad para las instituciones comunitarias

Llegados a este punto cabría plantearse si, más de cuarenta años después de su aprobación, las razones que motivaron su creación continúan hoy vigentes de manera que la norma siga siendo necesaria. En cualquier caso, lo que sí puede afirmarse es que las instituciones comunitarias siguen hoy en día reafirmando su función. Diversos hitos normativos e informes de los distintos órganos supranacionales sustentan esta afirmación.

A) Por un lado, y de forma más inmediata, puede constarse en la exposición de motivos de la propuesta de reforma presentada por la Comisión Europea en 1994 donde arguye que *“no puede negarse la eficacia social reguladora de la protección establecida por la Directiva, que ha demostrado ser un instrumento muy valioso para la protección de los trabajadores en caso de reorganización empresarial, garantizando una reestructuración económica y tecnológica pacífica*

⁷⁵ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 3/24 pdf descargado.

⁷⁶ SSTJUE de 9 de marzo de 2006, *Werhof*, asunto C- 499/04, ap. 77; de 18 de julio de 2013, *Alemo-Herron*, asunto C- 426/11, ap. 25; de 26 de marzo de 2020, *Govaerts*, asunto 344/18, ap. 26.

y consensuada y estableciendo normas mínimas para promover la libre competencia”. Por su parte, la Comisión también ha puesto en valor con posterioridad y en diversos momentos el papel desempeñado por la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas con ocasión de una serie de informes que ha elaborado sobre la propia Directiva en 1997, 2004 y 2007⁷⁷. En el último, ha manifestado que considera que sigue desempeñando un papel esencial en la protección de los derechos de los trabajadores 30 años después de su aprobación. En este sentido, considera que “al establecer un justo equilibrio entre la protección del trabajador y la libertad de proseguir una actividad económica, la Directiva contribuyó en gran medida a hacer más aceptables, desde el punto de vista social, un gran número de operaciones de reestructuración en Europa”.

B) Por su parte, el Parlamento también ha destacado el carácter esencial de la Directiva 2001/23/CE. En efecto, en la *Resolución del Parlamento Europeo sobre las reestructuraciones y el empleo* destaca el carácter inevitable de las mutaciones económicas que afectan a todos los Estados miembros –“ya sea por evoluciones previsibles o inesperadas, por políticas asumidas o por crisis padecidas”– y las transformaciones que producen en las empresas en términos de reestructuraciones necesarias para adaptarse a la evolución económica, incluidos los cambios en los procesos de producción y la externalización de actividades. Considerando las repercusiones que dichos cambios tienen en el empleo “celebra que la Comisión haya optado por un enfoque global y transversal para tratar una cuestión de gran importancia tanto para las empresas como para los trabajadores y su entorno social y laboral” y “reitera el carácter esencial del acervo comunitario en el ámbito social y la importancia en especial de los instrumentos jurídicos existentes –con referencia expresa a las Directivas 94/45, 98/59, 2001/23 y 2002/14/CE [la aclaración es mía]–, que deben aplicarse plenamente y ser objeto de un mejor seguimiento por parte de los Estados miembros, en los que recae la responsabilidad de una buena transposición y aplicación”⁷⁸.

C) Siguiendo esta línea, también la Comisión Europea ha elaborado una *Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones* para presentar el *Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración (MCR)*⁷⁹. Dicho instrumento fue elaborado en 2013 con el propósito de servir para anticipar las reestructuraciones empresariales mediante el dialogo social dentro de la empresa, y reducir las consecuencias sociales y de empleo que dichos cambios conllevan. En la citada comunicación elaborada para su presentación, difusión, promoción de su aplicación, se destaca la regulación en materia de información y consulta contenida en las Directivas antes citadas. Sobre las Directivas en cuestión, son valoradas en su conjunto como pertinentes, efectivas y coherentes, y se señala que los beneficios que generan compensan los costes, en la medida en

⁷⁷ Respectivamente: *Memorandum from the Commission: On acquired rights of workers in cases of Transfers of Undertakings* [Brussels, 04-03-97; COM(97) 85 final; Brussels, 04-03-97]; *Commission Services' Working Document: Memorandum on rights of workers in cases of Transfers of Undertakings*; *Informe de la Comisión acerca de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001* [Bruselas, 18-0-07; COM(2007) 334 final]. Disponibles en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&langId=en&intPagId=208>

⁷⁸ DOUE n° C 291 E de 30-11-06, considerandos C a F y apartados 1 y 19.

⁷⁹ Bruselas, 13-12-13; COM (2013) 882 final.

que han contribuido a amortiguar el impacto de la recesión y mitigar las consecuencias sociales de las reestructuraciones acometidas desde el inicio de la crisis de 2008⁸⁰. Con mayor razón, si se toman en consideración los costes sobre las finanzas públicas que puede conllevar el desempleo y el aumento de la desigualdad y la pobreza social que, a la postre, dificulta la recuperación económica a nivel nacional. Una «cuestión emergente» sobre dichas reestructuraciones son aquellas que se producen en la esfera del sector público. Así, se alude a los cambios contractuales en la prestación de servicios públicos, en casos en que se desplaza la gestión desde el sistema público a un sistema de concesionarios privados, así como las sucesivas renovaciones de estos contratos públicos⁸¹. Estas operaciones requieren cierto grado de movilidad de los trabajadores, por lo que son necesarias tareas de anticipación y gestión por parte de las partes implicadas. Por esta razón se recomienda a los Estados miembros que apliquen también el MCR respecto a los trabajadores del sector público, con independencia de la naturaleza de su relación jurídica, estatutaria o contractual.

D) Más recientemente, y también en relación con la necesidad de amortiguar las consecuencias sociales negativas de las operaciones de reestructuración se ha aprobado la *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)*⁸² que recuerda que cuando un plan de reestructuración suponga la transmisión de una parte de una empresa, los derechos de los trabajadores que resulten de un contrato de trabajo deben protegerse de conformidad con los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se aplican en caso de procedimiento de insolvencia de conformidad con el artículo 5 de la misma. A tales efectos, los Estados miembros garantizarán que no se vean afectados los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa laboral de la Unión, en particular, los recogidos en las tres Directivas que fueron aprobadas durante la década de los setenta, en su versión normativa actual (art. 13). La necesidad de conciliar el doble objetivo social y económico queda de nuevo latente en la presente Directiva, pues se afirma que su objetivo “es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas [...] sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores”.

⁸⁰ Con todo, se destacan la existencia de lagunas y deficiencias relacionadas con el ámbito de aplicación, pues se cuestiona la exclusión del mismo de algunos tipos de empresa. Más concretamente, se hace referencia a que las administraciones públicas quedan fuera del mismo, no en cambio las empresas públicas que sí están incluidas. Esta afirmación, es matizable y discutible, al menos, con respecto a la Directiva 2001/23/CE, como más adelante se expondrá (p. 5 del informe).

⁸¹ Véase pp. 13 y 14 del informe.

⁸² DOUE n.º L 172 de 26-06-19

E) Desde una perspectiva más económica y de defensa del mercado interior la *Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre el dumping social en la Unión Europea*⁸³, en la que la institución comunitaria ha expresado que la tendencia cada vez más acusada a recurrir a la externalización y la subcontratación con el fin de abusar o de sortear la actual legislación social y laboral, siendo esencial abordar dichos abusos para mantener la libre circulación en el mercado único y la solidaridad dentro de la Unión. Además, recomienda que en los casos de adquisiciones o traspasos de empresas se establezca de forma clara qué requisitos deben concurrir y deben mantenerse en los nuevos contratos, en el sentido de lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE por lo que respecta a la salvaguardia de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso.

F) Por su parte, distintos Reglamentos comunitarios destinados a la ordenación de diversos servicios públicos económicos permiten que, ante un cambio de operador de servicios público, el organismo contratante exija la empresa entrante que aplique las disposiciones de la Directiva 2001/23/CE. Tal es el caso del *Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo*⁸⁴. Más recientemente y de forma más expresa, el *Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril* señala que cuando los Estados exijan al nuevo operador del servicio público adjudicatario que asuma al personal del anterior, se concederá al personal los derechos que le habrían correspondido de ser aplicable la Directiva⁸⁵. En este sentido, la norma se aplicará tanto cuando el cambio constituya una transferencia de empresa en el sentido de la Directiva (art. 4.4.ter), como cuando las autoridades competentes “exijan a los operadores de servicio público que cumplan determinadas normas de calidad y sociales o establezcan criterios sociales y cualitativos, estas normas y criterios se incluirán en los documentos de licitación y en los contratos de servicio público. Respetando al mismo tiempo la Directiva 2001/23/CE, dichos documentos de licitación y los contratos de servicio público deberán, en su caso, incluir asimismo información sobre los derechos y obligaciones relativos a la transferencia de personal asumidos por el operador anterior” (art. 4.6). Y en el mismo sentido, el *Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia*

⁸³ DOUE n.º C 204 de 13-06-18

⁸⁴ DOUE n. L 315 de 03-12-07. Véase el considerando n.º 16 y, en concreto el artículo 4.5, que reza lo siguiente: “sin perjuicio del Derecho nacional y comunitario, e incluidos los convenios colectivos entre los interlocutores sociales, las autoridades competentes podrán solicitar al operador de servicio público seleccionado que ofrezca al personal previamente contratado para prestar los servicios los derechos que este hubiera tenido si se hubiese producido un traspaso con arreglo a la Directiva 2001/23/CE. Cuando las autoridades competentes exijan a los operadores de servicio público cumplir determinadas normas sociales, los documentos de la licitación y los contratos de servicio público enumerarán el personal afectado y detallarán de modo transparente sus derechos contractuales y las condiciones en las cuales se considera a los empleados vinculados a los servicios”.

⁸⁵ DOUE n.º L 354 de 23-12-16. Considerando n.º 14.

financiera de los puertos, que dispone que los Estados miembros deben tener la facultad de garantizar un nivel adecuado de protección social para las personas que prestan servicios portuarios. A tales efectos, la autoridad competente adjudicadora debe tener la posibilidad de exigir, ante un cambio de prestador del servicio, que los derechos y obligaciones derivados de las relaciones laborales contraídos por el anterior prestador recaigan sobre el operador entrante, aun cuando no sea de aplicación la Directiva 2001/23/CE⁸⁶.

3. Estructura jurídica de la Directiva 2001/23/CE

3.1. Aproximación sistemática: ámbito de aplicación y garantías laborales

La Directiva sobre transmisión de empresas tiene una estructura sistemática sencilla. La norma tiene un total de catorce artículos divididos en cuatro capítulos: (I) Ámbito de aplicación y definiciones; (II) Mantenimiento de los derechos de los trabajadores; (III) Información y consulta; y (IV) Disposiciones finales. No obstante, de forma más didáctica, puede afirmarse que sus “núcleos temáticos básicos de imputación normativa” son, en esencia, tres: el ámbito de aplicación, las garantías individuales y las garantías colectivas⁸⁷.

A) Respecto al primero delimita las operaciones que quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la norma. Dicho con otras palabras, establece el concepto de traspaso tutelado por la Directiva. Estas previsiones están contenidas en el artículo 1, que junto al ámbito de aplicación territorial⁸⁸ y a la previsión específica realizada para los buques marítimos⁸⁹, delimita en su apartado 1º el ámbito de aplicación material de la siguiente manera:

Artículo 1.1 Directiva 2001/23/CE:

⁸⁶ DOUE n.º L 57 de 03-03-17. Considerando n.º 35 y art. 9.3: “En caso de cambio de prestador de servicios portuarios debido a la adjudicación de una concesión o un contrato público, el organismo gestor del puerto, o la autoridad competente, podrá exigir que el nuevo prestador de servicios portuarios designado se sustituya en aquellos derechos y obligaciones del anterior prestador de servicios portuarios que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral definidas por el Derecho nacional y que existan en la fecha de ese cambio. En tal caso se concederá al personal previamente contratado por el prestador de servicios portuarios saliente los mismos derechos que habría tenido si se hubiese producido un traspaso de empresa con arreglo a la Directiva 2001/23/CE”.

⁸⁷ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 31. En este sentido, E. GONZÁLEZ BIEDMA señala que la Directiva ha optado por un doble sistema de protección: combina unos mínimos legales (protección individual) con una notable intervención de los trabajadores a través de sus representantes (protección colectiva). Véase: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 57 y ss.

⁸⁸ Artículo 1.2: “La presente Directiva se aplicará cuando y en la medida en la que la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos que haya de traspasarse se encuentre dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado”.

⁸⁹ Artículo 1.3 Directiva 2001/23/CE, en la redacción dada por la Directiva 2015/1794/UE: “La presente Directiva se aplicará a un traspaso de un buque marítimo que sea parte de un traspaso de una empresa, un centro de actividad o una parte de estos en el sentido de los apartados 1 y 2, a condición de que el cesionario se encuentre dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado o que la empresa, centro de actividad o parte de una empresa o centro de actividad traspasados sigan encontrándose dentro del mismo. La presente Directiva no será aplicable cuando el objeto del traspaso consista exclusivamente en uno o varios buques marítimos”.

“a) La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoría.

c) La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva”.

Mientras que la letra a) define de forma genérica las «formas» de transmisión y los posibles «objetos» de traspaso⁹⁰ –que ha permanecido inalterada desde su aprobación–, la letra b) recoge –como ya se ha apuntado– la «noción de síntesis»⁹¹ establecida por la jurisprudencia comunitaria sobre el «objeto mínimo»⁹² de la transmisión. Por su parte, la letra c) también introduce una previsión que aclara su aplicabilidad en el caso de Administraciones Públicas, mediante una regla incluyente y otra excluyente⁹³. Con todo, para determinar el alcance de dichas previsiones habrá que estar a la interpretación jurisprudencial y su evolución, como más adelante se analizará.

B) Junto al ámbito de aplicación, el artículo 2 se refiere a los «sujetos» de la transmisión, se encarga de definir qué se entiende por empresario cedente y cesionario, así como por representantes de los trabajadores y trabajador a efectos de la norma comunitaria⁹⁴.

C) En otro orden de cosas, por lo que se refiere a las garantías individuales tienen por objeto tutelar, en la medida de lo posible, los derechos de los trabajadores ante una transmisión de empresa. Estas pueden clasificarse en dos bloques en función de la finalidad a la que respondan. Por un lado, están aquellas que garantizan la continuidad de las relaciones laborales ante el cambio de empresario. Estas, contenidas en el artículo 4 se concretan en dos previsiones: 1) que el traspaso no constituirá *per se* un motivo de despido para el empresario cedente o cesionario; y 2) que será imputable al empresario toda extinción contractual como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio de los trabajadores. Y por el otro lado, las que garantizan que tras el cambio de empresario se mantengan los derechos laborales ya adquiridos. A este fin responden las previsiones del artículo 3 que ordena: 1) que el nuevo

⁹⁰ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 54 y ss.

⁹¹ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 53.

⁹² R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1997, pp. 3/27 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

⁹³ C. MOLINA NAVARRETE, “El «último» capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 221-222, 2001, p. 137.

⁹⁴ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 57.

empresario deberá subrogarse en los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo que tuviera el cedente; 2) que los Estados miembro podrán prever una responsabilidad solidaria de las obligaciones originadas antes de la transmisión; y 3) que deben mantenerse las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo. En ambos casos, con las matizaciones específicas previstas para los supuestos en los que el cedente se encuentre inmerso en un procedimiento de quiebra o insolvencia (artículo 5 Directiva 2001/23/CE).

D) En cuanto a las garantías colectivas son, básicamente, dos: una de carácter sustantivo y otra de naturaleza procedimental⁹⁵. La primera, contenida en el artículo 6, prevé el mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores. Y la segunda, en el artículo 7, reconoce una serie de competencias de información y consulta a favor de los representantes de los trabajadores o, ante la falta de estos pero con carácter más limitado, ante los propios trabajadores.

3.2. El carácter imperativo y de norma de orden público

La Directiva sobre transmisión de empresas es una disposición normativa de carácter imperativa (*ius cogens*), en tanto en cuanto sus previsiones tienen un carácter inderogable. De este modo, los legisladores nacionales, al transponer al derecho interno la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas, no pueden sino “*aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores*” (art. 8 Directiva 2001/23/CE). Dicha transposición, también podría llevarse a cabo a través de la negociación colectiva, en la medida en que el mismo precepto contempla que los Estados miembros, alternativamente también pueden “*promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores*”. En este sentido, el propio Tribunal de Justicia no ha visto impedimento alguno en que la transposición al derecho interno se lleve a cabo a través de convenios colectivos de eficacia general⁹⁶. En todo caso, las disposiciones de la Directiva tienen el carácter de norma mínima, pudiendo ser mejoradas por los legisladores nacionales⁹⁷, pero no podrán admitirse normas internas más restrictivas.

Por otra parte, las garantías previstas en la norma también quedan al margen del juego de la autonomía de la voluntad individual y colectiva, por lo que cualquier pacto que afecte a los derechos laborales contenidos en la norma que disminuya la protección de los trabajadores se configurarán como actos *contra legem* y carecerán de cualquier eficacia jurídica⁹⁸.

⁹⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 64.

⁹⁶ SSTJUE de 14 de noviembre de 1996, *Rotsart de Hertaing*, asunto C-305/94, ap. 6; de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C-51/00, ap. 6.

⁹⁷ T. SALA FRANCO, “Efectos laborales de la transmisión de empresas: Normas comunitarias y Derecho español”, cit., p. 1761.

⁹⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 17.

Este carácter imperativo ha sido reconocido en diversas ocasiones por el TJUE. Así, “al tratarse de una protección de orden público que, por lo tanto, las partes no pueden desconocer en virtud del principio de libertad de pactos, las disposiciones de la Directiva, especialmente las relativas a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de transmisión de empresa, deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas”⁹⁹.

III. LA NORMATIVA NACIONAL SOBRE SUCESIÓN DE EMPRESAS

1. Contexto y evolución histórica

1.1. La regulación de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944

A) El precedente más remoto de la institución de la sucesión de empresas en el derecho laboral español debe situarse en *la Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo* (en adelante, LCT)¹⁰⁰. Con anterioridad, ni el *Código de Trabajo* de 1926¹⁰¹ ni ninguna otra norma trataba esta materia jurídica, de forma coherente con el sistema de despido *ad nutum* imperante en aquel momento, con la excepción anecdótica y marginal de un supuesto de subrogación en los contratos de trabajo de la tripulación ante el cambio de armador del buque marino, salvo que haya denuncia expresa del nuevo empresario¹⁰². Y ello, a pesar de que, contemporáneamente, en los sucesivos proyectos de la LCT que fue elaborando el Instituto de Reformas Sociales se incluían sendas referencias a la continuidad *ex lege* de las relaciones laborales tanto en supuestos de transmisión *inter vivos* como *mortis causa*¹⁰³.

Hasta este momento, ante un cambio en la titularidad de la empresa, o ante un supuesto de sucesión por muerte o incapacidad de la persona física o de disolución de la personalidad jurídica societaria con continuación de la empresa por otro titular, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo quedaban extinguidas. A excepción de que el nuevo empresario y los trabajadores pactasen la continuidad, en cuyo caso la jurisprudencia venía entendiendo que existen dos relaciones laborales diversas celebradas con distintos empresarios (STS de 24 de enero de 1933).

Con la aprobación de la LCT el panorama cambia. Uno de los principios informadores de la nueva legislación social fue la estabilidad en el empleo, pese a que la Constitución Republicana de 1931 no lo reconocía expresamente. Debe llamarse la atención de que este momento histórico se corresponde con la formación del Derecho del Trabajo español como derecho especial, con la

⁹⁹ STJUE de 10 de febrero de 1988, *Dady's Dance hall*, asunto C-324/86, ap. 14. Más recientemente, entre otras, en la STJUE de 9 de marzo de 2006, *Werhof*, asunto C-499/04, ap.26.

¹⁰⁰ Gaceta de Madrid n.º 326 de 22-11-31.

¹⁰¹ RD de 23 de agosto de 1926 (Gaceta de Madrid, n.º 244 de 01-09-26).

¹⁰² Art. 54 del Código de Trabajo. Con mayor detalle: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 61.

¹⁰³ Véase el desarrollo en *Ibid.*, pp. 57-58.

consiguiente “*laboralización del contrato civil de arrendamiento de servicios*”¹⁰⁴. En este sentido, se introducen numerosas disposiciones que suponen limitaciones a los poderes contractuales del empresario para garantizar la permanencia del trabajador en la empresa.

Entre ellas, la normativa sucesoria, cuya regulación para ordenar la vicisitud modificativa de la titularidad de la empresa se contenía en dos normas: una con carácter general y otra específica para los supuestos de sucesión *mortis causa*. Así, en primer lugar, se establecía que “*no terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria, a no ser que en aquél se hubiera pactado expresamente lo contrario*” (art. 90 LCT). Y la misma solución se daba para las sucesiones *mortis causa*, pues se contemplaba como causa de extinción de los contratos de trabajo la “*muerte o incapacidad del patrono, o extinción de la personalidad contratante, si no hay representante legal que continúe la industria o el trabajo*” (art. 89.3 LCT). Por tanto, se considera que el despido como consecuencia de la transmisión de empresa es injustificado, ya que la misma no puede producir la terminación de los contratos de trabajo. Se admite, pues, que la posición del empresario pueda ser transferida y sea sustituido por otro sujeto sin que se altere la conservación del contrato¹⁰⁵.

B) Esta obligación de continuidad del contrato de trabajo pasa a formar parte, con escasas variaciones, del *Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo* (en adelante, TRLCT)¹⁰⁶, incorporando en sus arts. 79 y 76.4 idénticas reglas ante cambios de titularidad *inter vivos* o *mortis causa*¹⁰⁷. La única variación relevante la constituye un inciso al final del artículo 79 que complementa la redacción con el añadido “*quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior*”. De este modo, se quiso reforzar la norma legal para dotarla de una mayor seguridad jurídica en el cumplimiento de las obligaciones para con los trabajadores y con la Seguridad Social¹⁰⁸.

C) Los problemas aplicativos e interpretativos de los preceptos en ambas leyes fueron, pese a las modificaciones operadas, básicamente los mismos. En primer lugar, suscitaba dudas el

¹⁰⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 64.

¹⁰⁵ Se intenta argumentar la naturaleza jurídica de dicha institución desde planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que consideran a la empresa como una persona jurídica, una institución o una comunidad organizada con fines propios. Nos estamos refiriendo a las denominadas «tesis comunitarias» o «institucionales» de la empresa que, en síntesis, vienen a considerarla como la contraparte en la relación de trabajo, dissociada de la figura del empresario. Ello explicaría que la persona del empresario sea sustituible y que los trabajadores, así como el conjunto de derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, permanezcan vinculados a la empresa. Véase: J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, *Revista de Política Social*, n.º 55, 1962, p. 48 y ss. Una revisión crítica de las diferentes corrientes dentro de este planteamiento dogmático, puede verse en J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 68-77.

¹⁰⁶ BOE n.º 55 de 24-02-44.

¹⁰⁷ Básicamente, el art. 76.4 TRLCT tenía una redacción casi idéntica al art. 89.3 LCT, a salvo de la sustitución de la palabra «patrono» por «empresario». Por su parte, el art. 79 TRLCT, además del inciso final, precisaba sobre el art. 90 LCT la palabra «contrato»: “*No terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria, a no ser que en aquel contrato se hubiese pactado expresamente lo contrario...*”. De modo que zanjaba el debate sobre si era el contrato de trabajo o el negocio jurídico entre empresarios dónde cabía dicho pacto.

¹⁰⁸ J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, cit., p. 32.

término «industria» –al ser inédito en el derecho positivo–, aunque la doctrina lo equiparó a negocio, empresa o establecimiento¹⁰⁹. Más problemática era la aplicación de la norma cuando el objeto de la transmisión no era la empresa en su conjunto, sino una unidad desgajada¹¹⁰. En segundo lugar, la determinación de si los negocios jurídicos mencionados por el precepto lo eran a efectos meramente enunciativos o si se trataba de un *numerus clausus*¹¹¹. En tercer lugar, la posibilidad de pacto en contrario fue muy cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, al entender que dicho pacto en contra debía considerarse abusivo¹¹². Y, en fin, cabía plantear, sobre todo desde que se incluyó el término «subrogación» (en los derechos y obligaciones del anterior), la hipótesis de que el nuevo empresario debía asumir las deudas laborales contraídas por el empresario cedente antes de la transmisión, en la medida en que forma parte del conjunto de obligaciones a las que se refiere la norma¹¹³. En todo caso, como se puede observar, el legislador no desarrolla normativamente los efectos o garantías que conlleva la institución.

1.2. La Ley de Relaciones Laborales y el Estatuto de los Trabajadores

Es en el siguiente paso en la evolución histórica de la institución en el derecho laboral español, con la aprobación de la *Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales* (en adelante, LRRL)¹¹⁴, cuando se introduce una regulación más parecida a la que hoy conocemos.

A) Con carácter previo, debe hacerse referencia al contexto socio-económico en el que es concebida la norma, que se aprueba en un momento de crisis económica muy similar a aquél en el que se diseñó la Directiva comunitaria, por su proximidad en el tiempo. Así pues, las transformaciones económicas y productivas a las que se hacían referencia antes también se encontraban en la base de la realidad que pretendía ordenar la normativa subrogatoria. Como pone de manifiesto la doctrina científica, ante el contexto de recesión económica y de numerosas reestructuraciones empresariales, los legisladores nacionales de nuestro entorno venían

¹⁰⁹ Véase E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 30, y las referencias bibliográficas por él citadas.

¹¹⁰ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 66.

¹¹¹ Al respecto, existía un grupo de sentencias que venían realizando una interpretación restrictiva y literal (entre otras: SSTs de 12 de marzo de 1959; de 8 de abril de 1960; de 1 de diciembre de 1960), si bien, la posición mayoritaria interpretaba de forma amplia los supuestos incluidos, considerando el listado meramente enunciativo (entre otras, SSTs de 15 de marzo de 1953; de 30 de enero de 1960; de 21 de diciembre de 1966; de 27 de junio de 1968). También la doctrina venía considerando de forma mayoritaria que el listado de la LCT tenía carácter ejemplificativo: J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, cit., p. 59 y ss.; I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1984, p. 14.

¹¹² Véase: E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 30, y las todas las referencias bibliográficas por él citadas.

¹¹³ J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, cit., p. 71; F. DURAN LÓPEZ, “La continuidad de las relaciones de trabajos y la responsabilidad por las deudas laborales en la transición de empresa”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 131, 1974, p. 90 y ss. Aunque, ante la falta de una referencia legal clara, las posiciones no eran unánimes, ni entre la doctrina y ni en la jurisprudencia. Con mayor detalle, véase: E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 294.

Pueden, además, verse las sentencias de la época citadas en la STS de 15 de julio de 2003, rec. 3442/01 (SSTCT de 22 de mayo 1967; de 16 de diciembre de 1967; de 16 de noviembre de 1981).

¹¹⁴ BOE n.º 96 de 21-04-76.

acometiendo reformas tendentes a proporcionar una mayor flexibilidad en las relaciones laborales. En contraposición, la LRRL reforzó y consagró el principio de estabilidad en el empleo¹¹⁵, materializándose en una norma de carácter garantista y “*encaminada a la protección paternalista, tuitiva e individualista del trabajador por parte del Estado*”¹¹⁶. Y en este sentido, regulación de la sucesión empresarial también se vio reforzada. El artículo 18 de la LRRL rezaba lo siguiente:

“Dos. El cambio en la titularidad de la empresa, o en un centro autónomo de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos «inter vivos», el cedente, y, en su defecto el cesionario, están obligados a notificar dicho cambio a la representación sindical del personal de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

Tres. El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión esté incurso en el artículo 499.bis del Código Penal”.

a) La normativa devino considerablemente más garantista, en primer lugar, porque amplió los supuestos contemplados. Así, por un lado, la expresión «cambio de titularidad», mucho más abierta y omnicompreensiva que abarca tanto los supuestos *inter vivos* como *mortis causa*, zanjaba el debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la interpretación de la enumeración de negocios jurídicos en la LCT. Y por el otro, la sustitución de la palabra «industria» por «empresa» y «centro autónomo», permitía dar cabida a transmisiones parciales de la empresa¹¹⁷, toda vez que aportaba mayor seguridad por su precisión terminológica¹¹⁸. Esta ampliación del ámbito material normativo no fue ni siquiera discutida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de LRRL, habida cuenta de que la doctrina científica era pacífica y favorable a su extensión a otros supuestos¹¹⁹.

¹¹⁵ Circunstancia que declara expresamente en la exposición de motivos al hablar de los supuestos tasados en los que pueden celebrarse contratos de duración determinada: “*Teforzándose con esta y otras medidas que se articulan el principio de estabilidad en el empleo en previsión, asimismo, de fraudes y otros abusos en perjuicio del trabajador*”. Una panorámica de las innovaciones legislativas introducidas para reforzar el principio de estabilidad en el empleo puede verse en A. MONTOYA MELGAR, “El principio de estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España”, *Revista de Política Social*, n.º 118, 1978, p. 47.

¹¹⁶ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 79.

¹¹⁷ A. MONTOYA MELGAR, “El principio de estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España”, cit., pp. 54-55. Con todo, durante la tramitación parlamentaria se presentaron enmiendas para suprimir dicha expresión entendiéndose que podía conducir a auténticos fraudes de ley que, finalmente, fueron desestimadas. Véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 82.

¹¹⁸ En este sentido, se ha destacado la influencia del *Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos* (BOE n.º 311 de 28-12-64) que introduce en su art. 3 el concepto de unidades patrimoniales con vida propia susceptibles de ser inmediatamente explotadas, permitiendo que unidades de ámbito inferior a la empresa puedan servir para el desarrollo de una actividad, ya que el conjunto orgánico que puede constituir un conjunto de bienes tiene un valor funcional que excede a la mera suma de sus componentes. En este sentido: A. FONT MAS, *Temas de interés en materia de transmisión de empresas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 15-16.

¹¹⁹ Véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 83.

b) Y en segundo lugar, porque se reforzaron las garantías laborales. En este sentido, se eliminó cualquier referencia respecto al pacto en contrario con los trabajadores, que podía propiciar situaciones abusivas y fraudulentas. Se intentó introducir vía enmienda parlamentaria la necesidad del consentimiento de los trabajadores en el momento de perfeccionarse la transmisión, pero fue desestimada para evitar que pudiesen condicionar la transmisión de sus contratos e intervenir en el tráfico empresarial¹²⁰. Además, se introdujo como garantía de carácter colectivo la notificación a los representantes de los trabajadores. Y por último, se incorporó *ex novo* el sistema de responsabilidad por deudas, tanto anteriores como posteriores a la transmisión¹²¹. Sin duda, uno de los aspectos más controvertidos de la norma hasta la actualidad. Ya durante su tramitación, la exposición de motivos de las diversas enmiendas al proyecto de ley que se presentaron bien para limitar la responsabilidad temporalmente, o para tratar de modificar el régimen de solidaridad por uno de subsidiariedad o, incluso, suprimirla, criticaban que tal garantía laboral podría llegar a atender contra la seguridad jurídica y afectar al tráfico negocial¹²². Como se ha afirmado, se trata de una tutela específica establecida en favor de los trabajadores, pero que eventualmente puede volverse en su contra por suponer un obstáculo a la transmisión, especialmente, respecto a empresas en crisis que se pretende salvar¹²³.

Lo cierto, es que la introducción de dicho régimen de responsabilidad se debió a la influencia ejercida por normas ajenas al ordenamiento laboral, como la Ley General Tributaria¹²⁴, que establece en su art. 72 la responsabilidad del cesionario por las deudas tributarias del cedente y el derecho de exención mediante la obtención de un certificado negativo de la Administración. En esta regulación fiscal se inspiró el legislador para introducir un régimen de responsabilidad solidaria por deudas de la Seguridad Social en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación¹²⁵ que acabó siendo plasmado también en la legislación laboral¹²⁶. Si bien, el ámbito material de dicha responsabilidad definido por la norma abarcaba solo a las obligaciones *laborales* y no en materia de Seguridad Social, pues en estos casos se regula un supuesto específico de extensión de responsabilidad en su legislación específica.

B) En cualquier caso, la LRRL ha sido calificada como una «norma de transición», deudora de cierto oportunismo por la situación política coyuntural en la que fue aprobada¹²⁷. Su vigencia fue breve y, tan solo cuatro años más tarde fue sustituida por la *Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores*¹²⁸. El art. 18 LRRL fue transcrito sin apenas cambios al art. 44 ET-

¹²⁰ *Ibid.*, p. 82 y 85.

¹²¹ Aunque algún autor ya defendía, bajo la cobertura del art. 79 LCT, la existencia de una responsabilidad conjunta entre ambos empresarios de carácter solidario. Véase: F. DURAN LÓPEZ, “La continuidad de las relaciones de trabajos y la responsabilidad por las deudas laborales en la transición de empresa”, cit., p. 105 y ss.

¹²² J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 83-84.

¹²³ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 37.

¹²⁴ *Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria* (BOE nº 313 de 31-12-63).

¹²⁵ art. 97.2 del *Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social* (BOE nº 96 de 22-04-66).

¹²⁶ A. FONT MAS, *Temas de interés en materia de transmisión de empresas*, cit., p. 16 y ss.

¹²⁷ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 82.

¹²⁸ BOE nº 64 de 14-03-80.

1980, a salvo de ciertas diferencias terminológicas y de carácter técnico¹²⁹. La regulación del instituto subrogatorio en la normativa laboral debe complementarse, además de con esta norma de carácter general, con el art. 49.7 ET que excluye la muerte, la jubilación y la incapacidad como supuestos de extinción del contrato cuando hay una transmisión de empresas¹³⁰, y con el art. 51.11 y 12 ET para los supuestos de quiebra y venta judicial¹³¹, además de los preceptos previstos en la legislación de Seguridad Social.

Sin embargo, la doctrina puso de manifiesto que no se habían solventado ciertos puntos débiles que tenía la normativa y que habían quedado sin resolver. Algunos, de carácter técnico, como la cuestión de la transmisión de las deudas laborales anteriores. En este sentido, se manifestó que el término «subrogación» en los derechos y deberes del anterior empresario no permitía dilucidar con total certeza si el nuevo empresario debía asumir o no las deudas, con independencia de que sea declarado solidariamente responsable¹³². Y otros, que evidenciaban una falta de adaptación o ajuste a la realidad social y productiva que se pretende ordenar, así como la carencia de un correcto ajuste de los intereses entre las partes implicadas. Tanto la LRRL como el ET-1980 han optado por perfeccionar técnicamente la norma y ampliar la defensa de los trabajadores, ampliando en número de supuestos que tienen cabida y reforzando la tutela mediante mecanismos como la responsabilidad solidaria, “*pero hay pocos indicios de que hayan tenido presente otro contexto distinto, otra finalidad, otras circunstancias diversas a las existentes en 1931*”, cuando se aprobó la LCT¹³³. Una de estas circunstancias es la aplicabilidad de la norma a los supuestos de sucesión de contratistas y concesionarios de obras o servicios, fenómeno cada vez más extendido y no poco problemático desde el punto de vista de la aplicación del precepto.

¹²⁹ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 32.

“*Artículo cuarenta y cuatro. La sucesión de empresa. Uno. El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos inter vivos, el cedente, y en su defecto el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.*”

Dos. El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuere declarada delito” [el subrayado es mío].

¹³⁰ “*Artículo cuarenta y nueve. Extinción del contrato. El contrato de trabajo se extinguirá: [...] Siete. Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuarenta y cuatro o por extinción de la personalidad jurídica del contratante, debiendo, en este último caso, seguirse los trámites del artículo cincuenta y uno de esta Ley*”.

¹³¹ “*Artículo cincuenta y uno. Extinción por causas tecnológicas económicas y fuerza mayor. [...] Once. La declaración de quiebra producirá la continuidad de los contratos de trabajo si así se acordase por los sindicatos, por continuar la actividad de la empresa. En otro caso, será preciso tramitar el expediente resolutorio ante la autoridad laboral competente. Doce. En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes, se estará a lo dispuesto en el artículo cuarenta y cuatro de esta Ley, siempre que, en el caso de venta parcial, los bienes permitan continuar, también parcialmente, la actividad de la empresa. En cualquier caso, si el nuevo empresario decide no continuar o suspender la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto*”.

¹³² E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 35.

¹³³ Cfr. *Ibid.*, p. 36.

1.3. La única reforma del art. 44 ET-1995 por la Ley 12/2001, de 9 de julio

A) Durante más de dos décadas la normativa permaneció intacta. Y el motivo no fue, precisamente, porque su interpretación y aplicación hubiera sido pacífica. Las nuevas formas de organizar la producción se han canalizado a través de instituciones jurídicas ya existentes como la transmisión de empresas¹³⁴. En efecto, la norma ha dotado al empresario de “*un precioso instrumento para reorganizar su producción mediante fórmulas de descentralización y externalización*”¹³⁵. Aunque la falta de adaptación de la normativa y su escasa regulación han sido especialmente problemáticas a la hora de determinar su aplicación a supuestos de descentralización¹³⁶ por la tercerización y desmaterialización que ha caracterizado a la actividad productiva desde la década de los años ochenta del siglo pasado¹³⁷. Para lo cual, se ha requerido de una amplia integración judicial que no siempre ha transitado por vías uniformes¹³⁸.

Ni siquiera con ocasión de la entrada de España en la Comunidad Económica Europea en 1986 se consideró que debía reformarse para adaptarla a los mandatos de la Directiva 77/187/CEE, toda vez que se concedió un periodo de seis meses desde la adhesión para el ajuste del ordenamiento interno con lo dispuesto en las Directivas comunitarias. El inmovilismo del legislador interno se justificaba por la convicción política y jurídica de que la normativa española era plenamente homologable a la comunitaria¹³⁹, e incluso, que disponía de unas garantías laborales más favorables¹⁴⁰. Pero en realidad, también por la creencia de que cualquier regulación podría suponer un freno al desarrollo económico, de modo que una regulación excesivamente intervencionista podría obstaculizar los procesos de movilidad del capital y el tráfico jurídico de empresas. Así que la escasa regulación o la «casi-desregulación» se consideraba satisfactoria¹⁴¹.

¹³⁴ M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Descentralización productiva, contrataciones y despido por causa organizativa”, en Blat Gimeno y otros *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 408.

¹³⁵ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en Patricia Kurczyn Villalobos, Carlos Alberto Puig Hernández (coords.) *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 765, consultado el 01-09-16 en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/1.pdf>.

¹³⁶ A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 38, 2002, p. 241 y ss.

¹³⁷ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 114.

¹³⁸ A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, cit., p. 242.

¹³⁹ En este sentido: T. SALA FRANCO, “Efectos laborales de la transmisión de empresas: Normas comunitarias y Derecho español”, cit., p. 1762. Aunque también evidenciaba cómo en materia de derechos de información y consulta “nuestro derecho se queda corto en su regulación” (p. 1765).

¹⁴⁰ Véase: F. VALDÉS DAL-RE, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 30.

¹⁴¹ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 13.

B) Del ET-1980 pasó al *RD-legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*¹⁴² sin apenas modificaciones¹⁴³, sobreviviendo a reformas laborales de gran calado. No fue hasta la *Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*¹⁴⁴, después de un largo periodo de inalterabilidad legislativa¹⁴⁵, cuando se reformó el artículo 44 ET-1995 para incorporar y transponer las modificaciones introducidas por la Directiva 98/59/CE. Con la reforma de la Ley 12/2001, de gran calado, al menos desde el punto de vista de su sistemática (el art. 44 ET-1995 pasa de 2 a 10 apartados), se pretendía solventar el desajuste entre la escasa regulación mencionada y la proliferación de los cambios de titularidad a resultas de las también mencionadas transformaciones del sistema productivo.

Con todo, la reforma del artículo 44 ET-1995 se incluyó a última hora y de forma precipitada en la Ley 12/2001¹⁴⁶. En efecto, dicha ley trae causa en el *RD-ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*¹⁴⁷ que no contenía referencia alguna a la institución sucesoria, sino que su inclusión se debe a una enmienda presentada durante la tramitación del Proyecto de Ley¹⁴⁸. Esta circunstancia, que implica que el cambio legislativo es una auténtica novedad y no una mera convalidación, concreción o desarrollo de la norma de extraordinaria y urgente necesidad¹⁴⁹,

¹⁴² BOE nº 75 de 29-03-95.

¹⁴³ Sí que sufrieron ciertos ajustes los arts. 49 y 51 ET-1980. El art. 49.7 ET-1980 pasa a ser el art. 49.1.g ET-1995 y su redacción es la siguiente: "Artículo 49. Extinción del contrato. 1. El contrato de trabajo se extinguirá: [...] g) Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.

En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51 de esta Ley".

Por su parte, el art. 51 ET-1995 dispone lo siguiente: "Artículo 51. Despido colectivo. [...] 10. El expediente de regulación de empleo para los supuestos de declaración de quiebra, cuando los sindicatos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial, o en otros supuestos de cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial, se tramitará a los solos efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del presente artículo en materia de periodo de consultas y del derecho a la indemnización a que se refiere el apartado 8.

11. En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial.

Si, no obstante la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto".

¹⁴⁴ BOE n.º 164 de 10-10-01.

¹⁴⁵ A. V. SEMPERE NAVARRO, "Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas", *Aranzadi social*, 5, 2002, pp. 2/13 pdf descargado el 19-02-16 de la BD Aranzadi Thomson Reuters.

¹⁴⁶ M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]", cit., p. 3/24 pdf descargado.

¹⁴⁷ BOE n.º 54 de 03-03-01.

¹⁴⁸ La redacción definitiva se debe a la enmienda n.º 167 presentada por el grupo parlamentario popular (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A. n.º 37-6 de 27-04-01). También fue presentada otra enmienda por el grupo parlamentario federal Izquierda Unida (art. 26 de la enmienda a la totalidad n.º 39).

¹⁴⁹ A. V. SEMPERE NAVARRO, "Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas", cit., p. 2/13 pdf descargado.

conllevo que la modificación de la norma pasara relativamente desapercibida tanto para el debate parlamentario como para opinión pública¹⁵⁰. La justificación de dicha enmienda alude tanto a razones de oportunidad –la finalización del plazo de transposición de la Directiva 98/50/CEE– como de fondo –reforzar los derechos de información y consulta–¹⁵¹. Este sendero es el que siguió la exposición de motivos de la Ley 12/2001 para argumentar la reforma del precepto¹⁵².

Sin embargo, la forma en la que se realizó no convenció a la doctrina porque el plazo de transposición de 3 años habría dado la oportunidad de seguir otro cauce procedimental y, en todo caso, no justificaría que la reforma se produzca a última hora y mediante una transcripción literal de la mayoría de preceptos de la Directiva¹⁵³, sin aprovechar la facultad que se otorga a los legisladores nacionales para modalizar y flexibilizar la aplicación de la norma comunitaria¹⁵⁴. Un sector consideró que más que incorporar las novedades introducidas por la Directiva 98/50/CEE, lo que el legislador interno hizo fue adaptar de una vez la legislación nacional a la comunitaria, pues muchas de las reglas que se incorporaron por primera vez ya estaban en la Directiva originaria¹⁵⁵. En cierta forma, supuso un cambio de criterio sobre la necesidad de transponer y adaptar las previsiones nacionales¹⁵⁶.

C) La mayoría de los nuevos apartados introducidos en el art. 44 ET-1995 hacen referencia al tratamiento colectivo de la sucesión de empresas, superando la visión estrictamente individual de la regulación originaria¹⁵⁷. Con todo, los cambios fueron los siguientes:

a) Los apartados 1º y 2º pasaron a ser los apartados 1º y 3º, con algunos ajustes: en el apartado 1º se precisa que los derechos y obligaciones en los que se subroga el nuevo empresario son «laborales y de Seguridad Social», incluidos compromisos de pensiones y obligaciones en materia de protección social obligatoria. Por su parte, en el apartado 3º, matiza en relación al régimen de responsabilidad solidaria anterior a la transmisión que será “*sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social*”.

¹⁵⁰ Véase: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 14 y ss.

¹⁵¹ En síntesis, lo que el legislador interno pretendió fue adaptar la norma interna a la comunitaria, tanto cuando expresamente lo reconoce, como cuando habla de mejorar los instrumentos de información y consulta, pues en este caso también procedió a incorporar a la normativa interna el contenido de la Directiva (*Ibid.*, p. 17.).

¹⁵² Por un lado, se habla de la necesidad de “reforzar las garantías en los supuestos de subcontratación y de sucesión de empresa; en particular, a través de una mejora de los instrumentos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes, que permita dotar a estas situaciones laborales de la debida transparencia y seguridad jurídica”. Y, por el otro, se alude a que con esta ley “se procede, además, a incorporar al ordenamiento interno el contenido de las recientes Directivas europeas 98/50/CE...”.

¹⁵³ A. V. SEMPERE NAVARRO, “Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas”, cit., p. 4/13 pdf descargado; J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 16.

¹⁵⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 10/24 pdf descargado.

¹⁵⁵ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 20 y ss.

¹⁵⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 2/24 pdf descargado.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 1/24 pdf descargado.

b) El apartado 2º de la nueva redacción recoge la regla aclaratoria que delimita el ámbito de aplicación prevista en el art. 1.1.b de la Directiva 98/50/CEE.

c) Los apartados 4º y 5º incorporan las reglas de mantenimiento de las condiciones pactadas en el convenio colectivo aplicable en el momento de la transmisión y de las instancias representativas de los trabajadores, transponiendo los art. 3.3 y 6 de la Directiva 98/50/CEE. Dichas reglas ya constaban en los arts. 3.2 y 5 de la Directiva 77/187/CEE, aunque sufrieron algunos cambios con ocasión de la reforma.

d) Por su parte, los apartados 6º a 10º del art. 44 ET recogen los derechos de información y consulta previstos en el art. 7 de la Directiva 98/50/CEE.

D) Ahora bien, de nuevo, podría haber inspirado la reforma –y no lo hecho– la necesidad de adaptar la norma a las nuevas exigencias de la realidad económica, proporcionando respuestas a los nuevos cambios de titularidad que se presentan en el actual tráfico jurídico (supuestos de sucesión de contratistas y concesionarios de obras y servicios, transmisión de empresas en crisis, grupos de empresas, etc.)¹⁵⁸. Sin embargo, esta nueva redacción no parece que tratara de enfrentarse a los problemas que había planteado la aplicación del art. 44 ET-1995 en sus más de 20 años de vigencia¹⁵⁹, si no que podría afirmarse que la reforma “*ha huido de efectuar un planteamiento global de cómo afectan estas nuevas realidades económicas a la transmisión de empresas*”¹⁶⁰. Las dificultades de la normativa para canalizar algunos de estos cambios de titularidad empresarial y mantener un adecuado equilibrio de los intereses en juego, ha hecho que se hable una “*crisis institucional de la normativa sucesoria*”¹⁶¹.

Y en fin, casi veinte años desde su última reforma el tenor literal del artículo 44 ET permanece intacto. Las únicas modificaciones en la normativa sucesoria se hicieron para eliminar cualquier referencia a la aplicación de la institución en supuestos de empresas inmersas en procedimiento concursal y remitir a su regulación a la normativa específica¹⁶². Por lo demás, la regulación fue literalmente transcrita del Texto Refundido de 1995 al de 2015.

¹⁵⁸ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 22; F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 50.

¹⁵⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 2/24 pdf descargado.

¹⁶⁰ Cfr. J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 23.

¹⁶¹ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 489 y ss.

¹⁶² En este sentido, la *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* (BOE nº 164 de 10-07-03), deroga el art. 51.10 y añade un nuevo artículo 57.bis ET que dispone que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”.

2. Las finalidades del art. 44 ET

2.1. Cuestiones dogmáticas

Tradicionalmente se ha considerado que en la normativa sobre sucesión de empresas subyacen tres tipos de intereses diversos: el interés de los trabajadores, el interés de los empresarios y, en fin, el interés público o interés general en un ordenamiento jurídico concreto¹⁶³. Otra cosa es, como se analizará a continuación, tratar de dirimir cuál de estos es prevalente.

A) En primer lugar, no cabe duda de que la norma protege los intereses de los trabajadores. Más concretamente, se configura como una “*tradicional técnica de protección de la estabilidad en el empleo*”¹⁶⁴. Sobre esta cuestión existe un claro consenso ya desde la aprobación de la antigua LCT tanto entre nuestra doctrina¹⁶⁵ como por parte de los autores que la han estudiado en otros ordenamientos más allá de nuestras fronteras¹⁶⁶. Igualmente, la jurisprudencia también ha sido pacífica y constante al considerar que la normativa subrogatoria “*tiene por finalidad, según el designio del legislador, garantizar la seguridad en la permanencia laboral*”¹⁶⁷ y que, a la postre, conlleva la imposición de ciertos límites a la libertad del empresario para no perjudicar a los derechos de los trabajadores¹⁶⁸. De modo que el artículo 44 ET, como sus antecesores el artículo 79 LCT o el 18.2 LRRL, relativos a la transmisión o sucesión de empresa constituyen “*una nueva expresión legislativa de la voluntad del sistema de proteger la estabilidad en el empleo*”¹⁶⁹.

La estabilidad en el empleo es un valor generalmente protegido por la practica totalidad de los ordenamientos laborales, de tal forma que se ha considerado que es uno de los principios que inspiró la génesis del derecho del trabajo¹⁷⁰ impregnando con sus garantías a tres bases

¹⁶³ Coinciden tanto J. L. MONEREO PÉREZ (*Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 127) como E. GONZÁLEZ BIEDMA (*El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 38) y todos los autores citados por este último.

¹⁶⁴ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, “El principio de estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España”, cit., p. 54.

¹⁶⁵ J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, cit., p. 32 y 53; J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 140; E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 41.

¹⁶⁶ A. FONTANA, *La successione dell'impreditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 3; A. CESSARI, “Trasferimenti d'azienda e rapporti di lavoro”, *Rivista di Diritto Civile*, vol. 21, 1975; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, p. 109 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. STS de 17 de marzo de 1961.

¹⁶⁸ STS de 11 de diciembre de 1958. En el mismo sentido: STS de 19 de noviembre de 1968.

¹⁶⁹ Cfr. STS de 11 de diciembre de 1985. En el mismo sentido, las SSTS de 16 de junio de 1983; de 29 de marzo de 1985; de 3 de marzo de 1987, que, además, pone de manifiesto cómo tanto la doctrina científica como jurisprudencial han interpretado el art. 44 ET y sus antecedentes normativos “*en el sentido de que constituyen una firme garantía de la estabilidad del puesto de trabajo*” (cfr. SSTS de 26 de enero de 1987; de 9 de marzo de 1987). Igualmente, de esta finalidad de la norma dejan constancia sentencias mucho más recientes y actuales: SSTS de 25 de febrero de 2002, rec. 4293/2000.

¹⁷⁰ A. MONTOYA MELGAR, “El principio de estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España”, cit., p. 45 y ss.; en el mismo sentido E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 41 y ss.

institucionales del mismo: la extinción, la suspensión y la novación del contrato de trabajo¹⁷¹. La transmisión de empresas se incardinaría en este último bloque normativo. Sin embargo, también se ha constatado que es uno de los principios laborales más cuestionados en los últimos años, en claro retroceso gracias a las sucesivas reformas laborales que han afectado considerablemente las principales instituciones en que se materializa buscando una mayor flexibilidad¹⁷².

El principio de estabilidad en el empleo acoge tres acepciones o manifestaciones, dos de carácter individual y una colectiva. Así, puede hablarse de estabilidad en el empleo entendida como el mantenimiento bien en la empresa o bien en el concreto puesto de trabajo. Junto a estas dos, existe una dimensión colectiva que justifica una intervención del Estado para orientar la política social y económica hacia el pleno empleo¹⁷³. Desde el punto de vista del interés del trabajador la institución se circunscribiría, sobre todo, en la primera acepción.

Pero, además, la norma también establece garantías efectivas para proteger los intereses de los acreedores. En este sentido, se articula una obligación de subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones contraídos por el anterior, además de un mecanismo de responsabilidad solidaria tanto por las deudas anteriores a la transmisión, como las posteriores cuando la operación haya sido constitutiva de delito. De esta finalidad se ve beneficiado de forma preeminente el trabajador, por lo que el interés de los trabajadores se preserva no solamente por la seguridad en su empleo sino por la protección de sus créditos¹⁷⁴.

B) En segundo lugar, como ya se ha adelantado, también se ha llegado a considerar que la regulación de la transmisión de empresa pudiera responder a una necesidad de tutelar los intereses del empresario. Desde este punto de vista podría afirmarse que la existencia de una norma que imponga la continuidad de las relaciones laborales ante un cambio de titularidad de la empresa podría beneficiar tanto al empresario saliente como al entrante, esto es, tanto al empresario cedente como al cesionario. A este último, porque le permite continuar la actividad productiva sin ningún tipo de alteración desde el momento en que la organización transmitida mantiene su aptitud productiva a pleno rendimiento¹⁷⁵. En otro caso, si las relaciones jurídicas ya existentes en la empresa se viesan extinguidas, este hecho podría conllevar una posible interrupción de la actividad, e incluso, ocasionar serias dificultades para retomarla. Esta circunstancia cabría predicarla respecto a las relaciones jurídico-laborales y, con mayor intensidad, respecto de aquellas en las cuales las aptitudes profesionales, la experiencia o el *know how* adquieren un valor esencial para el desarrollo de la actividad.

¹⁷¹ J. VIDA SORIA, "Prólogo", en José Luis Monereo Pérez, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1987, p. 21.

¹⁷² E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 43.

¹⁷³ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 52.

¹⁷⁴ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 131; En este sentido, también E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 44.

¹⁷⁵ Razones de orden económico, técnico y laboral apoyarían esta hipótesis. Véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 129.

Pero también el empresario cedente se ve beneficiado de la existencia de una normativa sobre transmisión de empresa. A mi juicio, con mayor intensidad que el empresario cesionario, pues de no existir, debería asumir el coste de las extinciones contractuales de la plantilla al producirse un cese en la actividad¹⁷⁶. De esta manera, no tendrá que acudir al despido por causas objetivas individual o colectivo cuando haya continuidad en la actividad por otro empresario. Pero además, porque constituya una suerte de habilitación legal para el empresario titular de la empresa que le permite disponer de ella mediante su transmisión sin necesidad de recabar el consentimiento de los trabajadores afectados, que no pueden por tanto oponerse a la misma¹⁷⁷.

Esta circunstancia ha llevado a algún autor a afirmar que la protección del empresario es la finalidad primordial de la norma¹⁷⁸. Sin embargo, esta idea ha sido fuertemente contestada por la doctrina de forma mayoritaria. En este sentido se ha afirmado que, de ser así, el legislador habría dado la posibilidad al empresario de decidir si le interesa optar por subrogar a la plantilla o no. O, en todo caso, de decidir con qué trabajadores desea seguir y con cuáles no. Pero en cambio, el legislador lo que impone es una subrogación automática y obligatoria en las relaciones laborales.

En otro orden de cosas, no es ocioso considerar que dependiendo de las circunstancias la subrogación de la plantilla será unas veces necesaria para garantizar la continuidad del negocio, pero en otras ocasiones puede ser contraproducente y perjudicar su viabilidad. En tal caso, podría argumentarse que la subrogación puede suponer una carga para el empresario entrante toda vez que debe asumir a trabajadores que no decidió contratar y con condiciones para las cuales no ha prestado su consentimiento¹⁷⁹. Además, podría ser que la razón por la cual la empresa no ha funcionado y el empresario decida transmitirla sea culpa de los trabajadores de la misma. Desde luego, estas circunstancias no ayudan a defender que mediante a la normativa le interesa la continuidad de la empresa.

Por tanto, cabe cuestionar si verdaderamente se pretendió tutelar los intereses empresariales o si, a lo sumo, este se beneficia de una forma refleja, en la medida en que la norma va dirigida a la protección del trabajador¹⁸⁰. Dos argumentos darían consistencia a esta hipótesis. El primero, de carácter material, pues la norma en realidad no obliga a permanecer a los trabajadores en la empresa una vez consumada la transmisión. Estos pueden dimitir libremente,

¹⁷⁶ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 39.

¹⁷⁷ M. CUENCA ALARCÓN, "Los efectos jurídicos de la subrogación ex convenio en supuestos de sucesión de contratistas (comentario a la STS 4ª 7 de abril de 2000) [Ref. LA LEY 6320/2002]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2000, Wolters Kluwer, p. 5/7 pdf descargado, fecha de consulta 19 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

¹⁷⁸ F. DURAN LÓPEZ, "La continuidad de las relaciones de trabajos y la responsabilidad por las deudas laborales en la transición de empresa", cit., p. 80.

¹⁷⁹ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 45.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 39. En el mismo sentido, se pone de manifiesto que no parece ser aceptada entre la doctrina el hecho de que la normativa proteja prevalentemente el interés del empresario. En cualquier caso, cuando se habla del «interés de la empresa», o más genéricamente «del interés de la economía nacional» en el contexto de las denominadas «teorías institucionalistas», en realidad, a quien se esta beneficiando es al titular de la misma, toda vez que estas teorías son hartamente discutibles y ya han quedado ampliamente superadas en la doctrina científica (véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 131).

por lo que poco se le estaría garantizando al empresario cesionario para mantener la aptitud y continuidad productiva de la organización. Y el segundo, de tipo formal, pues de querer tutelar los intereses empresariales la lógica invita a pensar que la regulación debería haberse abordado desde el derecho civil o mercantil y no como se ha hecho en cambio desde la legislación laboral¹⁸¹.

C) Y en fin, también se alude al interés público¹⁸² o al interés de la economía general¹⁸³. Desde esta óptica, se parte de la premisa de que la empresa es la pieza básica de un sistema que se basa en la economía de mercado. Por tanto, el intervencionismo público en materia económica y de empleo con medidas tendentes a la conservación de la empresa se justifica por varias razones. Primero, porque la desaparición de empresas a gran escala puede producir una desaceleración de la economía. Segundo, como consecuencia del anterior, puede traducirse en la destrucción de empleo, en un contexto en el que el Estado debe orientar su política social hacia el pleno empleo (en relación a la dimensión colectiva del principio de estabilidad en el empleo). Tercero, a su vez, el incremento del desempleo conlleva un incremento del gasto público en materia de prestaciones del sistema público de Seguridad Social. Y cuarto, porque este último, también es un acreedor que puede ver frustrados sus créditos: igual que se comentó con anterioridad respecto a los trabajadores, la garantía de la responsabilidad solidaria pretende garantizar el cobro de las cotizaciones y las prestaciones imputables a la empresa.

D) En fin, tratando de simplificar aun más el debate podría afirmarse que la *ratio legis* del precepto revela la contraposición entre dos intereses correspondientes con los dos principios socio-económicos: el principio de conservación de la empresa y el principio de estabilidad en el empleo. Y la contraposición de estos principios y sus intereses subyacentes son el resultado del clásico conflicto entre el capital y trabajo, consustancial al sistema capitalista en el que se desarrolla. De modo que la tutela de cada uno de ellos proporciona una utilidad específica a cada una de las dos partes interesadas, toda vez que supone una restricción a la otra. Así, la garantía de permanencia del trabajador en su empleo limita las facultades empresariales organizativas y de libre disposición sobre su empresa, mientras que la flexibilidad en el uso y la movilidad de la fuerza de trabajo que suponen un incremento de sus poderes organizativos van en contra de los intereses del trabajador. Desde esta perspectiva la intervención estatal se justifica por la necesidad de proporcionar una solución para la composición del conflicto¹⁸⁴.

2.2. Los bienes jurídicos protegidos

El cambio en la titularidad de una empresa afecta a una serie de derechos y principios de naturaleza contradictoria que tienen su base en la Constitución económica y social de un

¹⁸¹ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 40.

¹⁸² J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 131.

¹⁸³ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 40.

¹⁸⁴ Véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 39 y ss.

determinado ordenamiento jurídico¹⁸⁵. De modo que en los principios socio-económicos antes enunciados se ven imbricados una serie de preceptos constitucionales.

A) Por lo que respecta al principio de estabilidad en el empleo no viene recogido de forma expresa en nuestra Constitución, aunque se reconoce de modo implícito al acoger el derecho al trabajo¹⁸⁶ que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) presenta un doble aspecto, individual y colectivo, al que se refieren los arts. 35.1 y 40.1 CE (STC n.º 22/1981, de 22 de julio, FJ 8). El primero de ellos, reconoce a todos los españoles –entre otros derechos suplementarios que coadyuvan a delimitar su contenido y alcance¹⁸⁷– el derecho al trabajo desde una perspectiva individual, y que ha sido interpretado en el sentido de que no se agota con la libertad de trabajar, sino que “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”. Con todo, su efectividad requiere de una intervención estatal activa mediante la habilitación de instrumentos jurídicos para la creación y el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes¹⁸⁸. Y de este cometido da cuenta el art. 44 ET cuando establece que el cambio de titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva no extinguirá por sí mismo la relación laboral.

Por su parte, “en su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese derecho mismo para la otra parte de la misma” (STC n.º 22/1981, FJ 8º). Esta vertiente queda recogida en el art. 40.1 *in fine* CE, precepto que forma parte de la denominada «Constitución económica»¹⁸⁹, y que adquiere un carácter instrumental para satisfacer el derecho al trabajo¹⁹⁰. No obstante la referencia expresa por el precepto a los poderes públicos, el TC también ha reconocido el papel de los interlocutores sociales en lo referente a la creación y mantenimiento del empleo, con la capacidad de afectar al contenido del derecho al trabajo y a la libertad empresarial de contratación, afirmando que “del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 105 y ss.

¹⁸⁶ A. MONTROYA MELGAR, “La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 58, 2005, p. 135.

¹⁸⁷ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Artículo 35”, en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, María Emilia Casas Bahamonde (dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 1186. No obstante su imprecisión ha llevado a la doctrina a estimar que habría sido más oportuno incluirlo entre los principios rectores de la política social y económica: A. MONTROYA MELGAR, “El trabajo en la constitución”, *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n.º 0, 2004, p. 17.

¹⁸⁸ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Artículo 35”, cit., p. 1187.

¹⁸⁹ Concepto que “designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico” (STC n.º 37/1981, de 16 de noviembre).

¹⁹⁰ A. MARTÍN VALVERDE, “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978”, en AA.VV., *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este temas celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980, p. 199 y ss.

ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales” (STC n.º 58/1985, de 30 de abril, FJ 5)¹⁹¹.

No obstante, debe apuntarse que presenta numerosas limitaciones, no solo por su carácter programático y por la falta de concreción que adolece, sino porque en una economía de mercado que reconoce la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada, la intervención estatal esta considerablemente limitada, quedando la creación y el mantenimiento del empleo básicamente en manos de sujetos privados y sometida a las reglas del mercado¹⁹².

Es por ello que el principio de estabilidad en el empleo entra en contradicción con el principio de conservación y continuidad de la empresa. Dicho con otras palabras, puede afirmarse que la estabilidad en el empleo tiene una doble proyección: social, en tanto que interesa al trabajador permanecer vinculado a la empresa, habida cuenta de que el trabajo es su medio de vida y de inserción social; y económico-productiva, pues interesa al empresario adaptar el volumen de empleo al desarrollo de la empresa y la evolución de sus necesidades¹⁹³.

B) En cuanto al principio de conservación de la empresa encuentra acomodo en el texto constitucional en los arts. 33 y 38 CE¹⁹⁴. En primer lugar, en el art. 38 CE se reconoce expresamente *“la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”* y *obliga a los poderes públicos a proteger su ejercicio “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*. En este contexto se reconoce la iniciativa económica privada en el marco de una economía de mercado. Este derecho tiene una estrecha conexión con el proclamado por el art. 33 CE que *“reconoce el derecho a la propiedad privada”*¹⁹⁵ y que se deriva del principio de libertad contractual (art. 10 CE). La libertad de empresa, el derecho a la propiedad privada y la libertad contractual conforman –junto con el derecho a trabajar y la libertad para elegir profesión u oficio– *“la red de derechos que forman el tejido necesario de una economía de mercado”*¹⁹⁶. En este sentido, la protección de la empresa por el ordenamiento jurídico es

¹⁹¹ I. MATÍA PRIM; M. E. CASAS BAAMONDE; J. L. GOÑI SEIN, “Artículo 40”, en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde (dir.) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 1297.

¹⁹² *Ibid.*, p. 1296. En el mismo sentido: M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Artículo 35”, cit., p. 1190.

¹⁹³ A. MONTOYA MELGAR, “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 33, 2001, p. 61.

¹⁹⁴ En este sentido, el Tribunal Supremo en su STS de 25 de abril de 1988, afirma que sobre el artículo 44 ET *“se proyectan dos grandes principios que deben ser respetados, por una parte el derecho al trabajo en un apolítica que ha de tender al pleno empleo -artículos 35 y 40 de la Constitución- del que son consecuencia los preceptos del Estatuto de los Trabajadores protectores de la estabilidad en el empleo; y el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado -artículos 33 y 38 de la Constitución- por los que se reconoce al titular de la empresa el derecho a disponer en ciertas condiciones de esa titularidad, en todo o parte, cediéndola a un nuevo titular que queda subrogado en sus obligaciones”*.

¹⁹⁵ El art. 38 CE se proyecta sobre la empresa como actividad mientras que el 33 CE sobre la empresa como bien, esto es, como resultado de dicha actividad. Véase: C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Artículo 38”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I2*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 1251.

¹⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 1247.

consustancial a la noción de orden público. Más concretamente, el principio de continuidad de la empresa –basado en los principios constitucionales de libertad de empresa, libertad contractual y derecho a la propiedad privada– se enmarca en el orden público económico como proyección de la noción general de orden público¹⁹⁷. Esta circunstancia explica la protección de una institución como la empresa que resulta esencial para el desenvolvimiento de un sistema basado en una economía de mercado. Como consecuencia de dicha protección al empresario se le reconocen una serie de facultades organizativas. Así, reconoce una facultad de reorganización interna que le permite dirigir y organizar la producción y el trabajo dentro de la empresa. Y una facultad de reorganización externa, basada en el derecho a la libre disposición de la misma y que puede concretarse en su transmisión. Es interés que tiene la empresa para el ordenamiento jurídico justifica los poderes atribuidos al empresario y, en cierta medida, la flexibilización del uso de la fuerza de trabajo en los procesos de reestructuración productiva¹⁹⁸.

C) Ahora bien, cuando no es un sujeto privado quien desarrolla la iniciativa económica (iniciativa económica privada) sino que es un sujeto de derecho público (iniciativa económica pública) no puede afirmarse que el precepto constitucional afectado sea el art. 38 CE. Y es que, aunque la Administración Pública actúe en su faceta de empleador y no ejerza en sus funciones como tal una autoridad especial, continúa teniendo la consideración de poder público¹⁹⁹. En este sentido la propia Norma Fundamental diferencia al establecer las libertades económicas necesarias para una economía de mercado en el Título I «De los derechos y deberes fundamentales», de aquellas otras establecidas en el Título VII «Economía y Hacienda», que enuncia los títulos atribuidos a los poderes públicos para intervenir en el mercado, regularlo y suprimirlo. De esta ordenación se desprende, además de una *“preeminencia de las libertades económicas sobre la intervención estatal”*, que *“los únicos titulares del derecho fundamental a la libertad de empresa son los particulares”*²⁰⁰. Por tanto, cuando se produzca un cambio de titularidad de una empresa en la cual se vea involucrado un ente público, el derecho constitucional afectado no será la libertad de empresa sino que se circunscribirá en el art. 128.2 CE mediante el cual *“se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”*.

Dicho precepto diseña una potestad pública para que el Estado –en sentido amplio, comprendiendo cualquier ente territorial– pueda intervenir en la economía convirtiéndose en competidor de los particulares. Esto es, legitima su participación en el mercado como un

¹⁹⁷ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 47. Debe entenderse por orden público económico “las reglas básicas con arreglo a las cuales en un momento dado, aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad”. Véase: L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 5ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 43.

¹⁹⁸ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 45-46.

¹⁹⁹ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 110.

²⁰⁰ Cfr. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Artículo 38”, cit., p. 1256. Además los autores establecen un paralelismo entre los preceptos reconocidos en ambos títulos: mientras que el art. 33 CE consagra el derecho a la propiedad privada, el art. 128.1 CE somete toda la riqueza del país al interés general; y mientras que el art. 38 CE protege la libertad de empresa, el art. 128.2 CE reconoce el derecho del Estado a desarrollar una iniciativa económica. Véase: *Ibid.*, p. 1255.

empresario más. A tales efectos, el precepto permite la creación y mantenimiento de empresas públicas o, lo que es lo mismo, permite a las Administraciones Públicas iniciar, desarrollar y abandonar actividades susceptibles de aprovechamiento económico²⁰¹. Y en estas dinámicas es posible que participe como cedente o como cesionaria en una transmisión de empresa²⁰². Con todo, la iniciativa pública empresarial es una potestad y no un derecho o libertad, por tanto, aunque tiene una estrecha conexión con la libertad de empresa²⁰³, “no puede interpretarse como el mecanismo de extensión de la libertad de empresa a los poderes públicos”, en la medida en que “libertad de empresa (art. 38 CE) y potestad de iniciativa pública empresarial (art. 128.2 CE) son, pues, posiciones jurídicas estructuralmente diferentes: mientras que la primera se ejerce en el interés propio del titular del derecho, la segunda, en cuanto poder jurídico fiduciario, se ejerce en interés ajeno”. Es decir, se ejerce de acuerdo con lo preceptuado en el art. 103.1 CE que establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”.

3. Regulación y estructura

El art. 44 ET está incluido en la sección 2ª del capítulo III, denominada «garantías por cambio de empresario». Por lo que respecta a su sistemática jurídica del art. 44 ET, presenta notables elementos de equiparación con la norma comunitaria²⁰⁴: establece un supuesto de hecho, del cual se deducen una serie de consecuencias jurídicas.

“Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

A) El supuesto de hecho de la norma queda conformado por la primera frase del apartado primero y completado por el apartado segundo equivalen al ámbito de aplicación de la Directiva. En efecto, este último, transpone el art. 1.1.b de la Directiva 98/50/CE (o, si se prefiere, de su

²⁰¹ L. ORTEGA ÁLVAREZ; L. ARROYO GIMENEZ, “Artículo 128”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo II*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 834.

²⁰² No deja ninguna duda el texto constitucional que puede darse esta circunstancia desde el momento en que admite que puede producirse un cambio de titularidad privada a pública mediante la técnica de la expropiación forzosa cuando así lo exija el interés general (arts. 33.3 y 128.1 CE).

²⁰³ C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Artículo 38”, cit., p. 1248.

²⁰⁴ F. VALDÉS DAL-RE, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 31.

versión codificada la Directiva 2001/23/CE). Su función es describir la realidad fáctica relevante a ojos de la normativa. Es decir, el concepto de empresa y de transmisión que precipitará la aplicación el conjunto de garantías previstas por la norma.

B) Por su parte, las consecuencias establecidas por el precepto se corresponden con las garantías individuales y colectivas que establece la norma comunitaria. Hasta la reforma operada por la Ley 12/2001 el artículo 44 ET “dejaba extramuros del régimen de la transmisión de empresa el conjunto de garantías colectivas”²⁰⁵. Desde la LRRLL únicamente se incluía en la normativa interna legal sobre transmisión de empresas la obligación de notificar el cambio de titularidad a la representación sindical de los trabajadores, a pesar de que la normativa comunitaria originaria ya contemplaba un amplio catálogo de garantías colectivas. De hecho, como se puso de manifiesto con anterioridad, mediante la Directiva 98/50/CEE únicamente se incorporaron al respecto “aspectos secundarios y de tono menor”²⁰⁶. Por tanto, un sector de nuestra doctrina ya había manifestado que el derecho nacional se quedaba corto en la regulación de los derechos de información y consulta²⁰⁷. Con todo, desde 2001, la equiparación de las normas nacional y comunitaria en cuanto el régimen de efectos previstos es plena²⁰⁸.

²⁰⁵ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, “Las garantías colectivas en la transmisión de empresa [Ref. LA LEY 5918/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 11/12, 2002, pp. 2/22 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 30 junio 2016.

²⁰⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 2/22 pdf descargado.

²⁰⁷ T. SALA FRANCO, “Efectos laborales de la transmisión de empresas: Normas comunitarias y Derecho español”, cit., p. 1765.

²⁰⁸ A salvo de la previsión contenida en el art. 3.2 de la Directiva 2001/23/CE que establece una garantía de transparencia en el traspaso, aunque la misma tiene carácter meramente indicativo. Con mayor detalle, véase: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 121 y ss.

La coordinación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional de los Estados miembros

I. INTRODUCCIÓN

La integración de un Estado miembro en la Unión Europea conlleva la libre y voluntaria cesión de soberanía del primero en favor de la segunda, que se materializa con la atribución de competencias sobre un conjunto de materias y la consiguiente potestad de la Unión para aprobar normas sobre esas materias, cuyos destinatarios son los mismos sujetos de derecho que tienen las normas internas (los particulares y los poderes públicos de los Estados miembros). En este sentido, a pesar de erigirse el derecho comunitario como un «ordenamiento jurídico autónomo» – cuyas normas difieren de los sistemas de producción normativa constitucional nacionales tanto en su formación como en sus efectos–, se halla integrado en el sistema jurídico de los Estados, de modo que son inmediatamente aplicables en su jurisdicción¹. Dicha integración, pues, afecta frontalmente tanto al fundamento de los mismos ordenamientos nacionales –su Constitución– como al Derecho originario en que se fundamenta el ordenamiento comunitario, poniendo en evidencia la existencia de una tensión entre la soberanía estatal y la integración supranacional².

Esta coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos hace necesaria la articulación de una serie de reglas para ordenar las relaciones entre el bloque de normas comunitario y el nacional. Esta es la razón de ser de los principios de eficacia directa, primacía, cooperación leal, tutela judicial y responsabilidad del Estado por incumplimientos. La principal complejidad que presentan estos principios es que no están expresamente recogidos en los Tratados de la Unión –a excepción del principio de eficacia directa de los reglamentos comunitarios (art. 288 TFUE)– sino que su creación es atribuida a la jurisprudencia del TJUE³.

En el concreto y específico supuesto de una reversión de servicios y actividades públicas se producen dos tipos de conflictos entre la normativa y jurisprudencia comunitarias e internas. En

¹ “La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales”. Cfr. STJUE de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, asunto C- 26/22; de 15 de julio del 1964, Costa/ENEL, asunto C-6/64.

² De ahí que lleve implícitos dos procesos: la «constitucionalización del Derecho comunitario» en el bien entendido de que el ordenamiento supranacional asume “*elementos estructurales del constitucionalismo*” para conseguir que los Estados acepten la integración; y la «comunitarización del Derecho interno», referido a la repercusión que a su vez tiene la integración sobre las estructuras jurídicas internas, incluidas las fundamentales o constitucionales. Cfr. P. PÉREZ TREMPES, “La jurisdicción constitucional y la integración europea (Ref. BIB 2009/135)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 29, 2009, pp. 1-2/28 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 20-11-20.

³ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 9ª Edición, Tecnos, Madrid, 2016, p. 409 y ss.

primer lugar, tradicionalmente han existido ciertas divergencias interpretativas entre los criterios del TJUE y la Sala 4ª del Tribunal Supremo en torno a la delimitación del supuesto de hecho de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET –respectivamente–, a pesar de que, como se ha visto, la delimitación normativa es prácticamente idéntica. Aunque algunas de estas divergencias ya están resueltas, en los siguientes capítulos se dará cuenta de cuáles han sido los diferentes criterios de ambas instancias judiciales aplicados a las operaciones de cambio de gestión de actividades públicas. En segundo lugar, efectuada la reversión administrativa, tiene lugar una fuerte antinomia entre dos sectores del ordenamiento jurídico: el laboral y el administrativo. De forma inmediata, el conflicto se produce entre los efectos o garantías laborales previstos en la normativa legal sucesoria y las normas legales que regulan el acceso a la función pública, entre otras materias. Pero de forma mediata, son normas de rango supranacional y constitucional las que contienen el origen de las bases y principios que provocan la contraposición entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico. Estos aspectos se estudiarán en la parte segunda de la tesis.

En consecuencia, resulta pertinente formular ahora una aproximación general a tales principios de ordenación del derecho nacional y supranacional, a efectos de poder realizar con posterioridad las consideraciones oportunas al analizar con detalle las distintas problemáticas. En especial, interesan los principios de efecto directo y primacía, pues son los dos pilares del derecho comunitario y de los cuales se derivan otros principios subsidiarios⁴. Además, es necesario tomar en consideración las singularidades que tienen en concreto las Directivas, en la medida en que la normativa comunitaria a analizar (sucesión de empresas) pertenece a esta tipología.

II. LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA DIRECTA Y PRIMACÍA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

1. El principio de eficacia directa

A) El principio de «eficacia directa» significa que las normas de la Unión pueden producir efectos por sí mismas desde su entrada en vigor y durante toda su vigencia de modo uniforme en todos los Estados miembros⁵. Como ya se ha avanzado, el artículo 288 TFUE establece que el Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado miembro desde su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, no dice nada acerca del eventual efecto directo del resto de normas que conforman el Derecho de la Unión, tanto del derecho originario como derivado. Fue el TJUE el que declaró que un concreto precepto del Tratado constitutivo de la CEE (art. 12; actual art. 30 TFUE) producía efecto directo, lo que conlleva que las disposiciones normativas comunitarias pueden originar por sí mismas derechos y obligaciones que los particulares pueden hacer valer ante los poderes públicos nacionales, siempre y cuando,

⁴ D. A. O. EDWARD, “Efecto directo y primacía del derecho comunitario. El problema especial de las directivas”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkariadministración publica*, n.º 42, 1995, p. 37 y 38.

⁵ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 410.

eso sí, la disposición invocada sea clara, precisa e incondicional, en el sentido de que no deje margen de apreciación discrecional a las autoridades públicas nacionales o comunitarias. De esta manera, con la STJUE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos* (asunto C- 26/22), el Tribunal configuró inicialmente una noción de eficacia directa para el «Derecho originario» cuando se invoquen ante las autoridades públicas administrativas y judiciales, que tendrán el deber de salvaguardar las disposiciones normativas de la Unión en virtud de sus compromisos de «cooperación leal» y «tutela judicial efectiva» (arts. 4.3 y 267 TFUE)⁶.

Ahora bien, la eficacia directa se traduce en la posibilidad de que se puedan alegar las disposiciones del Derecho de la Unión ante los tribunales ya que otorga derechos a los particulares. No obstante, una cosa es que una norma comunitaria otorgue o no derechos (tenga eficacia directa o no), y otra bien distinta es frente a quien pueden oponerse estos derechos, es decir, quien debe soportar la cargas que impone el derecho comunitario. A este respecto, debe diferenciarse cuándo los particulares pueden solicitar su aplicación frente al Estado –en sentido amplio, entendiendo por tal todas las autoridades nacionales–, en cuyo caso tiene «eficacia directa vertical»; de cuándo la norma comunitaria puede alegarse por particulares contra otros particulares, teniendo en tal caso «eficacia directa horizontal»; también pudiera ser que disponga de ambos tipos, teniendo una «eficacia directa plena»⁷.

B) La eficacia de los Tratados que conforman el Derecho originario y de los Reglamentos no presenta problemática alguna, tienen un efecto directo pleno, vertical y horizontal. Por tanto, adquieren una eficacia interna que es impropia de la del Derecho Internacional –que precisa un concurso de voluntades de las organizaciones firmantes para obligarse y que solo estas quedan vinculadas–, y se sitúa en una posición más cercana a la técnica del Derecho Constitucional⁸, ya que además no limita sus efectos a los estados signatarios, sino también a los particulares⁹.

Mayores dudas suscitan las Directivas, una de las principales normas jurídicas del «Derecho derivado» pues, a diferencia de los Reglamentos, el TFUE dispone que *“la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”* (art. 288 TFUE). Por tanto, sus destinatarios no son los particulares sino los Estados miembros y, en consecuencia, precisan una intervención normativa por parte del Estado miembro para adquirir plenos efectos, pues no es una norma completa que nazca con vocación de ser directamente aplicable. En palabras del

⁶ Con mayor detalle, véase: *Ibid.*, p. 58 y ss. y 441 y ss.

⁷ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, en AA.VV. (Dir. María Emilia Casas Baamonde y Román Gil Alburquerque) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª Edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 104.

⁸ P. BIGLINO CAMPOS, “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, *Revista General de Derecho Comunitario*, n.º 3, 2007, pp. 3/25 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Lustel el 31 octubre 2020. En el mismo sentido: R. DULANTO SCOTT, “Interacción entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional en la configuración jurídica y en los efectos laborales de la sucesión empresarial”, cit., p. 49.

⁹ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 104.

máximo intérprete comunitario, se trata de “*un acto normativo que no tiene en su totalidad efecto directo automático*”¹⁰. Así las cosas, su finalidad es el establecimiento de un objetivo que los legisladores nacionales deben conseguir mediante la adaptación de su normativa, ya sea modificando su legislación vigente o creando una nueva, a través de un acto realizado por cada Estado conocido como «transposición»¹¹. En esta tarea, pueden optar por el medio o sistema legal que cada Estado considere más apropiado para transponer la Directiva¹². Es decir, cuenta con un amplio margen de libertad, si bien, no se trata de una libertad absoluta, pues para alcanzar la realización de los objetivos impuestos por la Directiva y asegurar su efecto útil debe emplear los medios que resulten «más apropiados»¹³, por lo que el TJUE ha requerido que “*deben ser ejecutadas con fuerza imperativa y con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, la cual requiere que, en el supuesto de que la Directiva tenga como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios puedan conocer todos sus derechos*”¹⁴. Así, queda expresamente vetado no optar por disposiciones normativas de carácter obligatorio y pretender su transposición mediante instrucciones técnicas o circulares internas¹⁵.

Ahora bien, una vez que el Estado miembro cumpla sus obligaciones de transposición (adaptando el contenido de la norma comunitaria y dentro del plazo otorgado), la norma que desplegará efectos dentro del ordenamiento interno ya no será la propia Directiva, sino la norma nacional de transposición. Así lo ha admitido de forma constante la jurisprudencia europea al afirmar que “*en todos los casos en que una Directiva se ejecuta correctamente, sus efectos llegan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro de que se trate*”¹⁶. La doctrina científica nacional especializada en Derecho europeo también ha sido unánime y contundente¹⁷ al afirmar que es la norma nacional de transposición la que despliega

¹⁰ STJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, asunto C-41/74, ap. 13.

¹¹ También se ha admitido por el Tribunal que no sea necesaria su incorporación formal cuando la norma nacional preexistente cumpla ciertos requisitos: “*Si bien la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una Directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sin embargo es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva por parte de la Administración nacional, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales. Este último requisito es particularmente importante cuando [...] la Directiva tiene por objeto la atribución de derechos a los nacionales de los demás Estados miembros*” (cfr. STJUE de 23 de marzo de 1995, *Comisión/Grecia*, asunto C-365/93, ap. 9).

¹² J. AÑÓN CALVETE, “Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre) [en línea]”, *Noticias Jurídicas* (23-02-16), 2016, fecha de consulta 20 noviembre 2019, en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10895-primacia-del-derecho-de-la-union-europea-a-proposito-de-la-stc-232-2015-de-5-de-noviembre/>.

¹³ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 100.

¹⁴ Cfr. STJUE de 13 de marzo de 1997, *Comisión/Francia*, asunto C-197/96, ap. 15.

¹⁵ STJUE de 12 de enero de 2006, *Comisión/España*, asunto C-132/04.

¹⁶ Cfr. STJUE de 19 de enero de 1982, *Becker*, asunto C- 8/81, ap. 19. También, entre otras, la STJUE de 6 de mayo de 1980, *Comisión/Bélgica*, asunto C- 102/79.

¹⁷ En este sentido se pronuncia EDWARD (magistrado del TJUE 1992-2004) cuando afirma que las obligaciones contenidas en las directivas se imponen al Estado miembro y que solo por la intermediación de la legislación del Estado podrán crearse o imponerse obligaciones a los particulares (D. A. O. EDWARD, “Efecto directo y primacía del derecho comunitario. El problema especial de las directivas”, cit., p. 41.). En el mismo sentido, J. AÑÓN CALVETE,

efectos directos en el territorio nacional, pues, precisamente, la característica esencial de las Directivas es que sus mandatos vinculan a los particulares pero a través de la norma interna de transposición. Es ésta última la que consigue que las disposiciones de la singular norma comunitaria desplieguen su eficacia general en el Estado miembro, de modo que la Directiva, siempre que las autoridades nacionales cumplan con su obligación comunitaria, nunca llegará a tener efecto directo, de ahí la importancia de que el legislador nacional cumpla con su obligación¹⁸. Por tanto, si el Estado miembro “*transpone correctamente la Directiva de un modo completo y efectivo dentro del plazo otorgado para su transposición, a partir de ese momento es la norma nacional la que dota de plenos y generales efectos a una norma que no los tenía, aplicándose con el contenido y los efectos previstos por la/s norma/s interna/s. La Directiva, no obstante, servirá de referente interpretativo constante para la norma nacional*”¹⁹.

En definitiva, la transposición acaba con el problema de la falta de eficacia directa de la Directiva, pues la norma nacional despliega efectos directos plenos, horizontal y vertical ascendente y descendente. Es importante que queden especialmente claras desde ahora mismo estas dos ideas: que la Directiva adecuadamente transpuesta nunca adquiere efecto directo; y que el mecanismo preferente para garantizar la uniformidad y prevalencia de una Directiva transpuesta mediante ley interna es el de la interpretación conforme. Y es significativamente importante porque tiene sus propias implicaciones sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

C) Ello no quiere decir que no produzca ningún efecto hasta el momento de su transposición, pues el Estado miembro queda vinculado por la obligación que el Tratado le impone de asegurar el objetivo pretendido con la Directiva, por lo que la demora o falta de transposición no puede ser un obstáculo para la consecución de sus objetivos²⁰. Así, por de pronto, desde el mismo momento de su publicación y entrada en vigor obliga a todas las autoridades nacionales manifestándose tal obligación en concretas consecuencias. Por un lado, el «Estado legislador», además de cumplir con el deber de ejecución dentro del plazo otorgado –sin que quepa alegar disposiciones, prácticas o circunstancias del ordenamiento interno para justificar el incumplimiento o retraso en la transposición²¹–, ha de abstenerse de adoptar cualquier acto jurídico o disposición interna que comprometa el resultado prescrito por la norma comunitaria²². Y por el otro lado, el «Estado juez»,

“Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre) [en línea]”, cit., afirma que las Directivas carecen de aplicación directa desde el momento en que necesita de la intervención estatal mediante la trasposición, por lo que no es una norma que se pueda invocar por los nacionales. Igualmente, también se asevera que “*es la norma nacional que transpone la Directiva la que genera los derechos y obligaciones, por lo que en principio no tienen efecto directo*” salvo, claro está, que no sea transpuesta o se transponga de forma inadecuada (R. VICENTE ANDRÉS, “La eficacia directa de las Directivas comunitarias y su incidencia en el orden jurisdiccional social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 46, 2018, p. 148.).

¹⁸ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 100.

¹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 102.

²⁰ Por todas, SSTJUE de 1 de febrero de 1977, *Verbond van Nederlanse*, asunto C-51/76; de 19 de septiembre de 2000, *Linster*, asunto C- 287/98.

²¹ STJUE de 13 de julio de 2006, *Comisión/Portugal*, asunto C-61/05, ap. 31 y la jurisprudencia allí citada.

²² STJUE de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, asunto C-129/96, ap. 47.

si bien no puede aplicarla hasta el mismo momento en que expire el periodo de transposición, sí queda obligado a interpretar el derecho nacional anterior y posterior a la Directiva conforme a sus postulados, así como verificar si las actuaciones llevadas a cabo por los poderes normativos internos comprometen el objetivo marcado por la Directiva²³.

Cuestión bien diferente es que el Estado no cumpla el mandato comunitario de ejecutar la Directiva dentro del plazo otorgado. En este caso, el incumplimiento adquiere una doble dimensión, pues incumple con el resto de Estados miembros (con la Comunidad europea) y también incumple con sus sujetos nacionales privándoles de derechos que debería haberles reconocido mediante una norma interna de eficacia general. Por tanto, el incumplimiento de la obligación de transposición acarrea diversas consecuencias²⁴:

a) En primer lugar, posibilita que la Comisión u otro Estado miembro formule un «Recurso por incumplimiento» frente al Estado incumplidor por omitir su deber de ejecución de la Directiva (arts. 252-260 TFUE), pudiendo dar lugar a la apertura de un procedimiento por el cual se acaben imponiendo importantes sanciones al Estado miembro incumplidor²⁵.

b) En segundo lugar, para paliar la privación de los derechos reconocidos en la Directiva a los ciudadanos nacionales, el TJUE también ha extendido el efecto directo predicado respecto al Derecho originario y los Reglamentos a las Directivas, si bien, lo ha hecho con ciertas limitaciones. Esta consecuencia ha quedado consagrada desde la importante STJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn* (asunto C-41/74) declarando el «efecto útil» de las Directivas ante la hipótesis de que agotado el plazo de transposición el Estado miembro no haya acometido la intervención normativa, o la haya hecho de forma incompleta o deficiente. En efecto, ante esta situación excepcional, la Directiva adquiere cierta eficacia directa siempre que se cumpla un triple requisito: 1) el agotamiento del plazo de adaptación o transposición; 2) el incumplimiento del Estado por falta de ejecución, ejecución incompleta o incorrecta de sus objetivos²⁶; y, sobre todo, 3) que el contenido de sus disposiciones sea incondicional, claro y preciso²⁷. Sistematiza de esta forma el

²³ Con mayor detalle: M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 102.

²⁴ D. A. O. EDWARD, “Efecto directo y primacía del derecho comunitario. El problema especial de las directivas”, cit., pp. 40-42. En el mismo sentido: P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos [Ref. BIB 2017/10797]”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 194, 2017, p. 5/37 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 20 noviembre 2020. M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., pp. 102-103.

²⁵ SSTJUE de 20 de mayo de 2010, *Comisión/España*, asunto C-158/09; de 24 de marzo de 2011, *Comisión/España*, asunto C-375/10; de 11 de diciembre de 2014, *Comisión/España*, asunto C- 576/13.

²⁶ A diferencia de los Reglamentos y las disposiciones del Tratados que conforman el Derecho originario, el efecto directo de las Directivas se deriva única y necesariamente a resultas de una situación de incumplimiento por parte del Estado miembro (STJUE de 5 de julio de 1982, *Felicitas Rickmers*, asunto C-270/81).

²⁷ Debe entenderse incondicionada en el sentido de que establezca una obligación no sujeta a condición o excepción (SSTJUE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, asunto C-41/74, ap. 13). Y no subordinada cuando su ejecución no dependa de la adopción de actos por parte de las instituciones comunitarias o nacionales (SSTJUE de 23 de febrero de 1994, *Difesa della Cava*, asunto C-236/92; de 29 de mayo de 1997, *Skattner*, asunto C-389/95).

Tribunal, en su STJUE de 19 de enero de 1982, *Becker* (asunto C- 8/81)²⁸, el alcance del efecto directo de las Directivas²⁹. Teniendo en cuenta las exigencias de claridad e incondicionalidad, pueden considerarse directamente aplicables las normas que establezcan prohibiciones, así como las que creen obligaciones de hacer o de no hacer, siempre que no dejen margen de discrecionalidad a las instituciones nacionales y/o comunitarias en su aplicación³⁰.

No obstante, en estos supuestos, tiene únicamente un «efecto directo vertical», en la medida en que generarán derechos a favor de particulares que solo podrán hacer valer frente al Estado si invocan ante los tribunales la Directiva no transpuesta para que se les aplique en lugar de cualquier disposición nacional no conforme con ella³¹ («efecto directo de sustitución»³²). De esta forma, el efecto útil de las Directivas se configura como una suerte de reacción o sanción frente al incumplimiento de los Estados miembros de su deber de transposición³³. Siempre, es trascendente recalcarlo, con carácter vertical y para hacer valer un derecho contenido en la norma no transpuesta frente al Estado. La mención al Estado debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo a todas las autoridades institucionales del mismo, lo que comprende órganos jurisdiccionales pero también administrativos, incluso aunque no estén integrados en la Administración Central del Estado (como un municipio, una Administración regional, y los entes dependientes de ambas con independencia de su forma jurídica)³⁴. Y ello, además, les afecta tanto si actúan en calidad de autoridad pública o como empresario, interviniendo en sectores de la economía o gestionando servicios públicos de interés general³⁵.

Ahora bien, dicho efecto directo no puede exigirse en un sentido «vertical inverso», de suerte que “*el Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo, las medidas de ejecución que impone la Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica*”³⁶. Ni tampoco tendrá «efecto horizontal», en el entendido de que de “*una directiva no incorporada al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no pueden derivarse pues obligaciones para los particulares frente a otros particulares*”³⁷. Su lógica

²⁸ Que, a su vez, complementa la doctrina de la anterior STJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C- 148/78.

²⁹ Igualmente, en las SSTJUE de 22 de junio de 1989, *Costanzo*, asunto C- 103/88; de 1 de junio de 1999, *Kortas*, asunto C-319/97.

³⁰ R. VICENTE ANDRÉS, “La eficacia directa de las Directivas comunitarias y su incidencia en el orden jurisdiccional social”, cit., p. 147.

³¹ SSTJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C- 148/78, ap. 20-21; de 19 de enero de 1982, *Becker*, asunto C- 8/81.

³² C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “Otra virtualidad de las Directivas: su «efecto directo de exclusión»”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 1, n.º 244, 2006, pp. 1/21 pdf descargado el 20-10-20 de www.reei.org, fecha de consulta en www.reei.org el 20 octubre 2020.

³³ J. VÁZQUEZ ORGAZ, “La eficacia directa de las directivas comunitarias” [en línea], *Derecho.com* (15-02-02), 2002, recuperado el 20-11-19 de <https://www.derecho.com/articulos/2002/10/15/la-eficacia-directa-de-las-directivas-comunitarias/>.

³⁴ STJUE de 22 de junio de 1989, *Costanzo*, asunto C- 103/88, ap. 32.

³⁵ SSTJUE de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, asunto C- 152/84, ap. 43-49; de 12 de junio de 1990, *Foster*, asunto C-188/89, ap. 17.

³⁶ Cfr. STJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C- 148/78, ap. 22.

³⁷ SSTJUE de 11 de junio de 1987, *Pretore de Saló*, asunto C-14/86, ap. 19; de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, asunto C-80/86.

reside en que no puede exigirse obligaciones a los particulares en la medida en que no son estos quienes han incumplido la obligación comunitaria de ejecución de la Directiva. Así pues, el Tribunal ha puntualizado que “*ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una Directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado entre particulares*”³⁸.

Aunque los particulares sí que gozan del denominado «efecto de exclusión», mediante el cual, si bien no se puede conseguir la aplicación directa de la Directiva no transpuesta en un conflicto entre particulares, sí que se puede excluir la aplicación de los actos normativos nacionales contrarios a la misma. En realidad, la creación de este efecto de exclusión por parte de la jurisprudencia comunitaria tuvo como fin poner límites al margen de apreciación de los Estados miembros en la ejecución de las Directivas –y así impedir la aplicación de la norma interna de transposición que resulte contraria³⁹–, pero pronto el TJUE dio un paso más admitiendo que los órganos judiciales nacionales puedan controlar la inobservancia por parte de las autoridades nacionales de los límites de apreciación fijados por una Directiva “*incluso aunque el ordenamiento jurídico del Estado miembro no haya sido adaptado a ésta pese a la expiración del plazo fijado*”⁴⁰. Se trata, pues, de una consecuencia conjunta tanto de la eficacia directa como de la primacía, materializada a través del «principio de interpretación conforme» que se analizará luego⁴¹.

Pero a mayor abundamiento, este efecto de exclusión puede llegar a producir una suerte de “*efectos horizontales de la eficacia vertical*”⁴², provocando un “*efecto dominó*” o “*efecto rebote*”⁴³ que afecte a otros particulares indirectamente en el marco de sus relaciones con el Estado. Así, los particulares pueden invocar las disposiciones de la Directiva para que los órganos judiciales y la Administración no les apliquen una norma interna que no sea conforme a sus previsiones, y el «efecto sustitución» que consiguen frente al Estado puede arrastrar sus efectos de forma colateral

Sin embargo, se ha criticado que la negativa general al reconocimiento del efecto directo horizontal se base en argumentos formalistas, cuales son que los destinatarios de las Directivas no son los particulares sino los Estados miembros y que no es imperativa su publicación en el diario oficial (J. VÁZQUEZ ORGAZ, “La eficacia directa de las directivas comunitarias [en línea]”, cit.).

³⁸ STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/16, ap. 77.

³⁹ Se apuntó este efecto por primera vez en la STJUE de 1 de febrero de 1977, *Verbond*, asunto C-51/76, pero no fue hasta la segunda mitad de los años noventa cuando el TJUE perfeccionó y completó esta doctrina (entre otras: SSTJUE de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld*, asunto C-72/95, ap. 56 y ss.; de 19 de septiembre de 2000, *Linster*, asunto C- 287/98).

⁴⁰ Cfr. STJUE de 7 de septiembre de 2004, *Landelijke*, asunto C-172/02, ap. 70.

⁴¹ C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “Otra virtualidad de las Directivas: su «efecto directo de exclusión»”, cit., p. 4/21 pdf descargado.

⁴² Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 158 y ss. Con mayor detalle: J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, “Efecto directo limitado de las Directivas: alcance y significado. ¿En qué medida los particulares pueden sufrir perjuicios derivados de una Directiva?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 204, 1999; C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, “Otra virtualidad de las Directivas: su «efecto directo de exclusión»”, cit., p. 8/21 y ss. pdf descargado.

⁴³ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 107.

afectando a otros particulares cuando se vean envueltos en relaciones triangulares con las autoridades públicas, siendo harto frecuente en el ámbito de la contratación pública⁴⁴.

En todo caso, no debe perderse la perspectiva de que tanto el «efecto exclusión» como el «efecto sustitución» quedan circunscritos a los supuestos de falta de transposición o transposición inadecuada en los cuales la Directiva adquiere eficacia directa⁴⁵, y no así cuando el Estado cumpla correctamente con su obligación y despliegue efectos plenos la norma interna.

c) En tercer y último lugar, si el particular ha sufrido un daño o perjuicio en sus relaciones con otro particular, por causa de la inacción o del incumplimiento del Estado, el ciudadano nacional puede reclamar a su Estado la responsabilidad por daños y perjuicios. De esta manera, también el Tribunal de Justicia diseñó, con la STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* (asuntos C-6 y 9/90)⁴⁶, el «principio de responsabilidad del Estado» por el incumplimiento de sus obligaciones estatales respecto al derecho comunitario entendiendo que dicha responsabilidad por daños es «inherente» al sistema establecido por el propio Tratado⁴⁷.

2. El principio de primacía

A) Por su parte, el «principio de primacía» está destinado a la resolución de conflictos entre normas comunitarias e internas ante supuestos de contradicción o antinomias. Aunque tampoco es un principio recogido de forma expresa en los Tratados de la Unión Europea⁴⁸, tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en síntesis, implica que tanto los Tratados como la

⁴⁴ SSTJUE de 30 de abril de 1996, *CIA Security International*, asunto C-194/94; de 16 de junio de 1998, *Johannes Martinus Lemmens*, asunto C- 226/97; de 26 de septiembre de 2000, *Unilever Italia*, asunto C- 443/98.

Así puede ocurrir cuando la invocabilidad contra al Estado afecta a un tercero, por ejemplo, en el marco de un proceso de adjudicación de un contrato público en que la impugnación de una normativa nacional contraria aplicada por la Administración afecta a quien había sido resultado adjudicatario a su amparo (STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, asunto C-31/87).

⁴⁵ J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, «Directivas, primacía y retroactividad de la ley penal más favorable. Comentario a las Sentencias de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Berlusconi y otros [Ref. RI 404775]», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 9, 2006, pp. 9/12 pdf descargado, fecha de consulta en la BD lustel el 31 octubre 20.

⁴⁶ Seguida de muchas otras: SSTJUE de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications*, asunto C-392/93, ap. 39; de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, asunto C- 5/94, ap. 25.

⁴⁷ Con todo, para que se desencadene esta responsabilidad, es necesario que concurran los siguientes requisitos: 1) que la norma comunitaria violada -en este caso, la Directiva- tenga por objeto conferir derechos a particulares; 2) que se trate de una infracción suficientemente caracterizada; y 3) que se aprecie una relación de causalidad entre la infracción por parte del Estado y el daño sufrido por las víctimas. Ahora bien, la apreciación de dichos requisitos deberá hacerse caso por caso y en atención a las circunstancias concurrentes (STJUE de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer y otros*, asuntos C- 178, 179, 188, 189 y 190/94, ap. 24). Por su parte, la reparación por parte del Estado debe ser adecuada y proporcional al perjuicio sufrido aplicando el marco normativo nacional en materia de responsabilidad. Con mayor detalle: A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 455 y ss.; M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento», cit., pp. 114-129.

⁴⁸ Se planteó su positivización en el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* que finalmente no fue aprobado (DOUE n.º C 31 de 16-12-04). Formalmente solo queda recogido en la Declaración anexa al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa (*Declaración n.º 17 relativa a la primacía*; DOUE n.º C 202/344 de 07/06/16)

legislación aprobada por las instituciones comunitarias deben primar sobre el derecho nacional. Por tanto, se ha llegado a afirmar que otorga una “*superioridad jerárquica*” al derecho europeo⁴⁹ o, al menos, puede entenderse como una “*expresión de jerarquía*” sobre las normas internas⁵⁰.

Sin embargo, en realidad, la relación entre el derecho comunitario y el nacional no se basa exactamente en una relación de jerarquía⁵¹ sino más bien de competencia, debiendo partirse de la premisa de que la Unión se rige por el «principio de atribución de competencias», de suerte que solo actúa dentro de los límites de las competencias atribuidas (art. 5 TUE y 7 TFUE). Pues bien, dentro de este marco competencial deben situarse las relaciones entre el derecho nacional y comunitario, por lo que la primacía solo afecta a materias de competencia de la Unión. De ahí que se entienda que hay una relación de complementariedad entre los principios de competencia y primacía⁵². Sobre estas materias, competencia de la Unión, es indiscutible la primacía del derecho comunitario sobre el nacional. Pero, con frecuencia, las colisiones no se producen en el marco de las competencias cedidas, sino a resultas de falta de concreción de la normativa –comunitaria o interna–, por interpretaciones incorrectas o por extralimitaciones del principio de atribución. En cualquier caso, la doctrina entiende que ante la eventual colisión prima el derecho comunitario⁵³. También es harto frecuente que buena parte de las competencias atribuidas sean compartidas, existiendo una producción normativa por parte de ambos ordenamientos susceptible de entrar en conflicto al resultar igualmente aplicables dos normas de distinto origen con contenidos divergentes, de modo que no sea posible aplicar una sin vulnerar la otra y cuya relación conflictual debe resolverse según lo dicho conforme al principio de primacía⁵⁴.

B) La aparición jurisprudencial del principio de primacía se atribuye a la conocida STJUE de 15 de julio del 1964, *Costa/ENEL* (asunto C-6/64). En ella, el TJUE partía de las consideraciones expresadas previamente en el asunto *Van Gend & Loos*, que configuraba el derecho europeo un verdadero «ordenamiento jurídico autónomo». Así las cosas, la primacía se asienta sobre las siguientes bases: 1) la previa cesión de soberanía voluntariamente realizada a favor de una

⁴⁹ Cfr. M. Á. ALEGRE MARTÍNEZ, “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, n.º 38, 1994, p. 127.

⁵⁰ Cfr. A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 67.

⁵¹ Con mayor detalle: M. NETTESHEIM, “El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 6, 2003, p. 281.

En este mismo sentido: el TC en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre (FJ 3), cuando afirma que “*tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una «exigencia existencial» de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados*”.

⁵² M. Á. ALEGRE MARTÍNEZ, “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, cit., p. 112.

⁵³ Las concretas materias atribuidas vendrán determinadas en los Tratados constitutivos y de adhesión, pero con frecuencia también derivarán de los criterios elaborados por el TJUE teniendo en cuenta que el ámbito competencial de la Unión aumenta progresivamente en virtud de la creciente cesión de competencias por parte de los Estados miembros (*Ibid.*, pp. 106-107.).

⁵⁴ Por tanto, la primacía no es en ningún caso una manera de incrementar las competencias del Derecho comunitario, pero es consecuencia de la manera de atribuir las entre la Unión y los Estados (P. BIGLINO CAMPOS, “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, cit., p. 3 y 7/25 pdf descargado.).

organización supranacional con vocación de permanencia, con instituciones propias, y con efectivos poderes normativos sobre las materias transferidas; 2) el indiscutible carácter obligatorio de las normas adoptadas por dichas instituciones a la luz de las previsiones del propio tratado (actual art. 288 TFUE); 3) la necesidad de que la aplicación de modo «uniforme» en toda la Unión, pues constituiría en caso contrario una discriminación entre los nacionales de los diferentes Estados; y 4) el deber de cooperación leal en la consecución de unos objetivos comunes (actual art. 4.3 TFUE), debiendo los Estados abstenerse de cualquier medida comprometa su consecución y cumplir todas las obligaciones derivadas de los Tratados.

En consecuencia, “*al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad*”⁵⁵. En palabras del Tribunal de Justicia tras una larga evolución jurisprudencial “*el principio de primacía del Derecho de la Unión consagra la preeminencia del Derecho de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros*”⁵⁶. Por tanto, es una “*característica esencial*” de la Unión Europea⁵⁷, pues si los Estados nacionales pudieran alterar el mandato de las instituciones comunitarias, la Comunidad perdería su razón de ser. Así, su finalidad es garantizar su aplicación uniforme en todo su territorio, como consecuencia inmediata del objetivo primero de la Unión que es construir un Mercado Común, para lo que se requiere un ordenamiento jurídico propio regido por la unidad y la eficacia⁵⁸.

C) Ya desde la STJUE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (asunto C- 106/77, ap. 21-24) el TJUE se mostró contundente al considerar que, a efectos prácticos, el principio de primacía sobre la ley interna se traduce en la obligación del juez nacional de, por su propia iniciativa y en virtud de su propia autoridad, inaplicar toda norma interna contraria al Derecho de la Unión – anterior o posterior– garantizando la plena eficacia del derecho comunitario, sin esperar a solicitar la derogación previa de la norma o al planteamiento de un procedimiento constitucional (cuestión de inconstitucionalidad). De esta manera, los órganos judiciales nacionales están llamados a actuar como jueces comunitarios para lograr la plena efectividad de las disposiciones normativas del derecho comunitario⁵⁹. Extremo confirmado por el artículo 4.bis LOPJ⁶⁰ que plasma el principio

⁵⁵ Cfr. STJUE de 15 de julio del 1964, *Costa/ENEL*, asunto C-6/64, ap. 28.

⁵⁶ SSTJUE de 24 de junio de 2019, *Poplawski*, asunto C-573/17, ap. 53; de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros*, asuntos C- 585, 624 y 625/18, ap. 157.

⁵⁷ Cfr. STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C-399/11, ap. 58.

⁵⁸ M. Á. ALEGRE MARTÍNEZ, “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, cit., p. 97. En el mismo sentido: J. VÁZQUEZ ORGAZ, “La eficacia directa de las directivas comunitarias”, cit., p. 2/19 pdf descargado.

⁵⁹ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo V: La Constitución como norma*, 4ª Edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 148 y ss.

⁶⁰ Introducido por la *Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE n.º 174 de 22-07-15). Artículo 4 bis: “1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes”.

de primacía, por lo que el juez nacional cuenta con una norma interna de apoyo que le permite excluir la disposición nacional contraria a la europea⁶¹.

Es más, dicha obligación de excluir la aplicación de la norma interna contraria a la comunitaria no recae únicamente sobre la Administración de Justicia, sino también afecta a la Administración Pública *stricto sensu*⁶². Sin embargo, la funcionalidad del principio de primacía en la práctica administrativa entraña una problemática específica. Aunque más adelante se volverá sobre este aspecto, basta ahora señalar que la aplicación preferente del derecho comunitario con el consiguiente desplazamiento de una ley interna contraria por parte de un órgano administrativo conlleva dos dificultades esenciales: por un lado, obviar los principios de vinculación de la Administración a ley y al Derecho (art. 103.1 CE) al decidir inaplicar una ley interna; y por el otro lado, la inseguridad que entraña para el órgano administrativo dirimir hasta qué punto la normativa interna es incompatible para decidir su inaplicación, máxime, porque es sabido que la Administración no cuenta –a diferencia de los órganos judiciales– con el apoyo del Tribunal de Justicia y su función interpretativa resolviendo cuestiones prejudiciales⁶³.

D) En otro orden de cosas, el principio de primacía tiene un alcance objetivo absoluto: es válido para todos los actos comunitarios de aplicación obligatoria, incluyendo tanto el derecho originario como derivado; y estos, tienen preferencia aplicativa frente a cualquier acto nacional contrario al Derecho comunitario, independientemente de su naturaleza y del poder normativo del que procedan (leyes, reglamentos, resoluciones, etc.). Abarca incluso normas de rango constitucional, de modo que la alegación de los derechos fundamentales o de los principios que conforman la estructura constitucional nacional no pueden afectar a la validez de un acto vinculante comunitario en el Estado miembro de que se trate⁶⁴. De modo que, como en no pocas ocasiones ha reiterado el TJUE, el principio de primacía opera sobre cualquier disposición nacional con rango de ley⁶⁵, pero también sobre las de rango constitucional, no pudiendo afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado⁶⁶, por lo que el juez nacional debe también inaplicar los preceptos constitucionales que resulten contrarios. Aunque los Tribunales Constitucionales nacionales han mostrado ciertas resistencias al aceptar esta cuestión.

Cabe advertir de la literal dicción del art. 4.1 LOPJ: los jueces nacionales «aplicarán» el Derecho comunitario de conformidad con la jurisprudencia del TJUE; que no es lo mismo que «interpretarán» las normas nacionales conforme al derecho europeo. Ello no debe inducir a la confusión, como algún autor sostiene, que proclama el «principio de interpretación conforme» y no el de «primacía». En todo caso, tal y como reza la exposición de motivos de dicha ley, aunque no precisaba una declaración expresa su visibilidad en el plano nacional es harto conveniente.

⁶¹ J. AÑÓN CALVETE, “Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre) [en línea]”, cit.

⁶² STJUE de 22 de junio de 1989, *Costanzo*, asunto 103/88.

⁶³ E. COBREROS MENDAZONA, “La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, n.º 103, 2015, p. 201 y ss.

⁶⁴ STJUE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70, ap. 3.

⁶⁵ STJUE de 11 de julio de 1989, *Ford España*, asunto C-170/88.

⁶⁶ Por todas, SSTJUE de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, asunto C-44/79; de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, asunto C-409/06, ap. 61; de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C-399/11, ap. 59.

Sin embargo, presenta una limitación: despliega sus efectos sobre “actos de las instituciones [comunitarias] directamente aplicables”⁶⁷ como son los Tratados y los Reglamentos comunitarios cuando sus disposiciones sean claras, precisas e incondicionales⁶⁸. Más difícil se hace precisar el alcance exacto de la primacía de las Directivas comunitarias, pues si resulta imprescindible su eficacia y aplicabilidad directa, esta solo se produce en determinados supuestos, bajo concretas condiciones y con limitaciones en cuanto al alcance del efecto directo que no puede crear obligaciones a los particulares. Así, no hay dudas en la aplicación del principio de primacía en supuestos en los que la Directiva, por falta de transposición, adquiere eficacia directa vertical⁶⁹, pero en cambio, la doctrina científica que ha analizado la jurisprudencia comunitaria que plantea conflictos de compatibilidad entre normas de fuentes comunitarias y nacionales, ha advertido que “las limitaciones del efecto directo pueden tener repercusiones sobre la «efectividad» de la primacía”⁷⁰. También la jurisprudencia española de la Sala 3ª se ha hecho eco del limitado alcance que tiene la primacía en normas que no tienen eficacia directa⁷¹.

En este sentido, alguna autora ha puesto de manifiesto cómo en el marco de relaciones horizontales se produce una contradicción en los propios planteamientos del TJUE, pues al centrarse en la falta de efecto directo omite considerar la aplicación del principio de primacía, lo que le lleva a plantearse si “a diferencia de los Tratados y los reglamentos ¿no gozan las directivas de primacía respecto al Derecho nacional en caso de incumplimiento?”. O, más específicamente, “la misma directiva ¿goza sólo de la primacía en una relación vertical y no la tiene respecto a las relaciones horizontales?”. Ello conduciría a la paradoja de que ante el incumplimiento de una Directiva continuaría siendo de aplicación el Derecho nacional contrario, acabando con la

⁶⁷ STJUE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto C- 106/77, ap. 17. Más concretamente, la citada sentencia dispone que “en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también —en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros—, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias” [el subrayado es mío].

Más recientemente, en las SSTJUE de 24 de junio de 2019, *Poplawski*, asunto C-573/17, ap. 61; de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros*, asuntos C- 585, 624 y 625/18, ap. 161, reitera que “cualquier juez nacional que conozca de un asunto, en el marco de su competencia, estará obligado más concretamente, como órgano de un Estado miembro, a abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión con efecto directo en el litigio de que conoce”.

⁶⁸ STJUE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70; de 14 de diciembre de 1971, *Politi*, asunto C-43/71.

⁶⁹ Por ejemplo, STJUE de 22 de mayo de 2003, *Connect Austria*, C- 462/99, ap. 38 y 40. Véase: L. MILLÁN MORO, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala)-Association de Médiation Sociale, asunto C-176/12”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, 2014, p. 1040.).

⁷⁰ Cfr. J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, “Directivas, primacía y retroactividad de la ley penal más favorable. Comentario a las Sentencias de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Berlusconi y otros [Ref. RI 404775]”, cit., p. 10/12 pdf descargado. En el mismo sentido, advierten sobre la premisa de que la norma comunitaria tenga efecto directo para goce de la aplicación del principio de primacía comunitario:

P. BIGLINO CAMPOS, “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, cit., p. 2/25 pdf descargado. E. COBREROS MENDAZONA, “La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración”, cit., p. 178 y 202.

⁷¹ SSTS (CA) de 23 de marzo de 2015, rec. 2057/14; de 8 de junio de 2016, rec. 207/15.

efectividad y uniformidad del Derecho de la Unión. E, igualmente, la inaplicación del principio de primacía contradice con las obligaciones que el propio TJUE ha impuesto a los jueces nacionales a resultas de la sentencia *Simmenthal*, tolerando que el poder judicial nacional no ponga fin al incumplimiento del poder legislativo y ejecutivo en torno a sus obligaciones de transposición⁷².

E) Pues bien, esta misma paradoja se produce con las Directivas que han sido transpuestas o ejecutadas. Como ya se dijo antes, en estas circunstancias, la disposición “*directamente aplicable*” dentro del territorio nacional y con eficacia plena es la norma nacional de transposición y no la transpuesta. En este sentido también el TJUE ha evitado recurrir directamente al principio de primacía en el entendido de que si el conflicto se produce “*sobre la aplicación de normas internas que, como sucede en el caso de autos, se han establecido especialmente para adaptar el Derecho interno a una directiva que tiene por objeto conferir derechos a los particulares*”, el órgano judicial nacional “*debe presumir que el Estado miembro, una vez que ha utilizado el margen de apreciación de que disfruta con arreglo a dicha disposición, ha tenido intención de cumplir plenamente las obligaciones derivadas de la directiva de que se trate*”⁷³. O, dicho de otra forma, si el Estado no ha incumplido su obligación no cabe predicar la eficacia directa de la normativa comunitaria ni tampoco, en consecuencia, alegar el principio de primacía frente a la norma nacional contraria.

En conclusión, efecto directo y primacía conforman las dos caras de una misma moneda, de forma que la aplicación del principio de primacía es la consecuencia lógica del efecto directo del Derecho de la Unión Europea⁷⁴. En este sentido, “*la eficacia directa contribuye a la integración; la primacía condiciona la existencia misma de la integración*”⁷⁵. Por lo que, a pesar de la clara vigencia del principio de primacía, no se puede excluir una norma interna contraria a una norma comunitaria, si esta última no tiene efecto directo⁷⁶.

Ello no quiere decir que el TJUE no haya desarrollado mecanismos alternativos para extender los efectos de las Directivas ante una correcta y temporánea transposición⁷⁷. En efecto, el máximo intérprete del Derecho europeo ha establecido, a través de una larga evolución interpretativa, una sistemática metodología que permite predicar la eficacia directa, y en

⁷² Cfr. L. MILLÁN MORO, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala)- Association de Médiation Sociale, asunto C-176/12”, cit., p. 1040 y 1041.

⁷³ SSTJUE de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret*, asunto C-334/92, ap. 20; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, asuntos C-397, 399, 400, 401, 402 y 403/01, ap. 112.

⁷⁴ J. SARRIÓN ESTEVE, “La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo”, *Criterio Jurídico*, vol. 9, n.º 1, 2009, p. 41.

⁷⁵ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 436. También se hace eco del debate sobre la (im)posible desconexión entre la primacía y el efecto directo: R. ALONSO GARCÍA, “Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 73, 2005, p. 362.

⁷⁶ M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, *Revista jurídica galega*, n.º 22, 1999, p. 24.

⁷⁷ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., pp. 108-113.

consecuencia, llegar hasta la aplicación de la primacía de las Directivas⁷⁸. Así las cosas, en primer lugar, ha de recurrir al también principio de creación jurisprudencial denominado «interpretación conforme»; subsidiariamente, es decir, agotada esta vía, cuando sea imposible alcanzar mediante la interpretación conforme los objetivos de la Directiva y la uniformidad que requiere el derecho comunitario, se intentará dirimir si la Directiva puede adquirir efecto directo que garantice su efecto útil; en última instancia, cuando no sean posibles las vías anteriores, a los particulares solo les queda la vía indemnizatoria a través de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado.

3. Vías indirectas para extender el efecto útil de las Directivas y garantizar la uniformidad y primacía del Derecho comunitario

A) En primer lugar, para suplir la falta de efecto directo y las dificultades para dar efectividad al principio de primacía del Derecho comunitario el TJUE creó el «principio de interpretación conforme»⁷⁹, en virtud del cual “*corresponde al órgano jurisdiccional nacional, agotando el margen de apreciación que su Derecho nacional le concede, dar a la Ley adoptada para ejecutar la Directiva una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario*” (STJUE de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, asunto 14/83, ap. 28)⁸⁰.

Una parte de la doctrina científica considera que nace como una manifestación del principio de primacía, para salvaguardarla sin que sea necesario llegar a inaplicar la norma nacional⁸¹. Otros autores, lo consideran más próximo al principio de efecto directo en el bien entendido de que

⁷⁸ Por todas, STJUE de 24 de enero de 2012, *Maribel Domínguez*, asunto C-282/10, recopila la jurisprudencia anterior y establece una prelación de soluciones (ap. 23, 32, 40, 41, 42 y 43). También la STJUE de 15 de enero de 2014, *AMS*, asunto C-176/12, muestra las relaciones entre los diversos principios del derecho comunitario. Un comentario en L. MILLÁN MORO, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala)- Association de Médiation Sociale, asunto C-176/12”, cit., p. 1029 y ss. Más recientemente: STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/16, ap. 65 y ss.

⁷⁹Sobre su evolución jurisprudencial: M. BELLIDO BARRIONUEVO, “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 24, 1987, p. 159 y ss.

El principio de interpretación conforme en el ámbito comunitario actúa en tres planos diversos: 1) interpretación del derecho derivado conforme el derecho originario; 2) interpretación del derecho comunitario conforme el derecho internacional; 3) interpretación de los derechos nacionales conforme el derecho comunitario. Esta última es la que interesa a efectos de este trabajo (R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 28, 2008, p. 389.)

⁸⁰ Más recientemente, entre otras muchas: SSTJUE de 13 de julio de 2016, *Pöpperl*, asunto C-187/15, ap. 43 y la jurisprudencia citada; de 28 de junio de 2018, *Crespo Rey*, asunto C-2/17, ap. 70.

⁸¹ En este sentido: M. BELLIDO BARRIONUEVO, “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, cit., p. 169. M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, cit., p. 15. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos [Ref. BIB 2017/10797]”, cit., p. 5/37 pdf descargado.

También se ha manifestado que “*el Tribunal de Justicia exige con insistencia el cumplimiento de la obligación de los órganos judiciales nacionales de inaplicar las normas internas incompatibles con el ordenamiento de la Unión (mandato de interpretación conforme), en un reforzamiento incuestionable del principio de primacía*”. Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE, “Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?”, *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 10, 2019, p. 938.

soluciona conflictos jurídicos que se sitúan extramuros de la doctrina jurisprudencial de este principio⁸². Aunque, la posición más razonable –la cual comparto–, es que, partiendo de la premisa de que efecto directo y primacía son el anverso y reverso de la necesaria uniformidad e integración del Derecho de la Unión, el principio de interpretación conforme es una solución para suplir las carencias de ambos principios básicos⁸³. Así lo consideran voces tan autorizadas como la profesora MANGAS MARTÍN que argumenta que, por esta vía, el Tribunal de Justicia “se está aproximando, cada vez más, al reconocimiento indirecto del efecto horizontal, aunque sin admitirlo, impelido por el carácter obligatorio de las directivas y por su primacía sobre el Derecho nacional”⁸⁴. En el mismo sentido, ORDÓÑEZ SOLÍS cuando afirma que la interpretación conforme actúa como un recurso complementario para suplir las deficiencias del efecto directo de algunas normas en relaciones horizontales o entre particulares. Pero adquiere su máxima eficacia en normas que son potencialmente directamente aplicables, pues en ese caso, si no es posible la interpretación conforme, entra en acción el principio de primacía⁸⁵.

Lo cierto es que si bien es una clara derivada de ambos principios, razón por la cual es considerado como un principio “*inherente al régimen del Tratado*”⁸⁶, en función del supuesto concreto en que se aplique se acerca más o menos a uno u otro. En todo caso, dado que dicho principio constituye una solución menos drástica que aplicar el efecto exclusión y/o sustitución derivados de la primacía y del efecto directo, el Tribunal de Justicia recurre sistemáticamente a la interpretación conforme como recurso jurisprudencial prioritario para garantizar la uniformidad del Derecho comunitario. Concretamente, respecto a las Directivas, tiene la virtud de ampliar su efecto útil al “*suavizar los requisitos necesarios para su entrada en juego, no por la vía aplicativa directa, pero sí por la vía interpretativa indirecta y por medio de la norma nacional*”⁸⁷. A continuación, se tratará de exponer sus características básicas⁸⁸.

a) La primera es que su origen está estrechamente vinculado a las Directivas por lo que su razón de ser consiste en que “*el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva*”⁸⁹. No obstante ha ido ampliando su

⁸² R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., p. 389.

⁸³ En este sentido, STJUE de 19 de noviembre de 2019, *K.A. y otros*, asuntos C- 585, 624 y 625/10, ap. 159.

⁸⁴ Cfr. A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 427.

⁸⁵ D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1921, 2002, p. 2346 y 2340.

⁸⁶ STJUE de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, asuntos C-397, 399, 400, 401, 402 y 403/01, ap. 114.

⁸⁷ Cfr. M. BELLIDO BARRIONUEVO, “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, cit., p. 160 y 161.

⁸⁸ Siguiendo a R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., p. 392 y ss.

⁸⁹ Ap. 26. También: SSTJUE de 23 de febrero de 1999, *BMW*, asunto C-63/97, ap. 22; de 27 de junio de 2000, *Salvat Editores y otros*, asuntos C-240, 241, 242, 243 y 244/98, ap. 30; de 23 de octubre de 2003, *Adidas-Salomon y Adidas Benelux*, asunto C-408/01, ap. 21.

alcance a otras normas del Derecho de la Unión como los Tratados⁹⁰ y los Reglamentos⁹¹. En definitiva, se aplica respecto de todo el ordenamiento comunitario, incluso respecto de aquellos instrumentos no vinculantes como una Recomendación, pues el juez nacional debe «tenerlas en cuenta» en sus interpretaciones⁹². Si bien, adquieren mayor intensidad en el caso de instrumentos vinculantes donde el juez nacional se ve «compelido» a adoptar una interpretación conforme. También entre las normas vinculantes varía su intensidad, agudizando al máximo sus consecuencias en el ámbito de las Directivas pues, para garantizar su efecto útil, constituye la única vía para armonizar las legislaciones nacionales cuando carecen de efecto directo⁹³.

b) La segunda característica, ya en el terreno específico de las Directivas, es que su alcance es considerablemente amplio, ya que el principio en cuestión resulta aplicable a normas transpuestas o no, y no distingue entre relaciones verticales u horizontales⁹⁴. Eso sí, el punto de partida debe ser la existencia de una norma nacional (de transposición o no) susceptible de ser interpretada conforme la Directiva pues, en caso contrario, la solución debe plantearse en términos de efecto directo⁹⁵.

i) En un primer momento, el principio de interpretación conforme nace como un «remedio» frente a casos «patológico» de incumplimiento de Directivas, bien por falta de transposición o transposición inadecuada una vez agotado el plazo otorgado al Estado para su ejecución. Constituye un remedio, sobre todo, debido a la resistencia del Tribunal de Justicia para declarar su eficacia directa horizontal, pues mediante dicho principio no es necesario distinguir entre relaciones verticales y horizontales. De modo que la aplicación natural del principio en cuestión consiste en colmar lagunas legales a causa de la falta de transposición⁹⁶. Con todo, la ya mencionada tendencia expansiva de este principio también ha tenido reflejo en la doctrina jurisprudencial comunitaria al reconocer su aplicación desde el mismo momento de entrada en

⁹⁰ SSTJUE de 4 de febrero de 1988, *Murphy*, asunto C-157/86; de 11 de enero de 2007, *ITC*, asunto C-208/05.

⁹¹ SSTJUE de 7 de enero de 2004, *Rolex*, asunto C-60/02; de 28 de junio de 2018, *Crespo Rey*, asunto C-2/17.

⁹² STJUE de 13 de diciembre de 1989, *Grimaldi*, asunto C-322/88. No obstante, aunque el TJUE ha subrayado que dichos actos “no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos. Efectivamente, los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquellas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante” (ap. 18).

⁹³ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 429. R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., pp. 392-393.

⁹⁴ M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, cit., p. 14.

⁹⁵ R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., p. 396.

⁹⁶ D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario”, cit., p. 2330. M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, cit., p. 19. Así, se puede lograr “cierta aplicación horizontal” por el juez nacional, mediante lo que se ha denominado un “efecto transfusión” o “efecto inclinado». Cfr. A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 428.

vigor de la Directiva, esto es, desde el inicio del periodo de adaptación en el que los Estados miembros ya quedan vinculados por sus objetivos⁹⁷.

ii) Y, en un segundo momento, pero siguiendo la misma línea expansiva, también se ha aplicado en casos de transposición en plazo. Cabe recordar de nuevo que es la norma nacional la que tiene eficacia plena y por tanto la que resulta aplicable al caso concreto, por lo que no es posible invocar una Directiva para excluir la aplicación de la normativa de un Estado miembro contraria⁹⁸. De este modo, se evita proclamar la eficacia horizontal toda vez que se da un cumplimiento efectivo a los resultados previstos por la Directiva sin llegar a aplicarla directamente, sino a través de la exclusiva aplicación de la norma de transposición reinterpretada⁹⁹. Es decir, el órgano judicial impondrá obligaciones derivadas directamente de las normas nacionales, pero interpretadas conforme a la Directiva¹⁰⁰. Por tanto, pretende solucionar conflictos en los que la norma de transposición nacional no ofrece una solución expresa aplicable al caso o la misma resulta insuficiente¹⁰¹ y de este modo se posibilita que se alcance igualmente de forma efectiva el objetivo para el que fue aprobada la Directiva europea.

iii) Pero de nuevo el TJUE ha declarado su *vis expansiva* proclamando su virtualidad también respecto a la normativa nacional preexistente a la entrada en vigor de la Directiva¹⁰². De la misma manera que ha declarado que sus efectos no se agotan únicamente con las “*disposiciones del Derecho nacional destinadas especialmente*” a adaptar el derecho interno, sino que va “*más allá*”¹⁰³ y afecta a todo el derecho nacional, que debe interpretarse de acuerdo con los objetivos de la Directiva. En efecto, tal y como mantiene en la STJUE de 5 de octubre de 2004,

⁹⁷ SSTJUE de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, asunto C-80/86; de 4 julio de 2006, *Konstantinos Adeneler*, asunto C-212/04.

Un comentario a esta doctrina en M. BELLIDO BARRIONUEVO, “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, cit. O, más recientemente: M. UREA CORRES, “Las Directivas y la obligación de interpretación conforme del derecho nacional: el alcance de la obligación y el dies a quo. Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, as. C-212/04 [Ref. RI 405721]”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 11, 2006, fecha de consulta en la BD lustel el 30 octubre 2020.

Un supuesto práctico conocido por los tribunales españoles antes de la transposición de la Directiva 98/50/CEE, que guarda relación con los fenómenos estudiados en este trabajo y que realiza una mala aplicación de dicho principio puede verse en el siguiente estudio: S. PÉREZ ALCARAZ, “Integración de centros sanitarios privados en la red hospitalaria pública y subrogación empresarial [Ref. BIB 1998/1188]”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 71, 1998, p. 4/6 y ss. pdf descargado, fecha de consulta 10 febrero 2016, en la BD Aranzadi Insignis.

⁹⁸ SSTJUE de 7 de agosto de 2018, *Smith*, C-122/17, ap. 44; de 22 de enero de 2019, *Cresco*, asunto C-193/17, ap. 73.

⁹⁹ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 109.

¹⁰⁰ M. BELLIDO BARRIONUEVO, “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, cit., p. 164. En el mismo sentido, afirma que el principio cobra todo su sentido al interpretar normas nacionales de transposición «*secundum directivam*» (D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario”, cit., p. 2354.

¹⁰¹ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 428.

¹⁰² STJUE de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, asunto C-106/89, ap. 22.

¹⁰³ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., p. 387.

Pfeiffer y otros (asuntos C-397, 399, 400, 401, 402 y 403/01), “si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, impuesto de este modo por el Derecho comunitario, se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho nacional a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva”. A este respecto –continúa afirmando– “si el Derecho nacional, mediante la aplicación de los métodos de interpretación reconocidos por éste, permite, en determinadas circunstancias, interpretar una disposición del ordenamiento jurídico interno de tal manera que se evite un conflicto con otra norma de Derecho interno o reducir con este fin el alcance de dicha disposición aplicándola sólo en la medida en que resulta compatible con la referida norma, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de utilizar los mismos métodos con objeto de alcanzar el resultado perseguido por la directiva”. Por tanto, concluye el Tribunal que el Juez interno “está obligado, cuando aplica las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta” (ap. 115, 116 y 119). Todo ello, con independencia del rango de la norma nacional¹⁰⁴.

Recientemente, en la STJUE de 11 de febrero de 2021, *Agiou Nikolaou* (asunto C-760/18), ha sido taxativo al determinar la obligación de interpretar conforme a la Directiva 1999/70/CE las previsiones constitucionales que prohíben la conversión del contrato temporal en indefinido al prescribir la observancia de un procedimiento selectivo de acceso al empleo público basado en criterios objetivos, debiendo comportar la aplicación de tal medida prevista por la norma laboral para el ámbito privado si el órgano judicial nacional, dentro de su margen de apreciación y ante la falta de otras medidas alternativas, considera que es eficaz y oportuna para alcanzar el efecto útil de la directiva y no constituye una interpretación *contra legem* (ap. 71-75).

c) La tercera característica es que, a pesar su amplio margen de actuación en la interpretación del derecho nacional conforme al comunitario, también tiene algunos límites. Así, en la STJUE de 15 de enero de 2014, *AMS* (asunto C-176/12)¹⁰⁵ recuerda el TJUE que el juez nacional, cuando emplea el contenido de una Directiva como referencia para interpretar y aplicar las normas internas, dicha interpretación conforme no puede ser *contra legem*, además de estar limitada por los principios generales del Derecho de la Unión.

¹⁰⁴ M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, cit., p. 19.

¹⁰⁵ En el caso concreto, el Código de trabajo francés no puede ser objeto de una interpretación conforme con la Directiva 2002/14 debido a que expresa y radicalmente ofrece una solución contraria a aquella (ap. 40). Seguida por otras muchas: SSTJUE de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, ap. 100; de 24 de enero de 2012, *Maribel Domínguez*, C-282/10, ap. 25; de 13 de julio de 2016, *Pöpperl*, asunto C-187/15, ap. 44; de 17 de abril de 2018, *Egenberguer*, asunto C-414/16, ap. 72; de 28 de junio de 2018, *Crespo Rey*, asunto C-2/17, ap. 71; de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/16, ap. 26.

i) El primer límite, la interpretación *contra legem nationalem* ha de suponer una “*contradicción patente y flagrante*” entre la disposición nacional y la comunitaria¹⁰⁶; o dicho de otro modo, debe resultar “*clara y terminantemente contraria*”¹⁰⁷ porque a la luz de la letra del precepto nacional, “*su tenor claro y unívoco resulta irreconciliable con el de una Directiva*”¹⁰⁸. De modo que solo sería posible la interpretación conforme en un supuesto en el que la norma nacional aplicable presente alguna ambigüedad que admita reinterpretarla a la luz de la Directiva¹⁰⁹, y no así cuando el derecho nacional de forma expresa y directa ofrezca una solución opuesta, pues lo que no puede hacer el órgano judicial interno en su función de intérprete es llegar al extremo de sustituir al poder normativo nacional¹¹⁰ y no aplicar en este caso, una norma con claro efecto directo (la nacional) para aplicar otra que se expresa en sentido contrario y no tiene tal efecto (la Directiva)¹¹¹. Ahora bien, cabe precisar que no es *contra legem* la interpretación y el valor que se derive de los trabajos preparatorios para la aprobación de la norma, por más que puedan tener relevancia en la interpretación del ordenamiento nacional y también aunque puedan emplearse para dar efectividad al principio de interpretación conforme¹¹². Tampoco puede oponerse a la interpretación conforme la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada en interpretación del derecho interno, pues el TJUE ha dictaminado que la misma debe ser modificada cuando resulte incompatible con los objetivos de la Directiva¹¹³.

ii) En relación al segundo límite, sobre los principios generales del Derecho comunitario, debe señalarse que el grueso de la jurisprudencia comunitaria se circunscribe al ámbito del derecho penal o sancionador, refiriéndose básicamente en los «principios de legalidad penal» e «irretroactividad», siendo exponentes de dicha doctrina las SSTJUE de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmege* (asunto C-80/86, ap. 24); de 26 de septiembre de 1996, *Arcaro* (asunto C-168/85, ap. 42); o de 12 de diciembre de 1996, X (asuntos C-74 y 129/95, ap. 24), entre otras¹¹⁴.

¹⁰⁶ D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario”, cit., p. 2348. Sobre los distintos efectos señalados por el TJUE según el principio de interpretación conforme sea *praeter legem*, *secundum legem* o *contra legem*, cabe remitir, además del autor recién citado, a M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, cit., p. 23 y ss.

¹⁰⁷ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 430.

¹⁰⁸ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 111.

¹⁰⁹ R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., p. 398.

¹¹⁰ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 111.

¹¹¹ M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, cit., p. 23.

¹¹² En este sentido: R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., p. 398.

¹¹³ SSTJUE de 13 de julio de 2000, *Centrosteeel*, asunto C-456/98, ap. 17; de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, asunto C-441/14, ap. 33-34; de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, asunto C-414/16, ap. 72 y 73; de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/17, ap. 68.

¹¹⁴ Con mayor detalle: D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario”, cit., pp. 29-31. M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, cit., p. 22 y ss. R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados

De manera que cuando el juez nacional o, en su caso, cuando el tribunal de Luxemburgo se encuentren resolviendo una cuestión prejudicial, y aparezca alguno de estos límites que impiden la interpretación conforme, se abrirán dos posibilidades para solucionar el conflicto: la primera aplicar la Directiva directamente y así solucionar el conflicto entre la norma interna y la comunitaria –esto es, básicamente aplicando el principio de primacía– (B); o cuando esto no sea posible, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado (C).

B) Dicho lo anterior, cuando no sea posible el principio de interpretación conforme, el órgano judicial debe explorar la posibilidad de aplicar directamente la Directiva. Y esto será viable en dos supuestos: cuando se invoque un derecho claro, preciso e incondicional de la misma frente al Estado (a); o cuando haya involucrado, además del derecho previsto en la Directiva, un Derecho Fundamental o un Principio general del derecho comunitario directamente aplicable (b).

a) Únicamente y con carácter excepcional cuando la norma nacional no puede ser interpretada de conformidad con la Directiva para no incurrir en una interpretación *contra legem*, el TJUE admite aplicar los efectos de exclusión y sustitución derivados del principio de eficacia directa¹¹⁵. Ahora bien, de acuerdo con lo ya expresado anteriormente, las disposiciones de la Directiva solo pueden ser invocadas y aplicadas, además de cuando reúnan los requisitos para ello, en relaciones verticales ascendentes frente al Estado, entendido este en sentido amplio – como autoridades nacionales, regionales, municipales, etc.– y ya sea en su función de poder público o como empleador. Siendo esto así, cuando el Estado actúe como empleador público, el trabajador podrá beneficiarse de los derechos reconocidos en la directiva no ejecutada de forma precisa e incondicional¹¹⁶. Situación que diferirá radicalmente si el empleador es un empresario privado, pues en este caso no cambia la doctrina de falta de efecto horizontal entre particulares, por lo que se ha afirmado que resulta paradójico la desigual aplicación de una norma comunitaria en el ámbito de las relaciones laborales en función de la naturaleza pública o privada del empleador¹¹⁷. Pese a ello, el Tribunal de Justicia resuelve esta polémica de forma contundente al afirmar que la desigualdad no se produciría de haber cumplido el Estado con sus obligaciones,

conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., pp. 403-404. A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 430.

¹¹⁵ Alguna autora ha criticado este «severo» y «desmedido» efecto del principio de interpretación conforme, adquiriendo «cotas máximas de reproche» por cuanto que no solo desplaza a la norma de transposición, sino a cualquier otra norma interna. Véase: P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos [Ref. BIB 2017/10797]”, cit., pp. 6-7/37 pdf descargado.

¹¹⁶ Eso sí, siempre y cuando la directiva también sea precisa en cuanto al titular de la obligación imputándole dicha carga de forma clara al Estado, pues, en caso contrario, tampoco podrá hablarse de verticalidad (STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich*, asuntos C-6 y 9/90).

¹¹⁷ Véase: STJUE de 6 de noviembre de 2018, Bauer, asuntos C-569 y 570/17, ap. 75 y 76, en la que un mismo supuesto de hecho (reclamación por los herederos de las vacaciones anuales no disfrutadas al tiempo del fallecimiento del trabajador) varía según se ejerza la pretensión contra un empresario público o privado.

razón por la cual a este se le puede imputar la carga del cumplimiento de la Directiva a modo de sanción pero no así a otro particular que no ha acometido incumplimiento alguno¹¹⁸.

En definitiva, en este caso en el que la Directiva adquiere efecto directo vertical, si entra en contradicción con una norma interna, sea del rango que sea, debe resolverse con la aplicación del principio de primacía de la Unión Europea¹¹⁹. De manera contundente el TJUE ha indicado que “*si dicha interpretación conforme no es posible, el órgano judicial debe aplicar íntegramente el derecho comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario*”¹²⁰.

b) Cuando no sea posible la interpretación conforme del derecho nacional y la incompatibilidad con la norma comunitaria se produzca extramuros a una relación de verticalidad frente al Estado, todavía cabe una última vía para declarar la eficacia directa y la efectiva primacía del derecho comunitario en el marco de una relación conflictual entre particulares. Se trata de una tendencia aperturista de la jurisprudencia del TJUE que ha tenido lugar en los últimos años, requiriéndose en todo caso que se cumplan los requisitos generales para la adquisición de efecto directo, esto es, precisión e incondicionalidad de la disposición invocada¹²¹. Esto se producirá siempre y cuando, además, con el derecho invocado contenido en la Directiva se halle imbricado un principio general del Derecho de la Unión, esté explícitamente recogido o aludido en la disposición de la Directiva o no¹²²; y con independencia de que la misma se encuentre transpuesta o no. Más concretamente, en el ámbito que concierne a este estudio se refiere a «principios fundamentales del Derecho Social de la Unión Europea»¹²³, actualmente, recogidos por la CDFUE¹²⁴. Si bien, el efecto directo se consigue no mediante la Directiva, sino a través del precepto de la CDFUE¹²⁵.

¹¹⁸ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 110.

¹¹⁹ D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario”, cit., p. 2340.

¹²⁰ STJUE de 21 de mayo de 1987, *Albako*, asunto C-249/85.

¹²¹ R. VICENTE ANDRÉS, “La eficacia directa de las Directivas comunitarias y su incidencia en el orden jurisdiccional social”, cit., pp. 154-156.

¹²² Un ejemplo de Directiva que recoge explícitamente un principio o derecho de este rango: STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/17. Un caso en que no lo recoge pero se aplica igualmente un precepto fundamental del derecho primario: STJUE de 22 de enero de 2019, *Cresco*, asunto C-193/17, ap. 78 y 85.

¹²³ Refiriéndose tanto a los instrumentos elaborados por los Estados miembros a escala de la Unión, como los derechos y libertades reconocidos en los *Tratados* y la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*. Así como a los instrumentos internacionales a los que los Estados se han adherido, entre los cuales, están el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, la *Carta Social Europea* y los *Convenios de la OIT* (STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/17, ap. 81; de 19 de noviembre de 2019, A.K. y otros, asuntos 585, 624 y 625/18, ap. 165 y ss.).

¹²⁴ SSTJUE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04, ap. 77; de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, asunto C-555/07, ap. 50-51; de 15 de enero de 2014, *AMS*, asunto C-176/12, ap. 47; de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, asunto C-441/14, ap. 27 y 35-36.

¹²⁵ Por todas, STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/17, ap. 86 y ss.

Hoy en día con la incorporación positiva de los derechos fundamentales al acervo comunitario la cuestión queda resuelta, pero la evolución ha sido larga hasta llegar a este punto. En un primer momento, el TJUE no tomó en cuenta los derechos fundamentales al no formar parte del Derecho comunitario y, en consecuencia, consideró que no le correspondía su tutela (STJUE de 4 de febrero de 1959, *Stork*, asunto C-1/58). En una segunda etapa, subsanó esta laguna de tutela identificando los derechos fundamentales con aquellos de contenido económico previstos en los Tratados –de un lado– y con los principios y derechos fundamentales no expresamente recogidos en el Derecho de la Unión pero que se desprenden de las «tradiciones constitucionales comunes» de los Estados miembro –del otro lado– (SSTJUE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, asunto C- 29/69; de 7 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C- 11/70). En una tercera fase, estos últimos se identificaron jurisprudencialmente con los Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, en especial, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (en adelante, CEDH¹²⁶; STJUE de 14 de mayo de 1974, *Nold*, asunto C-4/73). En una etapa más avanzada de su evolución dichos derechos quedaron expresamente incorporados al Derecho originario, primero, en el antiguo artículo 6.2 TUE con remisión al citado CEDH y, posteriormente, con mayor claridad, han quedado recogidos y unificados en la CDFUE (y actual art. 6.1 TUE)¹²⁷. Es necesario apuntar que, más recientemente, el TJUE parece haber acabado con la extendida creencia de que la CDFUE proporcionaba un estándar mínimo de protección, decantándose por una interpretación absoluta del contenido de los derechos contemplados en ella, en aras a garantizar el principio de primacía comunitario, lo que puede dejar fuera de juego un nivel de protección mayor conforme a las «tradiciones constitucionales» de los Estados miembros (STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C- 399/11)¹²⁸.

Lo que sí que será imprescindible es que el Derecho Fundamental recogido en la CDFUE cuente asimismo con la precisión e incondicionalidad suficiente para poder ser considerado como un verdadero derecho subjetivo. En este caso, y solo en este caso, el órgano judicial podrá invocar la eficacia directa y la primacía en una relación entre particulares, excluyendo la aplicación de la norma interna contraria y sustituyéndola por sus disposiciones, logrando una aplicación «indirecta» de la Directiva¹²⁹. Así, se ha considerado que no cumple este requisito el derecho de información y consulta de los trabajadores recogido en el art. 27 CDFUE¹³⁰. En cambio, sí que es directamente aplicable el principio de no discriminación por razón de edad previsto en el art. 21 CDFUE¹³¹, el

¹²⁶ *Convenio para la protección la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Firmado el 4 de noviembre de 1950, Roma (BOE n.º 243, de 10-10-79).

¹²⁷ P. PÉREZ TREMP, «La jurisdicción constitucional y la integración europea (Ref. BIB 2009/135)», cit., p. 12/28 y ss. pdf descargado. M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento», cit., p. 111.

¹²⁸ M. E. CASAS BAAMONDE, «Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?», cit., pp. 938-939.

¹²⁹ En este sentido, M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento», cit., p. 111.

¹³⁰ STJUE de 15 de enero de 2014, *AMS*, asunto C-176/12, ap. 41-49.

¹³¹ SSTJUE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04, ap. 77; de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci*, asunto C-555/07, ap. 50-51.

derecho a vacaciones del art. 31.2 CDFUE¹³², o el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (arts. 20 y 21 CDFUE) al otorgar el derecho a una festividad con independencia de la pertenencia o no a determinadas religiones¹³³. Se llegó a cuestionar si, a raíz de la inicial STJUE de 14 de septiembre de 2016, *de Diego Porras I* (asunto C- 596/14), se podría aplicar su doctrina en cuando el empleador perteneciese al sector privado, con base en el principio de igualdad y no discriminación entre contratos de duración indefinida y contratos indefinidos previstos por la Directiva 1999/70/CE, pero aplicando los artículos 20 y 21 CDFUE. Aunque el TJUE finalmente cambió la doctrina sentada con el asunto *de Diego Porras II*, sigue quedando la duda de si los mencionados artículos de la CDFUE pueden aplicarse en el ámbito de la contratación temporal pues, en ningún momento, el art. 21 recoge expresamente como causa prohibida de discriminación la referida a la contratación temporal respecto a la indefinida, por lo que queda la duda de si el Acuerdo Marco expresa un derecho fundamental de los contenidos en la Carta¹³⁴.

c) En síntesis, la diferencia para poder aplicar el principio de primacía de una Directiva reside en que la norma tenga *ab origine* eficacia directa o que, al menos, como es el caso de las Directivas, pueda potencialmente adquirir una eficacia directa que resulte útil en la relación conflictual que se plantee (por invocarse frente al Estado o por contener un derecho contenido en la CDFUE) Si por alguna de las vías señaladas puede adquirir eficacia directa, entrará en juego el principio de primacía contra cualquier norma interna –incluso de rango constitucional– que entre en conflicto directo con la Directiva, transpuesta o no, por lo que el juez nacional deberá inaplicar el derecho interno incompatible con el supranacional. Eso sí, siempre y cuando la contradicción sea patente, pues, en otro caso, si alberga dudas sobre su incompatibilidad, debe remitir una cuestión prejudicial al TJUE para que se pronuncie.

C) Cuando las vías anteriores no puedan seguirse por imposibilidad de realizar una interpretación conforme¹³⁵; por la falta de una disposición clara, precisa e incondicional invocada frente al Estado en la cual le atribuya a este de forma inequívoca la titularidad de la carga del cumplimiento del derecho reconocido al particular; o cuando no haya un Derecho Fundamental de la Unión imbricado en el marco de una relación entre particulares, la única alternativa será recurrir a la vía indemnizatoria exigiendo la «responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor», esto es, la ya aludida línea jurisprudencial iniciada con la sentencia *Francovich*¹³⁶.

¹³² STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/16, ap. 65.

¹³³ STJUE de 22 de enero de 2019, *Cresco*, asunto C-193/17, ap. 76.

¹³⁴ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 112.

¹³⁵ Esto es, cuando el Derecho nacional y la Directiva resultan irreconciliables. P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos [Ref. BIB 2017/10797]”, cit., p. 6/37 pdf descargado.

¹³⁶ Más recientemente, entre otras: SSTJUE de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, asunto C-441-14, ap. 42; de 7 de julio de 2016, *Ambisig*, asunto C-46/15, ap. 26.

Dicha responsabilidad derivada de un incumplimiento estatal tiene su fundamentación, igualmente, en la quiebra del principio de primacía¹³⁷, normalmente, desencadenada en el ámbito de las Directivas aunque también se ha declarado a causa de la incompatibilidad de la legislación nacional con los preceptos de Reglamentos y Tratados. Cuando ello se produce tiene lugar la apertura de un «procedimiento por incumplimiento» iniciado por la Comisión u otro Estado miembro denunciante (arts. 258-260 TFUE), que cuenta con una fase administrativa previa en la que, tras oír las alegaciones del Estado incumplidor, la Comisión emite un dictamen mediante el cual aprecia o no la infracción y –en su caso– indica las acciones que debe acometer y otorga un plazo para su ejecución. De persistir el incumplimiento, la Comisión puede interponer una «demanda por incumplimiento» ante el TJUE, abriendo así la fase jurisdiccional, que puede finalizar con una sentencia condenatoria a satisfacer una sanción económica o multa, además del resarcimiento al particular por los daños ocasionados a causa de su incumplimiento¹³⁸.

4. La aceptación de la jurisprudencia del TJUE por la jurisdicción constitucional: especial atención al principio de primacía y los límites impuestos por el TC

La primera tarea que tienen los Estados miembros respecto al proceso de integración europea –en virtud del principio de cooperación leal– es hacer posible que en el ordenamiento interno se acepten los principios estructurales del derecho comunitario para que pueda desplegar efectos internos. En relación al principio de efecto directo, las jurisdicciones constitucionales y ordinarias han acogido de forma pacífica los postulados del TJUE, incluso, la eventual eficacia directa de las Directivas. Pero más problemática ha sido la aceptación de la primacía, habida cuenta del conflicto soberanía nacional-integración comunitaria que entraña¹³⁹.

El fundamento constitucional de la adhesión a la Unión es el artículo 93 CE¹⁴⁰, que ya fue diseñado por el poder constituyente con vistas a la integración en la Comunidad, e implica que el Estado español dispone del poder jurídico necesario para atribuir a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la CE, toda vez que como contrapartida limita el poder de las autoridades nacionales en relación con dichas competencias. En consecuencia, dicha atribución lleva implícita la aceptación de que los actos dictados por la organización internacional no deban someterse al procedimiento de ratificación y publicación previsto en los arts. 94-96 CE. Aunque nuestra Carta Magna no reconoce explícitamente en su preceptuado el principio de primacía comunitario, de su artículo 96.1 CE sí que se desprende la primacía o prevalencia del derecho internacional sobre la ley interna, habida cuenta de su especial procedimiento de

¹³⁷ M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 113.

¹³⁸ Cabe remitir al exhaustivo y reciente análisis realizado por la profesora NOGUEIRA (*Ibid.*, p. 114 y ss.).

¹³⁹ P. PÉREZ TREMPES, “La jurisdicción constitucional y la integración europea (Ref. BIB 2009/135)”, cit., pp. 4-7/28 pdf descargado.

¹⁴⁰ “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. [...]”.

derogación, suspensión o modificación, únicamente de conformidad con lo dispuesto en el propio tratado ratificado, por lo que gozan de «jerarquía suprallegal» sobre la ley interna conflictiva. A mayor abundamiento, cuando se trata la primacía y eficacia del derecho de la Unión se ve reforzada por el artículo 93 CE, de modo que los actos de las instituciones comunitarias pueden crear derechos y obligaciones para los sujetos de derecho nacionales¹⁴¹.

Por tanto, la primacía del derecho comunitario en las relaciones entre Derecho originario y Derecho nacional de rango legal o inferior no ha planteado excesivos problemas. Incluida la primacía del Derecho derivado sobre la ley interna. Eso sí, con todo, los tribunales internos han introducido sus propias matizaciones y precisiones al alcance de la primacía en estas dos hipótesis de conflicto entre normas supranacionales y nacionales¹⁴². Pero, sin lugar a dudas, la relación que se ha presentado más problemática a la hora de aceptar la primacía del derecho comunitario ha sido la derivada de una eventual contradicción entre normas de la UE y principios y derechos fundamentales recogidos en las Constituciones nacionales. En estos casos, los Tribunales Constitucionales nacionales de la mayoría de Estados miembros han mostrado «ciertas resistencias»¹⁴³ o «recelos»¹⁴⁴ al acatar la primacía en los términos absolutos y unilaterales en los que la configura el TJUE al ser la Constitución la expresión de la soberanía del pueblo¹⁴⁵.

Hasta el momento el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varios momentos sobre el alcance del principio de primacía comunitario. A pesar de que sus posicionamientos se han ido moviendo ligeramente a lo largo del tiempo, sus consideraciones en torno a las relaciones entre normas internas o comunitarias han pivotado sobre tres puntos esenciales: 1) la naturaleza atribuida al Derecho de la Unión y la facultad de control que ejerce el sumo intérprete de la Constitución sobre su correcta aplicación; 2) la aceptación del principio de primacía sobre la ley interna y la actuación de los órganos judiciales en la aplicación del principio de primacía; y 3) las limitaciones impuestas a la primacía sobre los derechos fundamentales y los principios constitucionales. Si bien, estas cuestiones se analizarán de forma transversal en una exposición cronológica de los pronunciamientos para evidenciar su evolución hermenéutica.

¹⁴¹ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 493 y ss. y 501. Lo cual implica “*la incorporación en masa al ordenamiento español de todo el acervo comunitario y la aceptación para el futuro del efecto directo y la primacía de las normas comunitarias*”. Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo V: La Constitución como norma*, cit., p. 166.

¹⁴² S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo V: La Constitución como norma*, cit., p. 174.

¹⁴³En este sentido: E. COBREROS MENDEZONA, “La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración”, cit., p. 117.

¹⁴⁴ P. BIGLINO CAMPOS, “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, cit., p. 9/25 pdf descargado.

¹⁴⁵ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 502. Con mayor detalle: P. PÉREZ TREMPES, “La jurisdicción constitucional y la integración europea (Ref. BIB 2009/135)”, cit., p. 8/28 y ss. pdf descargado. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo V: La Constitución como norma*, cit., p. 225 y ss.

4.1. Las SSTC n.º 28/1991, de 14 de febrero y n.º 64/1991, de 22 de marzo

En sus primeras sentencias sobre el principio de primacía (SSTC n.º 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4-8; y n.º 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4), en las cuales El Tribunal Constitucional hace referencia expresa a la STJUE de 15 de julio del 1964, *Costa/ENEL* (asunto C-6/64) mediante la que se consagra el principio básico del Derecho de la Unión Europea, indica que el artículo 93 CE no dota en ningún caso a los Tratados de fuerza y rango constitucionales, ni tampoco implica que una eventual infracción de aquellos entrañe necesariamente una conculcación del referido precepto. Y la misma solución puede predicarse respecto al Derecho derivado, su canon de validez no debe buscarse en la propia Constitución sino en el Derecho originario, al que deben su origen, formación y efectos¹⁴⁶. Dicho lo cual, el Alto Tribunal deja claro que los eventuales conflictos no plantean problemas de constitucionalidad y, en consecuencia, no son de su incumbencia al considerar que se trata de una cuestión de «infraconstitucionalidad» que debe ser resuelta por los tribunales ordinarios quienes, en su caso, tienen la facultad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. Y es que, en el hipotético y erróneo caso en que un juez interno planteara una cuestión de constitucionalidad por una ley interna contraria al derecho europeo entendiendo la conculcación del artículo 93 CE, la consecuencia no deseable sería la inaplicación del Derecho de la Unión en tanto en cuanto el TC se pronuncie sobre la invalidez y eliminación de la ley nacional incompatible, en sintonía con lo que ya había contemplado el TJUE. Por tanto, si el conflicto se plantea sobre una norma comunitaria es solo el supremo intérprete comunitario quien debe decidir su validez sin que el Constitucional deba ejercer papel alguno en el control de la correcta aplicación del derecho comunitario y en la adecuada efectividad del principio de primacía¹⁴⁷.

De esta manera, en estos primeros pronunciamientos sobre los principios jurisprudenciales elaborados por el TJUE nuestro TC expresa su aceptación¹⁴⁸ –en términos generales– al principio de primacía tal como queda configurado tras la STJUE *Simmenthal*: son los tribunales ordinarios quienes deben controlar la aplicación del ordenamiento comunitario y el TJUE quien debe verificar su cumplimiento mediante «un recurso por incumplimiento»¹⁴⁹. Así, considera la doctrina científica que, en este momento, nuestro Tribunal Constitucional se mostró «más receptivo» al aceptar la primacía que sus homólogos de otros Estados miembros¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Así, en la segunda de las sentencias citadas: STC n.º 64/1991, de 22 de marzo. En efecto, las normas comunitarias derivadas no han de adecuarse a las Constituciones nacionales, sino al Derecho comunitario originario, el cual será el único «parámetro de constitucionalidad» del derecho derivado (M. Á. ALEGRE MARTÍNEZ, «La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales», cit., p. 113.).

¹⁴⁷ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 505-507.

¹⁴⁸ M. Á. ALEGRE MARTÍNEZ, «La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales», cit., p. 141.

¹⁴⁹ Sobre este aspecto: SSTC n.º 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4 y 5; n.º 128/1999, de 1 de julio, FJ 9; n.º 173/2005, de 23 de junio, FJ 9; n.º 135/2012, de 19 de junio, FJ 2; n.º 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4; n.º 76/2019, de 22 de mayo, FJ 3; y n.º 81/2020, de 15 de julio, FJ 2.

¹⁵⁰ P. BIGLINO CAMPOS, «La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]», cit., pp. 10-11/25 pdf descargado.

En lo que no se mostró tan tolerante es en que el Derecho de la Unión pueda llegar a prevalecer o primar sobre nuestra Carta Magna, habida cuenta de que el artículo 93 CE que sirvió para facilitar la integración comunitaria y su correspondiente cesión de competencias no puede emplearse para introducir en el ordenamiento interno prescripciones contrarias a la Constitución. Dicho con otras palabras, *“una cosa es que los Estados puedan transferir o ceder competencias internas, derivadas de la Constitución, y otra es que el Derecho comunitario, en virtud de esas cesiones o transferencias, pueda modificar las normas fundamentales internas”*. De manera que el procedimiento de reforma constitucional podría entenderse como un «límite lógico-formal» que frenaría la introducción de prescripciones comunitarias contrarias a la Norma Fundamental¹⁵¹. En síntesis, introduce una *“visión condicionada de la primacía”* que ha orientado la postura del órgano constitucional en posteriores pronunciamientos y que, incluso, motivó la modificación de la CE¹⁵².

Por tanto, esta supondrá un límite infranqueable en caso de antinomia, apartándose así del absoluto alcance de la primacía contemplada en la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, estableció, por un lado, que los Tratados sí que pueden ser enjuiciados constitucionalmente a la luz del artículo 93 CE por ser este el precepto la fuente de validez de la adhesión a la UE; y por el otro, también se auto declaró competente para conocer mediante el Recurso de Amparo sobre las vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos internos al aplicar las normas comunitarias, *“ya que la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español”* (art. 9.1 CE)¹⁵³.

Siendo ello así, la doctrina científica consideró que la integración en la Unión Europea no puede llegar a suponer una disminución del estándar mínimo de los derechos fundamentales internos, tanto por parte de las normas comunitarias de Derecho originario como derivado. Además, porque de acuerdo con el artículo 6.3 TUE se proclama una suerte de respeto de las instituciones comunitarias a dichos derechos fundamentales *“que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”*. La consecuencia implícita es que el TJUE

¹⁵¹ Cfr. P. PÉREZ TREMPES, “La jurisdicción constitucional y la integración europea (Ref. BIB 2009/135)”, cit., p. 11/28 pdf descargado.

En este sentido, el TC ha manifestado que *“en virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de «competencias derivadas de la Constitución», no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no es su Título X”* (Declaración TC 1/1992, de 1 de julio, FJ 4).

¹⁵² Cfr. P. BIGLINO CAMPOS, “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, cit., p. 14/25 pdf descargado. Con mayor amplitud: pp. 13-14. La autora señala, por ejemplo, la Declaración del TC 1/1992, de 1 de julio, que valoraba -a petición del Gobierno- el derecho al sufragio pasivo en elecciones municipales a favor de todos los ciudadanos de la UE que imponía el *Tratado de Maastrich* y que contravenía el art. 13.2 CE y que acabó implicando la reforma del precepto constitucional. En esta tesitura, el TC se auto proclamó como el único órgano constitucional capaz de decidir sobre si se produce o no la colisión entre los Tratados y la CE, y sentenció que no es posible su ratificación sin previamente adaptar la Norma Fundamental.

¹⁵³ Cfr. STC n.º 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4.

debería eliminar toda norma comunitaria del Derecho derivado que llegase a producir tal conculcación. Así, serán los Estados miembros, como «demandantes privilegiados», quienes deberían de plantear ante el TJUE un recurso de nulidad contra el acto de Derecho derivado contrario a los derechos fundamentales internos¹⁵⁴.

4.2. La STC n.º 58/2004, de 19 de abril

Con posterioridad, el Alto Tribunal ha matizado su postura acerca de que sea el juez nacional quien decida libremente en virtud de su propia autoridad sobre la inaplicación de la ley nacional contraria al Derecho comunitario, en la medida en que el cumplimiento de lo dictaminado en la STJUE *Simmenthal*, se condiciona ahora al inexcusable planteamiento de una cuestión prejudicial previa. Así, de forma diametralmente opuesta a lo que establecía el Tribunal de la Unión en la sentencia citada, nuestro TC considera ahora que *“el eventual juicio de incompatibilidad de una norma interna legal con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador del Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías”* (STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11)¹⁵⁵. Más concretamente, se estaría vulnerando el artículo 24 CE pues, en la medida en que el tribunal ordinario decida inaplicar una ley incompatible con el Derecho comunitario, no estaría observando y agotando todas las garantías procesales previstas dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo la cuestión prejudicial ante el TJUE una de ellas. Por tanto, la inaplicación arbitraria e insuficientemente fundada de la ley española en virtud del principio de primacía vulnera el derecho al proceso judicial con todas sus garantías ex artículo 24.2 CE (FJ 12).

Ahora bien, el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia queda subordinado a la existencia de una duda *“objetiva, clara y terminante”* sobre la cuestión a resolver. Si bien, quedará exento de dicha obligación cuando el objeto del litigio se considere un «acto aclarado o claro» de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE¹⁵⁶. Ahora bien, *“la existencia de una previa Sentencia interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no excusa del nuevo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando un órgano judicial utiliza los criterios interpretativos fijados en un sentido que conduce a una conclusión contraria a la expresada por los restantes órganos judiciales”* (FJ 3).

En consecuencia, a fin de garantizar esta actuación por parte del juez español, se atribuye a sí mismo la facultad de revisar la decisión en el eventual caso en que el órgano judicial decida la inaplicación de la ley interna para comprobar si con ello ha vulnerado derechos fundamentales, pues debe aplicar *“un canon estricto de enjuiciamiento en los supuestos en los que un Juez o*

¹⁵⁴ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 504-505. En el mismo sentido: R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., p. 343.

¹⁵⁵ Seguida por la STC n.º 78/2010, de 20 de octubre.

¹⁵⁶ M. E. CASAS BAAMONDE, “Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?”, cit., p. 942.

Tribunal español inaplica una ley española por juzgarla contraria al Derecho comunitario”, en defensa de la dignidad de la ley como fuente primaria del Derecho interno, expresión de la soberanía popular (FJ 12). Dicho con otras palabras, al TC le corresponde controlar el exceso de jurisdicción de los tribunales ordinarios aplicando el derecho comunitario¹⁵⁷. Por tanto, el juez o tribunal también puede plantear cuestión de inconstitucionalidad, aunque establece una preferencia por la cuestión prejudicial¹⁵⁸.

Así pues, es patente que si en un principio proclamaba una mimética aplicación de la jurisprudencia europea, ahora introduce una restricción de la inaplicación de la ley interna al trámite prejudicial y/o al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, cuando en realidad tales requisitos no son contemplados en la hermenéutica del Tribunal de Justicia¹⁵⁹. Pero la cuestión es más peliaguda ya que el TC no considera que se vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial nacional aplica la ley interna contraria a la europea, sino solo en el caso contrario, cuando la inaplica para dar cumplimiento efectivo al Derecho comunitario si mediar antes la tramitación de un procedimiento prejudicial ante el TJUE¹⁶⁰. De ahí que se haya considerado el empleo de una «doble vara de medir» en la defensa de la tutela judicial efectiva en relación con la aplicación del Derecho de la Unión¹⁶¹.

4.3. La Declaración del TC n.º 1/2004, de 13 de diciembre

La pretendida ratificación del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (finalmente no adoptada), que recogía expresamente el principio jurisprudencial de primacía¹⁶² motivó que, en esta ocasión, fuera el Consejo de Estado¹⁶³ quien albergara dudas y considerase necesario que el Gobierno requiriera un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 943.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 938.

¹⁵⁹ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 506.

¹⁶⁰ Reitera la postura recientemente en la STC n.º 232/2015, de 5 de noviembre (FJ 5). Así, recopila su doctrina al afirmar que “en aplicación de estas premisas, este Tribunal ya ha tenido ocasión de resolver:

a) Que dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el TJUE, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción (STC 58/2004, FFJJ 9 a 14).

b) Sin embargo, dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al derecho de la Unión (según la parte) no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE (así, SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3; y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3)”.

¹⁶¹ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 511; en general pp. 509-512.

¹⁶² Artículo I-6: “La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

¹⁶³ Dictamen de 21 de octubre de 2004 (ref. 2544/04), donde consideraba que la positivización del principio acababa con toda posibilidad de interpretación flexible de la primacía y podría tener mayores implicaciones sobre el Derecho constitucional.

llegó con la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre¹⁶⁴. En dicha consulta, el ejecutivo también planteó al intérprete constitucional sus dudas sobre la compatibilidad de la CDFUE con la CE.

El TC se mostró verdaderamente «creativo»¹⁶⁵ para defender la compatibilidad entre la «primacía» del Derecho de la Unión y la «supremacía» de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico interno. De ahí que se considere una resolución altamente polémica, no solo porque cuenta con 3 votos particulares, sino también con una opinión bastante extendida entre la doctrina¹⁶⁶.

En este orden de cosas, en la meritada Declaración, el Alto Tribunal estima que primacía y supremacía son categorías diversas (FJ 4). La supremacía se refiere a *“los procedimientos de normación”* y se fundamenta en una relación de jerárquica, de modo que puede determinar la invalidez de aquellas normas que contravengan a otras de carácter imperativo jerárquicamente superiores. La primacía, por su parte, afecta a la *“aplicación de normas válidas”* sin necesidad de valorarlas conforme a una prelación jerárquica. De este modo, su razón de ser es la determinación de cuál es la correcta norma aplicable, de manera que una de ellas, en virtud de su aplicación preferente, puede desplazar a otra aunque ambas sean válidas. Toda norma que goce de supremacía, también goza de primacía, salvo que la misma muestre un carácter dispositivo o permita la aplicación preferente de otra. De esta manera, la supremacía constitucional es *“compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos”*. Dicho con otras palabras, es la propia Constitución la que ha aceptado la primacía del Derecho comunitario sobre las competencias cedidas con base en la soberanía del Estado y esta misma soberanía la que podría recuperar las competencias a través de una «retirada voluntaria» de la Unión¹⁶⁷.

En efecto, la aceptación de la primacía se ha realizado en el marco de las competencias cedidas, por lo que *“en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea*

¹⁶⁴ Cuya doctrina ha sido recogida y reiterada por, entre otras, la STC n.º 145/2012, de 2 de julio.

¹⁶⁵ Más contundentemente se ha calificado como una distinción conceptual *“extraordinariamente perturbadora”*. Cfr. R. ALONSO GARCÍA, “Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, cit., p. 359.

¹⁶⁶ Entre otros: *Ibid.*, p. 352 y ss.P. BIGLINO CAMPOS, “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, cit., p. 17/25 pdf descargado. Á. MARRERO GARCÍA-ROJO, “Artículo 9.1. La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo II*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 156.

¹⁶⁷ En este sentido, véase FJ 3, párrafo 12º. Afirmación criticada en tanto que muestra un discurso del TC que hace gala de una excesiva unilateralidad no efectiva en la práctica. Véase: R. ALONSO GARCÍA, “Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, cit., p. 358.

fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes” (en especial, el Recurso de Amparo y la cuestión de inconstitucionalidad).

Ahora bien, en caso de materializarse en la práctica judicial dicha confrontación considerada por el TC «difícilmente concebible», no hay dudas de que con esta concepción se estaría alejando de la noción de primacía del TJUE que explica la confrontación entre ambos ordenamientos¹⁶⁸, toda vez que puede conllevar efectos perversos pues, si primacía no implica invalidez, podría llegarse a la conclusión de que la jurisdicción administrativa queda *de facto* inhabilitada para anular disposiciones reglamentarias cuando sean contrarias al Derecho de la Unión¹⁶⁹.

A mayor abundamiento, considera que al igual que el artículo 93 CE sirvió como mecanismo de «índole orgánico-procedimental»¹⁷⁰, que permitió la integración en la Unión y, en consecuencia, autorizó la aplicación preferente del ordenamiento comunitario, también sirve para establecer limitaciones materiales al principio de primacía. En efecto, ahora remara que el precepto constitucional “*va más allá del puro procedimiento*” de integración pues es el “*soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro*” que están llamados a coexistir. En este sentido, “*opera como bisagra*”, dando cabida a la integración en un ordenamiento supranacional pero contemplando también “*una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar*”¹⁷¹, pues la propia Carta Magna exige que el ordenamiento en el cual se integra sea compatible con sus principios y valores básicos. Por tanto, la integración del Derecho de la Unión en el ordenamiento español conlleva aceptar la existencia de “*límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional*”. Más concretamente –continúa relatando el TC– “*esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia*” (FJ 2)¹⁷².

¹⁶⁸ En este sentido: P. BIGLINO CAMPOS, “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, cit., p. 119.

¹⁶⁹ Lo cual conduce a la paradoja de que si dichas disposiciones reglamentarias cuentan con cobertura legal, tampoco podrán ser anuladas internamente en tanto que el TC se declara incompetente para conocer estas cuestiones habida cuenta de su carácter «infraconstitucional». R. ALONSO GARCÍA, “Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, cit., p. 360.

¹⁷⁰ Cfr. STC 28/1991, de 28 de febrero, FJ 4.

¹⁷¹ Que hasta el momento había resultado obviada según R. ALONSO GARCÍA, “Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, cit., p. 345.

¹⁷² La profesora MANGAS MARTÍN recuerda que esta postura ha venido defendiendo ella misma desde 1986. De hecho, considera que el art. 93 CE no puede permitir una atribución competencial controlada o ilimitada que ponga

Ahora bien, no ha pasado desapercibido que dichos límites materiales enunciados por el Constitucional abarcan la mayor parte de la Norma Fundamental, por lo que se está restringiendo o limitando considerablemente la primacía de la Unión, de modo que si sus normas sobrepasan alguno de ellos no serán aplicables dentro de nuestras fronteras y mucho menos con carácter preferente. Así las cosas, aunque la mayoría de tribunales constitucionales de nuestro entorno han adoptado posicionamientos similares, incluso más rígidos y con anterioridad al español, no puede obviarse que se opone frontalmente a la doctrina de la STJUE *Internationale Handelsgesellschaft*. No obstante, la situación en nuestro ordenamiento es más compleja que la de otros Estados miembros, pues la CE no contempla de forma específica la integración en la UE –aunque como se dijo fue redactado pensando en ello–, ni tampoco como han de ordenarse las relaciones entre ambos ordenamientos, por lo que al igual que el TJUE ha sido el que creado vía jurisprudencial los principios de eficacia directa y primacía, la misma vía ha seguido el TC para aceptar su virtualidad e imponerles limitaciones¹⁷³.

En cuanto a los votos particulares¹⁷⁴, en líneas generales todos ellos disienten de la compatibilidad entre el principio de primacía recogido en el Tratado para la Constitución europea

en peligro la continuidad de España como Estado democrático, soberano e independiente. Así pues, los Tratados no pueden violar los principios básicos de los sistemas constitucionales de los Estados que han habilitado para la cesión de competencias. No obstante, “en los ámbitos atribuidos a la Unión, los Tratados prevalecen sobre toda norma interna” Cfr. A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 502; en general pp. 502-503.

También es partícipe de la opinión de que la primacía no debe tener alcance absoluto: R. ALONSO GARCÍA, “Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía”, cit., p. 340 y 352. En consecuencia, el autor estimó que no tenía nada que objetar a la DTC 1/2004. Así el TC expresa los límites que son reconducidos al núcleo de la soberanía e identidad nacional, pero mediatizados por los derechos fundamentales (p. 344).

¹⁷³ P. BIGLINO CAMPOS, “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, cit., p. 21/25 pdf descargado.

¹⁷⁴ El primero de ellos (Magistrado D. Javier Delgado Barrio) discrepa de la mayoría de la Sala en que el artículo 93 CE habilite para que en «última instancia» el TC pudiera adoptar las medidas necesarias para conservar la soberanía popular y la supremacía constitucional, ni que pueda realizarse la mencionada distinción entre supremacía y primacía. Primero, porque si el TC puede anular un acto del Derecho de la Unión contrario a un derecho fundamental interno, no hay primacía alguna. Tampoco cree que el precepto constitucional habilite para el desplazamiento de la norma nacional contraria porque para lo que habilita la cesión es para el ejercicio subjetivo (por instituciones de la UE) de competencias constitucionales, pero tal competencia en su contenido objetivo sigue vinculada por los preceptos constitucionales, por lo que no es posible su desplazamiento en virtud de la primacía. En este sentido, ni puede interpretarse que el constituyente aceptara la primacía sobre la CE -concedor ya en el momento de redacción del precepto del alcance de la jurisprudencia del TJUE sobre el principio de primacía y de las reservas expresadas por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de nuestro entorno-, ni deja constancia de ello de ninguna manera en la Carta Magna. Además, destaca que aunque el «desplazamiento» que se deriva del principio de primacía no implique «derogación» de la constitución, el resultado práctico viene a ser el mismo: la inaplicación del Derecho constitucional contrariando de forma inequívoca la soberanía del pueblo español, esencia misma de la Constitución como norma suprema (art. 1.2 CE).

El segundo voto (Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel) también aprecia la contradicción entre el Tratado y la Constitución, y considera «forzada» la argumentación de la Sala, especialmente, en el FJ 4. Recurriendo a la postura del TC anterior (en concreto, en la DTC 1/1992) se posiciona el magistrado en contra de que el conflicto ahora pueda resolverse mediante “un recurso dialéctico a través del cual se reconducen los argumentos” para concluir acerca de la compatibilidad del Tratado en su parte dispositiva y que, “salvo que se asuma sin reservas el lenguaje eufemístico que impregna muchos pasajes de la resolución” resulta heterodoxo. Es constatable que se produce una antinomia clara con el artículo 9.1 CE que no puede solventarse si no es través de una reforma constitucional que,

y la cláusula de supremacía prevista en el artículo 9.1 CE. Así las cosas, todos parecen rechazar la elaborada o “*brillante construcción doctrinal*”¹⁷⁵ contenida en el FJ 4 (distinción entre supremacía y primacía) y, mediante diferentes caminos argumentales, ponen de manifiesto la necesaria reforma constitucional para poder acoger el principio comunitario tal y como quedaba expresado en el artículo I-6 del citado Tratado.

4.4. Las últimas sentencias acerca del control de constitucionalidad y la necesidad de interponer la cuestión prejudicial ante el TJUE

Entre las últimas resoluciones del Tribunal Constitucional se han producido varios hitos que han movido su posición tradicional acerca del control ejercido sobre los jueces y tribunales ordinarios y de su propia participación en la aplicación del principio de primacía.

A) En primer lugar, con la STC n.º 27/2013, de 11 de febrero (FJ 6-7)¹⁷⁶, «suavizó»¹⁷⁷ la exigencia de que los tribunales nacionales debieran plantear cuestión prejudicial ante el TJUE antes de inaplicar una ley interna. Tras la STC n.º 58/2004 únicamente quedaban exentos cuando no cupiese duda alguna sobre la interpretación del TJUE a la hora de inaplicar una ley interna contraria («actos claros»). En este caso, considera que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas sus garantías (art. 24 CE) cuando no recurre al tramite prejudicial basándose en una justificación razonada en el sentido de “*se trata de una resolución judicial que no puede calificarse a primera vista como no fundada en Derecho, con independencia de su acierto o desacierto últimos*”. Por tanto, mientras no contenga una interpretación «manifiestamente irrazonable o arbitraria» de la legalidad ordinaria, puede ahora eludir la obligación de remitir ante la jurisdicción europea una cuestión de interpretación del Derecho comunitario sin causar indefensión al recurrente en amparo. Reiterando que no corresponde al Constitucional, como es sabido, pronunciarse sobre el acierto o desacierto de la decisión adoptada por el tribunal, en colaboración con el TJUE, quienes tienen que interpretar el ordenamiento supranacional.

B) Otro hito fundamental ha sido la remisión –por primera vez– de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional (STC n.º 26/2014, de 13 de febrero, pronunciamiento que tiene su origen STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C-399/11). En este sentido se

además afecta al Título preliminar por lo que requiere el procedimiento agravado, sin que las cautelas constitucionales para salvaguardar la primacía sean suficientes para evitar constantes pronunciamientos del TC ante los eventuales desarrollos de la (malograda) Constitución europea.

El tercer y último voto (Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas) sigue una línea similar en el sentido de que se produce una antinomia clara que no es posible solucionar por vía interpretativa pues alteraría gravemente la seguridad jurídica. Por tanto, lo razonable sería reconocer la contradicción y adoptar la reforma constitucional. El matiz proviene en la defensa de que dicha reforma constitucional debe contener límites expresos para salvaguardar los principios y estructuras básicas constitucionales. Señala que la «prácticamente improbable» contradicción resulta un tanto ingenua y poco realista y que la «sutil distinción» entre primacía y supremacía no es asumible, puesto que la Constitución europea conlleva indiscutiblemente una supremacía sobre los ordenamientos nacionales.

¹⁷⁵ Cfr. Tercer voto particular (Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas).

¹⁷⁶ Reiterada por SSTC n.º 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3; n.º 99/2015, de 25 de mayo, FJ 4.

¹⁷⁷ M. E. CASAS BAAMONDE, “Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?”, cit., p. 943.

ha considerado que “*algo comienza a moverse en la conciencia jurídica del Tribunal Constitucional*” en la aplicación del Derecho comunitario¹⁷⁸. No obstante, a pesar de ello, la Sala retoma su doctrina tradicional sentada desde la DTC 1/2004 y afirma que la ley interna incompatible no deviene inválida o inconstitucional –efecto que se derivaría del principio de supremacía– sino que simplemente es inaplicable, debiendo el órgano judicial o administrativo seleccionar la norma adecuada para cada caso –por mor del principio de primacía–. Así como que los conflictos entre normas internas y comunitarias corresponden al plano «infraconstitucional». Por ello, la sentencia cuenta con dos votos particulares que se mostraron más sensibles a aplicar la lógica europeísta y que consideran que se ha desaprovechado una ocasión excepcional para “*reflexionar y reflejar las importantes transformaciones que la pertenencia a la Unión Europea ocasiona a nuestra función jurisdiccional y a los procesos constitucionales*”.

a) El primero de ellos censura que constantemente se cuestione la primacía incondicionada y se enfatizen los límites introducidos por el TC, aun cuando en el caso concreto no hay problemas de compatibilidad, pues la propia Sala había admitido en la propia sentencia reinterpretar y ajustar a la baja el derecho a la tutela judicial efectiva de acuerdo con los estándares previstos en el CEDH y la CDFUE. Y es que el TC con su argumentación parece “*alentar las ideas de que este Tribunal no reconoce la primacía del Derecho de la Unión y de que adopta una posición defensiva de su autonomía jurídica frente a aquel ordenamiento, soslayando la primacía del Derecho de la Unión mediante operaciones interpretativas que cree poder controlar con arreglo al art. 10.2 CE*”¹⁷⁹.

b) El segundo voto lamenta que la vía de colaboración iniciada con el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del TC no haya concluido de forma completa con la proclamación del respeto a los principios de primacía, unidad y efectividad del derecho europeo. Así considera que el TC se aferra en la defensa de su competencia en el ámbito de los derechos fundamentales y se niega a acoger el estándar de protección (inferior) del derecho en cuestión en los términos contenidos en la CDFUE. Por tanto, debería haber aplicado abiertamente el estándar marcado por el TJUE habida cuenta de que, además, no afectaba a los límites materiales de la Constitución¹⁸⁰.

c) Más recientemente, con la STC n.º 232/2015, de 5 de noviembre (FJ 4-5)¹⁸¹, ha dado un nuevo giro interpretativo «muy positivo»¹⁸² en lo referente al control y vigilancia que debe ejercer el propio Tribunal Constitucional sobre la correcta aplicación del derecho comunitario y la imperativa exigencia de la primacía de aquel. Modificando la postura iniciada con las SSTC n.º 28 y 64/1991, afirma ahora que “*corresponde a este Tribunal velar por el respeto al principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”. Así las cosas, debe velar por la obligación de dejar inaplicada la norma nacional contradictoria en la

¹⁷⁸ A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 508-509.

¹⁷⁹ Magistrada Dña. Adela Asua Batarrita.

¹⁸⁰ Magistrada Dña. Encarnación Roca Trías.

¹⁸¹ Ya reiterada por, entre otras, la STC n.º 37/2019, de 26 de marzo, FJ 4.

¹⁸² A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 508.

medida en que dicho cometido “es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea”. Y es que los jueces y tribunales ordinarios deben garantizar la tutela judicial efectiva resolviendo conforme al sistema de fuentes, entre las cuales se encuentran las de ámbito comunitario. Así, “el desconocimiento y preterición de esa norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso, lo cual puede dar lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva”¹⁸³. En consecuencia, acepta que también pueda verse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por la inaplicación judicial del Derecho de la Unión, lo que es susceptible de revisión en vía de amparo. En conclusión, “un nuevo actor se ha sumado al aseguramiento de la primacía de la Unión”¹⁸⁴.

¹⁸³ Posteriormente reiterada por, entre otras, la STC n.º 26/2020, de 24 de febrero.

¹⁸⁴ Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE, “Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?”, cit., p. 945.

La aplicabilidad de la Directiva 2001/23/CE y del artículo 44 ET a las Administraciones Públicas

I. INTRODUCCIÓN

Como se desprende del capítulo primero tanto la normativa nacional como la europea sobre sucesión de empresa fueron ideadas para aplicarse a operaciones muy diferentes a las que se estudian en este trabajo, esto es, la reversión de contratos y concesiones públicas reguladas por el derecho administrativo. Ha sido la jurisprudencia la que ha posibilitado su subsunción mediante una labor integrativa, de modo que a día de hoy no deberíamos tener dudas sobre que esta concreta operación queda incluida. La respuesta es sobradamente conocida porque tanto nuestro Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vienen aplicando la institución a los cambios de titularidad en los que participan las AAPP, incluso, como entidades cesionarias.

No obstante, bien es cierto que hay algunos aspectos concretos que afectan a esas operaciones, bien contenidos en disposiciones normativas generales o específicas, o bien apuntados por la propia jurisprudencia, que hacen preciso dedicar unas páginas para delimitar con exactitud su alcance y determinar si el hecho de que uno de los sujetos implicados en el cambio de titularidad tenga naturaleza pública puede comportar una expulsión del campo de aplicación la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresas.

Este es el objetivo de este capítulo: delimitar con precisión en qué casos puede quedar excluida del ámbito de operación de la norma una operación de traspaso en la que se ve involucrada una Administración o una empresa perteneciente al sector público, con especial referencia al supuesto en el que tiene la condición de cesionaria a consecuencia de una decisión pública de asumir la gestión directa de un servicio o actividad pública externalizada.

II. DELIMITACIÓN ÁMBITO APLICACIÓN DIRECTIVA 2001/23/CEE: ACTIVIDAD ECONÓMICA VS REORGANIZACIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

Como muchas otras materias que componen la Política Social Europea la sucesión de empresas fue pensada para ser aplicada de forma exclusiva al sector privado. No obstante, su «desbordamiento» al sector público se produce por la actuación del TJUE, lo que *de facto* requiere de una interpretación que pondere los efectos de este conjunto de normas sociales a las relaciones de empleo que mantienen las Administraciones Públicas¹.

¹ Véase: J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 26.

En este sentido, tras pronunciarse por primera vez sobre su aplicación a organismos de derecho público, se consideró conveniente incluir una matización en el campo de aplicación de la normativa sobre transmisión de empresas a través de la reforma operada por la Directiva 98/50/CE, que venía a recoger los criterios empleados por el TJUE para resolver el caso planteado en la STJUE de 15 de octubre de 1996, *Henke* (asunto C-298/94, ap. 14).

El actual artículo 1.1c de la Directiva 2001/23/CE despeja cualquier duda cuando señala que la disposición comunitaria “*será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro*”. De esta forma enuncia un criterio general de aplicabilidad de la norma con independencia de la naturaleza jurídica de las partes en el proceso de transmisión, equiparando tanto a empresarios públicos como privados. Pero acto seguido excluye “*la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas*”². Lo que evidencia que la equiparación al sector privado no es plena si excluye un importante número de operaciones de reestructuración en el sector público que, precisamente, suelen llevarse a cabo en tiempos de crisis económicas³—estas mismas reestructuraciones de empresas en el sector privado fueron las que motivaron la adopción de la Directiva a finales de la década de los setenta—. Si ello fuese como en un principio parece desprenderse de la norma, la decisión del legislador comunitario sería poco consistente con la finalidad y objetivos de aquella⁴. Con todo, es necesario advertir que la exclusión ha de ser matizada, pues debe cumplir un doble presupuesto para que el cambio de titularidad en el que participa una Administración quede excluido⁵.

1. Reorganización o traspaso entre autoridades públicas

La norma claramente declara su aplicación a «empresas públicas», pero también hace referencia a «autoridades públicas administrativas». Aunque esta última la formula en el marco de la exclusión, el TJUE ha precisado posteriormente que el mero hecho de que la entidad participante en la transmisión goce de un estatuto jurídico público o de que su sistema de financiación sea igualmente público no puede ser un obstáculo que prive a los trabajadores de la

² Véase: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Reorganización y extinción de estructuras o unidades administrativas”, en AA.VV. (Dir. y Coord. Federico A. Castillo Blanco y José Luis Monereo Pérez) *Reestructuraciones de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015, p. 349.

³ A. GARCÍA TORRES, “Transmisión de empresa, reestructuración administrativa y traspasos de personal entre administraciones públicas”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 665.

⁴ T. GÓMEZ ÁLVAREZ, “Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el artículo 1.1 c) de la Directiva 23/2001: la interpretación del TJCE y de los Tribunales españoles [Ref. LA LEY 5913/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2002, pp. 1-4/17 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

⁵ S. DE SOTO RIOJA, “Sucesión de empresas y contratos: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional [Ref. TOL5.537.089]”, en AA.VV. (Coord. Jesús Cruz Villalón) *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: Causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 4/47 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 2 febrero 2017.

protección de la Directiva⁶. Por tanto, una primera idea que debe fijarse es que no toda transferencia en la que participe una entidad sometida al derecho administrativo quedará excluida.

Además, el artículo 2.1 letras a) y b) de la Directiva, que identifica los sujetos empresariales que participan en el traspaso, tampoco discrimina atendiendo a la naturaleza pública o privada de estos. De este modo, simplemente determina que es «cedente» *“cualquier persona física o jurídica que, como consecuencia de un traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1, pierda la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos”*. Mientras que se considerará «cesionario» a *“cualquier persona física o jurídica que, como consecuencia de un traspaso en el sentido del apartado 1, del artículo 1, adquiera la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos”*. En definitiva, tanto una Administración Pública –como un Ayuntamiento⁷ o un Ministerio⁸– como las empresas públicas con régimen de personificación público –como una entidad pública empresarial⁹ o privado –como una sociedad de capital¹⁰– pueden participar como cedente y como cesionaria en una operación de transmisión de empresa protegida por la Directiva.

A mayor abundamiento, la literalidad del segundo inciso del artículo 1.1.c no alude a cualquier operación en la que una Administración participe como cedente o como cesionaria, sino que identifica claramente la «reorganización administrativa de autoridades públicas» y el traspaso de funciones «entre» autoridades públicas. En consecuencia, de una parte, necesariamente el traspaso ha de darse entre una Administración o autoridad pública que participe como cedente y otra Administración o autoridad pública que participe como cesionaria. Estas operaciones conforman el ámbito subjetivo en el que se desenvuelve la exclusión.

Y de la otra, no exige únicamente que se produzca una reorganización administrativa de entidades públicas, sino que, además, requiere el traspaso de «funciones administrativas». Y la explicación racional es que solo entre este tipo de entidades reguladas por el derecho público pueden traspasarse el tipo de funciones que conforman el objeto de la exclusión. Dicho con otras palabras, como se verá a continuación, solo las personificaciones jurídicas de derecho público pueden ejercer tales funciones y competencias. Por el contrario, las previsiones que se formulan en torno a las Administraciones y empresas públicas no contradicen el artículo 1.1.b de la Directiva que determina su aplicación a cualquier traspaso de una entidad económica que mantenga la identidad, realizado a fin de llevar a cabo una actividad económica¹¹.

⁶ SSTJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99, ap. 32; de 29 de julio de 2010, *UGT-FSP*, asunto C-151/09, ap. 23; de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 42.

⁷ STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, asuntos C- 127 y 229/96 y 74/97.

⁸ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10.

⁹ STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14.

¹⁰ SSTJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16.

¹¹ En este sentido, T. GÓMEZ ÁLVAREZ, “Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el artículo 1.1 c) de la Directiva 23/2001: la interpretación del TJCE y de los Tribunales españoles [Ref. LA LEY 5913/2002]”, cit., p. 5/17 pdf descargado.

En resumen, no toda reorganización o reestructuración de administraciones públicas quedará al margen de la protección prevista para sus trabajadores¹². Así, no resultan problemáticas las transmisiones de empresa entre el sector público y el sector privado en las que la Administración participa como cedente¹³ o como cesionaria¹⁴. De manera que los cambios de forma gestión de los servicios y actividades públicas de una modalidad directa a indirecta o viceversa quedan siempre sujetos a la Directiva, incluyendo aquellos en los que se transmite la actividad de una persona jurídica de Derecho privado a una persona jurídica de Derecho público¹⁵.

2. Traspaso de «funciones administrativas» o «de poder público»

El criterio incluyente o excluyente será el concepto de «funciones administrativas» que, sin embargo, no define la norma ni el ordenamiento comunitario en general. Con todo, el Tribunal de Justicia optó por seguir una interpretación restrictiva, como suele hacer respecto de aquellas materias en las que del Derecho de la Unión Europea enuncia una excepción para su aplicación. Así, ha sido contundente al determinar que “*el alcance de esas expresiones se limita a los supuestos en los que la transmisión tenga por objeto actividades propias del ejercicio del poder público*”¹⁶ o, empleando otros términos, a “*actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público*”¹⁷. Tan restrictiva es su interpretación que, de los numerosos asuntos que ha conocido sobre transmisiones que afectan a AAPP, únicamente ha aplicado la exclusión en el citado asunto *Henke* que, precisamente, motivó la inclusión de la previsión normativa. Desde la positivización del criterio en el artículo 1.1.c de la Directiva, no la ha vuelto a aplicar¹⁸.

A) En dicha sentencia, queda constancia que tiene lugar una Agrupación de Municipios al amparo de la Ley de Régimen Local alemana, que habilita para que los entes locales de reducido tamaño que se encuentren en una misma circunscripción se asocien “*con el fin de reforzar su poder administrativo*”. La Agrupación se crea mediante «convenio» o «acuerdo de derecho público» que determina el surgimiento de una entidad con personalidad jurídica propia de derecho público y plena capacidad de obrar. Pocos datos más aporta la sentencia, además de que la trabajadora que reclama por despido a consecuencia de la transmisión ejercía funciones de secretaria para el alcalde y que vio extinguido su contrato a resultas de la cesión de competencias. También de que entre las actividades cedidas había alguna con contenido económico, pero a juicio

¹² Con mayor detalle: *Ibid.*, pp. 4-7/17 pdf descargado.

¹³ STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C-343/98.

¹⁴ STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99.

¹⁵ Por todas, STJUE de 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C- 463/09, ap. 26. En este sentido: J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, 2016, p. 37.

¹⁶ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 54.

¹⁷ SSTJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16, ap. 34; de 13 de junio de 2019, *Correia Moreira*, asunto C- 317/19.

¹⁸ Como afirma MOLINA NAVARRETE “*reduciendo a estricta excepción la regla que en ella se contiene (la reorganización de funciones administrativas)*”. Cfr. C. MOLINA NAVARRETE, “Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 436, 2019, p. 12.

del Tribunal, de carácter meramente accesorio, afectando la transmisión principalmente a “*actividades propias del ejercicio del poder público*”, por lo que no aplicó la Directiva (ap. 17 y 18).

B) Algún dato más puede conocerse a través de las Conclusiones del Abogado General (Sr. Carl Otto Lenz). Se sabe que este tipo la Agrupación ejercería únicamente las funciones que el municipio le cediera, pero que en el caso enjuiciado, fueron cedidas todas las competencias, comportando el traslado de todos sus archivos y la disolución de la corporación municipal. También se sabe que la trabajadora, además de funciones de secretaría, se encargaba del fomento económico y de asuntos de turismo del municipio. Y que se le ofertó un puesto de trabajo en la Agrupación que rechazó porque era incompatible el cambio de localidad con el cuidado de su hijo, pero demandó cuando comprobó que tras la reorganización seguían desempeñándose las mismas funciones centradas en el municipio y además desarrolladas en el mismo lugar.

Aunque el TJUE no acoge las conclusiones del Abogado General, que estimaba que sí había transmisión de empresas, las mismas contienen importantes disquisiciones, sobre todo, en torno a los conceptos de «entidad económica» y de «empresa» en el Derecho comunitario. Además, señala que, atendiendo a la finalidad de la Directiva de proteger a los empleados afectados por una transmisión, el alcance de la exclusión no puede desconectarse tampoco del concepto de «trabajador» existente en la Directiva y en la jurisprudencia comunitaria.

a) Respecto a la primera cuestión, en el texto de las conclusiones se detalla que parte del ámbito de la cesión material del municipio está comprendido por las competencias del alcalde, esto es, funciones propias del autogobierno municipal (concesiones de permisos de obras, administración financiera e inmobiliaria municipal, representación del municipio, etc.). Pero, además de estas funciones propias de poder público, el Municipio desempeñaba también actividades de contenido económico (edificación de viviendas, arrendamiento de inmuebles públicos, servicios prestados a cambio de una remuneración como guarderías, transporte público, etc.). En este sentido, subraya que no se produce una cesión parcial de las competencias administrativas, sino que se transmiten todas las funciones de la entidad pública en su conjunto, lo que impide que puedan considerarse ambos ámbitos de forma separada. Defiende que el criterio de la exclusión del artículo 1.1.c no puede atenerse a la identificación de una actividad como «típica» de las AAPP o su calificación como «actividad propia de los poderes públicos».

b) Respecto a la segunda, se cuestiona si la distinta naturaleza de las actividades cedidas por el Municipio puede conducir a la exclusión de un empleado que desarrolla funciones de poder público mientras que el resto de empleados afectos a actividades económicas deben quedar protegidos, si a ambos se les aplican las mismas normas del Derecho nacional. O, más flagrante aún, si un trabajador desempeña simultáneamente ambos cometidos, discute la aplicación del criterio de «marginalidad» de la actividad económica para determinar su expulsión del ámbito de tutela de la Directiva cuando los dos tipos de funciones están vinculadas a la misma entidad organizativa transmitida. Señala que a la UE le interesa la el buen funcionamiento del mercado de trabajo en tanto en cuanto que es inescindible del mercado común. Por tanto, cuando las AAPP recurren a la contratación de trabajadores influyen en el buen funcionamiento de aquel, y si la

Directiva pretende proteger a los trabajadores ante reestructuraciones empresariales, permitir distintos niveles de protección en función de la naturaleza pública o privada del empleador daría lugar a la introducción de distorsiones en la competencia.

C) Como ya se ha avanzado, la disposición europea también alude a la noción de «actividad económica» que, aunque tampoco define, es imprescindible para definir el contenido de las «funciones administrativas» por contraposición entre ambos. Y es que, cuando las empresas públicas realicen una actividad económica, sea con ánimo de lucro o sin él, les será aplicable la norma comunitaria ante un eventual traspaso; en cambio, si una autoridad pública traspasa funciones administrativas a otra autoridad pública no será aplicable. Por consiguiente, la distinción entre actividad económica y funciones administrativas será decisiva para deslindar si la actividad objeto del traspaso queda o no sujeta a la Directiva¹⁹. No obstante, ni siquiera los Tratados de la Unión Europea definen estos conceptos. Es el TJUE quien ha delimitado mínimamente a qué se refieren, pero, en lugar de proporcionar una definición, lo ha hecho a través de la técnica de la subsunción, determinando qué actividades deben incluirse dentro de cada grupo y, proporcionando, a lo sumo, ciertos criterios que pueden usarse con carácter indiciario. Además, debe tenerse en cuenta que la trascendencia de los mismos no afecta únicamente al ámbito de aplicación de la Directiva sobre traspasos de empresas, sino que es de interés para otros ámbitos de la Política Social. Pero sobre todo son materias relevantes el Derecho de la Competencia (2.1) y las libertades de circulación (2.2), y así ha dejado constancia en sus sentencias en las que ha recurrido con frecuencia a aquellas otras materias para clasificar la actividad transmitida²⁰.

2.1. La influencia del concepto de «empresa» a la luz del Derecho de la Competencia: distinción entre «actividad económica» y «actividad de poder público»

A) El concepto de «actividad económica» está estrechamente vinculado al concepto de «empresa», elaborado jurisprudencialmente en el ámbito del Derecho de la Competencia. Tampoco esta última noción es definida por el Derecho derivado u originario de la Unión Europea, pero el TJUE ha indicado que *“el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza*

¹⁹ F. CAVAS MARTÍNEZ, “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario [Ref. BIB 2005/2804]”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 22, 2005, p. 9/11 pdf descargado, fecha de consulta 6 octubre 2016, en la BD Aranzadi Insignis. En el mismo sentido, J. L. GIL Y GIL, “Aplicabilidad de la transmisión de empresa a las administraciones públicas”, *Capital Humano*, n.º 236, 2009, p. 117; F. J. CALVO GALLEGO, “Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, *Temas Laborales*, n.º 114, 2012, p. 23; A. MERINO SEGOVIA, “Cesión en la gestión de servicios y asunción de la explotación de una actividad económica por una empresa pública (Sentencia de la Sala Sexta del TJUE, de 26-11-2015, Asunto C-509/2014)”, cit., p. 2/8 pdf descargado. D. MARTÍNEZ SALDAÑA, “La decisiva influencia del derecho comunitario en la sucesión de empresa: la Directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en AA.VV. (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Valencia, 2017, p. 32.

²⁰ SSTJUE de 8 de junio de 1994, *Comisión/Reino Unido*, asunto C-382/92, ap. 14; de 14 de septiembre de 2000, *Collino y Chiapero*, asunto C-343/98; de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 43-57.

una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”²¹. En este contexto una actividad económica es comprensiva de cualquier actividad “consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”. Además, el intérprete comunitario ha determinado que al concepto de empresa se le debe atribuir el significado que sea más adecuado a la luz de las finalidades de la Directiva aplicable²².

En este sentido, estableció que el hecho de que se trate una actividad «sin ánimo de lucro» o realizada sin contraprestación no impide su consideración como actividad económica a efectos de su traspaso²³. Tampoco es un obstáculo que se trate de una «actividad de interés general» y que se desarrolle en régimen de «servicio público administrativo» tras el traspaso, pues ello no excluye su carácter económico²⁴. En efecto, el órgano judicial europeo recuerda que “se han calificado como actividades económicas servicios que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo”²⁵.

B) Los precedentes judiciales sobre transmisión de empresa han considerado actividades económicas, prestadas directa o indirectamente por AAPP, las siguientes: la asistencia a personas toxicómanas²⁶; el servicio de ayuda a domicilio de personas desfavorecidas y el servicio de vigilancia y seguridad de un depósito sanitario²⁷; el servicios de limpieza y mantenimiento de una estación ferroviaria²⁸; los servicios de información y publicidad de la ciudad sobre los servicios y actividades que el municipio ofrece al público²⁹; la construcción de viales subterráneos y perforación de minas adjudicada por el Estado; la gestión de instalaciones públicas de telecomunicaciones³⁰; el servicio de transporte público de autobús³¹; el servicio de restauración colectiva de un colegio y un hospital públicos³²; la promoción y realización de actividades de formación destinadas a mejorar la situación social y profesional de demandantes de empleo y desempleados para mejorar su inserción o reinserción profesional³³; la gestión de actividades financiadas por el Gobierno en favor de la empresa y de la formación profesional de trabajadores, así como de los sistemas de información y de las bases de datos, del personal y de algunos

²¹ SSTJUE de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, asunto C-41/90, ap. 21; de 16 de noviembre de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, asunto C-244/94, ap. 14; de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, asunto C-55/96, ap. 21.

²² STJUE de 2 de octubre de 1991, *Vandevenne*, asunto C-7/90, ap. 6.

²³ STJUE de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, ap. 18.

²⁴ STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99, ap. 39.

²⁵ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 43 y 44.

²⁶ STJUE de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91.

²⁷ STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo y otros*, C-173 y 247/96.

²⁸ STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, asuntos C- 127 y 229/96 y 74/97.

²⁹ STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99.

³⁰ STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C-343/98.

³¹ SSTJUE de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C- 172/99; de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle*, asunto C-298/18.

³² STJUE de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Abler*, asunto C-340/01.

³³ STJUE de 11 de noviembre de 2004, *Delahaye*, asunto C-425/02.

locales³⁴; las funciones de asistencia y servicios sociales ejercidas por una mancomunidad de municipios³⁵; el control de pasajeros y equipajes de un aeropuerto³⁶; la limpieza de los colegios públicos y dependencias municipales y la limpieza viaria y mantenimiento de parques y jardines³⁷; la limpieza, mantenimiento y asistencia administrativa de escuelas públicas³⁸; el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en una terminal ferroviaria³⁹; un conjunto de diversas actividades desarrolladas por una empresa pública entre las que se encuentran la gestión del sistema de transporte, la gestión de los equipos de desarrollo económico (mercado de ventas al por mayor, recinto ferial y de exposiciones y pabellón multiusos), la gestión de la venta ambulante y de los mercados y ferias tradicionales, la gestión del espacio público (incluida la actividad publicitaria), la ocupación de la vía pública y el estacionamiento público urbano aéreo y subterráneo, la gestión de los equipos colectivos y la prestación de servicios en el ámbito de la educación, la acción social, la cultura y el deporte, en particular el funcionamiento del teatro municipal, de la granja pedagógica y de los centros de servicios a la comunidad⁴⁰; la vigilancia y seguridad de instalaciones marítimas de puerto, puerto deportivo y muelle⁴¹; el servicio de vigilancia de un Museo Público⁴²; el servicio municipal de escuela de música⁴³; y las actividades de construcción de buques de guerra y mercantes, la reparación de buques, la construcción y reparación de submarinos, así como la construcción y reparación de vehículos ferroviarios desarrolladas por una sociedad pública⁴⁴.

C) A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la delimitación de actividad económica en el marco de los cometidos desarrollados por administraciones públicas ha evolucionado al compás del concepto de servicio público, elaborado por la Unión Europea en el seno del Derecho de la Competencia. De forma más exacta, el artículo 106.2 TFUE hace referencia a «servicios de interés económico general» (SIEG), que quedan plenamente sometidos a las reglas de la competencia empresarial, en coherencia con la ideología liberalizadora y privatizadora que impregnó las políticas de la Unión desde los años setenta. De manera muy simplificada, el Derecho de la Unión distingue entre este tipo de servicios que tienen un carácter económico y otros que no, omitidos por el Tratado pero identificados en otros documentos redactados por las instituciones comunitarias⁴⁵ (*Comunicación de la Comisión Europea, de 26 de septiembre de 1996,*

³⁴ STJUE de 26 de mayo de 2005, *Celtec*, asunto 478/03.

³⁵ ATJUE de 26 de mayo de 2005, *Sozialhilfverband Rohrbach*, asunto C- 297/03.

³⁶ STJUE de 15 de diciembre de 2005, *Nurten Güney-Görres y otros*, asuntos C-232 y 233/04.

³⁷ STJUE de 29 de octubre de 2010, *UGT-FSP*, asunto C-151/09; de 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C-463/09; de 26 de marzo de 2020, *Govaerts*, asunto C-344/18.

³⁸ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10.

³⁹ STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14.

⁴⁰ STJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16; de 13 de junio de 2019, *Correia Moreira*, asunto C- 317/19.

⁴¹ STJUE de 19 de octubre de 2017, *Securitas*, asunto C-200/16.

⁴² STJUE de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo*, asunto C-60/17.

⁴³ STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17.

⁴⁴ STJUE de 13 de junio de 2019, *Ellinika Nafpigeia*, asunto C-664/17.

⁴⁵ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general. Tomo XIV: La actividad regulatoria de la Administración*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 93 y ss.

sobre los «servicios de interés general en Europa»⁴⁶; Libro Verde, de 21 de mayo de 2003, presentado por la Comisión Europea sobre los «servicios de interés general»⁴⁷; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, «Libro Blanco sobre los servicios de interés general»⁴⁸.

En estos textos, el más amplio concepto de «servicios de interés general» (SIG)⁴⁹ es omnicompreensivo tanto de los «servicios de interés económico general» (SIEG)⁵⁰ como de los «servicios no económicos de interés general» (SNEIG)⁵¹. Complementa la clasificación las categorías de «servicio universal»⁵² y el concepto «misiones» u «obligaciones de servicio público»⁵³. Matizan todas las disposiciones citadas que los conceptos de SIG y SIEG no se deben confundir con la expresión «servicio público», que contemplan muchos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y que puede adquirir diversos significados que van desde entender que se trata de un servicio dirigido al público en general (destinatario), a aludir a la existencia de una obligación de interés general impuesta por un Estado (misión) o, en fin, referirse al estatuto jurídico de la entidad que lo dispensa, esto es, un autoridad pública (propiedad).

Como punto de partida, el derecho comunitario no prejuzga la forma pública o privada, directa o indirecta, en que se dispensen dichos servicios en el territorio de cada Estado miembro («principio de neutralidad»). Ahora bien, si el servicio en cuestión tiene carácter económico, es decir, es susceptible de explotación y obtención de un aprovechamiento económico en un sistema de mercado, debe prestarse con pleno sometimiento a las reglas de la competencia para permitir

⁴⁶ Bruselas 26-09-96; COM (96) 281/03.

⁴⁷ Bruselas 21-05-03; COM (2003) 270 final.

⁴⁸ Bruselas 12-05-04; COM (2004) 374 final.

⁴⁹ «El término «servicios de interés general» no figura en el Tratado. En la práctica comunitaria, deriva de la expresión «servicios de interés económico general», que sí recoge el Tratado. Más amplio que este último, abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público» (Libro Verde).

⁵⁰ «En la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público» (Libro Verde).

⁵¹ «El presente Libro Verde aborda principal, pero no exclusivamente, cuestiones relacionadas con los «servicios de interés económico general», en consonancia con el propio Tratado, que se centra principalmente en las actividades económicas. La expresión «servicios de interés general» solo se utiliza en el presente documento cuando el texto alude también a los servicios no económicos o cuando no es necesario precisar la naturaleza económica o no económica de los servicios a los que se hace referencia [el subrayado es mío].

⁵² «Desarrollado por las Instituciones de la Comunidad, este concepto evolutivo define un conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse en toda la Comunidad las actividades de telecomunicaciones o de correos, por ejemplo. Las obligaciones que derivan de este servicio tienen por objeto garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible» (Comunicación 1996).

⁵³ «Alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitario» (Libro Verde).

una mayor cohesión económica y social en el mercado único. En este sentido, la Unión sí que ha ejercido, a través de sus políticas comunitarias, cierta influencia en la forma en la que los poderes públicos cumplen sus obligaciones de servicio público con los ciudadanos, que ha provocado la transición desde un modelo de prestación directa por las autoridades públicas, al cada vez más habitual de prestación por operadores económicos mediante fórmulas de colaboración público-privada, reservándose aquellas autoridades la potestad para definir los objetivos del servicio público, supervisar, regular y –en su caso– financiarlos.

Así, la distinción entre SIEG y SNIEG es relevante por cuanto que determina la intensidad de la intervención de la Unión Europea en su regulación⁵⁴. Mientras que ambos se rigen por los principios de no discriminación, libre circulación de personas y normas sobre contratación pública, solo los primeros quedan sometidos a la libertad de prestación de servicios, el derecho de establecimiento y las normas en materia de competencia y ayudas estatales del Tratado.

En la *Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de enero de 2001, sobre «servicios de interés general en Europa»*⁵⁵, se alistaron una serie de actividades con ausencia de carácter económico que se identificaban, básicamente, con “*asuntos que son intrínsecamente prerrogativas del Estado (tales como garantizar la seguridad interior y exterior, la administración de la justicia, la política de asuntos exteriores y otros ejercicios del poder público) [que] están excluidos de la aplicación de las normas de competencia y mercado interior*”. En esta, además, se hacía referencia a la constante labor del TJUE pronunciándose sobre concretas actividades para calificarlas como actividad económica o prerrogativas de poder público. Así, el control de navegación aérea⁵⁶ o el servicio de vigilancia de contaminación por vertido de hidrocarburos al mar⁵⁷ que ejercen facultades de policía, comprensivas de cometidos de poder público. También se aludía a servicios como la educación nacional, a los regímenes básicos obligatorios de Seguridad Social, o a ciertas actividades llevadas a cabo por organizaciones que desempeñan ciertas funciones sociales sin ánimo de lucro y que no constituyen actividades comerciales o industriales.

Sin embargo, posteriormente, en el «Libro Verde» se ponía de manifiesto la tendencia creciente a admitir, cada vez más, el contenido económico de actividades que deben calificarse como SIEG, por lo que no resultaría posible elaborar un listado cerrado de todos los servicios que pueden considerarse no económicos. A esta lógica responde pues la *Comunicación de la*

⁵⁴ Y cuya intensidad regulatoria por la UE ha variado, en función del «principio de subsidiariedad», según se traten de «SIEG prestados por grandes industrias de redes» (telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, gas, transportes, etc.), sometidos a ciertas obligaciones específicas impuestas por los Tratados; «otros SIEG» (gestión de residuos, abastecimiento de agua, etc.), no sujetos a un régimen regulador comunitario, pero cuya prestación y organización está sometida a las normas en materia de mercado interior, competencia y ayudas estatales, etc.; «servicios de naturaleza no económica y servicios sin efecto en el comercio», no sujetos a normas específicas comunitarias ni tampoco a las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales del Tratado.

⁵⁵ Bruselas 19-01-01; COM (2001) 17/04.

⁵⁶ STJUE de 19 de enero de 1994, *Eurocontrol*, asunto 364/92. Incluso, la STJUE de 13 de noviembre de 1975, *General Motors* (asunto C- 26/75) desestimó que se excluyera del concepto de empresa el hecho de que una entidad privada ejerciera funciones de Derecho público.

⁵⁷ STJUE de 18 de marzo de 1997, *Calí y Fligi*, asunto C-343/95.

Comisión, de 26 de abril de 2006, sobre la «aplicación del programa comunitario de Lisboa Servicios sociales de interés general en la Unión Europea»⁵⁸ que incluye ciertos «servicios sociales de interés general» como la educación y la sanidad. En el mismo sentido, el TJUE ha seguido una interpretación expansiva atribuyendo la naturaleza de «actividad económica», entre otras, a actividades como la colocación de mano de obra e intermediación laboral⁵⁹, los servicios de hospitalización y asistencia sanitaria dispensados gratuitamente a los ciudadanos en virtud del sistema de Seguridad Social⁶⁰, o la gestión del acceso y las infraestructuras aeroportuarias⁶¹.

En definitiva, es la ausencia de utilidad económica lo que permite la exclusión de estos SNIEG, en el sentido de que no son susceptibles de explotación por terceros. Así pues, las prerrogativas de poder público o el ejercicio de funciones administrativas no interesan al Derecho de la Unión y, más concretamente a la Directiva 2001/23/CE, en tanto en cuanto que no pueden constituir una actividad económica explotable por empresas públicas o privadas y, en consecuencia, no pueden entenderse como una entidad económica susceptible de traspaso⁶². Por ello, algunos autores que han estudiado la excepción en materia de transmisión de empresa convienen en que la misma tiene un carácter más declarativo que constitutivo, pues los traspasos de facultades administrativas entre autoridades públicas no pueden identificarse con la transmisión de una empresa, entendida como el conjunto de medios organizados para desarrollar una actividad de carácter económico⁶³.

En este sentido, la posibilidad de que una actividad de titularidad pública sea encomendada a operadores económicos ha sido usado por el TJUE como un indicio o criterio clásico para identificar el carácter económico y descartar la existencia de prerrogativas de poder público⁶⁴. Debe tenerse en cuenta que el marco normativo comunitario actual sobre contratación pública

⁵⁸ Bruselas 26-04-06; COM (2006) 177 final.

⁵⁹ STJUE de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, asunto C-55/96.

⁶⁰ STJUE de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerboms*, asunto 157/99 y toda la jurisprudencia que cita.

⁶¹ STJUE de 24 de octubre de 2002, *Aéroports de Paris*, asunto C-82/01.

⁶² En este sentido, S. DEL REY GUANTER; D. MARTÍNEZ FONS; R. SERRANO OLIVARES, “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 58, 2005, p. 224. J. L. GIL Y GIL, “Aplicabilidad de la transmisión de empresa a las administraciones públicas”, cit., p. 116. F. J. CALVO GALLEG0, “Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 223.

⁶³ F. J. CALVO GALLEG0, “Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 221. En el mismo sentido: S. DE SOTO RIOJA, “Sucesión de empresas y contratos: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional [Ref. TOL5.537.089]”, cit., p. 4/47 pdf descargado. Alguna voz discordante, entiende que la excepción prevista en el art. 1.1.c Directiva debería aplicarse en tanto que la referencia a «actividad económica» que realiza la misma debe entenderse únicamente formulada a servicios liberalizados (E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos [Ref. BIB 2018/11491]”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 193, 2018, p. 4/20 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 9 enero 2020.

⁶⁴ STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C-343/98, ap. 33; de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 43 y ss.

excluye de su ámbito de aplicación la encomienda al sector privado de actividades propias de poder público (art. 10 Directiva 2014/23/UE y 2014/24/UE).

2.2. La influencia del concepto de «trabajador» a la luz de las libertades de circulación y la Política Social: el carácter restrictivo de la excepción

La contribución del Derecho europeo a la delimitación entre las actividades propias de poder público exceptuadas de su aplicación y actividades económicas afectadas por aquel también ha provenido de otros sectores normativos. Estos, se han ocupado de trazar la frontera entre ambas para delimitar la noción de «trabajador» relevante a efectos tanto de la aplicación de la libertad de circulación prevista en el artículo 45 TFUE que, a su vez, ha traspasado al ámbito de la Política Social europea para garantizar una aplicación uniforme. Sin perjuicio de que este tema se desarrolle posteriormente, conviene hacer aquí alguna precisión en torno a la excepción a la libertad de circulación en «los empleos en la administración pública».

De nuevo, el TJUE ha dictaminado que no son actividades económicas los empleos que, pese a ejercerse en el marco de una estructura que podría calificarse como una entidad económica están relacionados con el ejercicio del poder público⁶⁵. Pero también ha identificado estos empleos con los definidos en su propia jurisprudencia relativa a la libertad de circulación de trabajadores y la excepción prevista en el artículo 45.4 TFUE. Es decir, únicamente admite excluir aquellos empleos cuyas funciones impliquen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en la salvaguardia de los intereses generales del Estado⁶⁶.

Por ello, cuando en el marco de un procedimiento judicial en torno a la excepción prevista en el artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE, se le ha solicitado que precise si la misma afecta a cualquier trabajador inmerso en una operación de reorganización administrativa, el TJUE también ha puesto límites para evitar su desbordamiento atendiendo al concepto de «empleo» en las Administraciones Públicas, en el bien entendido de que única y exclusivamente cuando aquellos desempeñen funciones relacionadas con facultades propias de autoridad pública podrán quedar extramuros de las garantías de la transmisión de empresas. Y es que, como pone de manifiesto en la STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon* (asunto C-108/10), “*nada justificaría ampliar esa jurisprudencia en el sentido de que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración, no pudieran disfrutar de la protección de la Directiva por el único motivo de que esa transferencia forme parte de una reorganización de dicha administración*” (ap. 57). Continúa reafirmando e insistiendo en que “*es importante considerar al respecto que si se acogiera tal interpretación cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la*

⁶⁵ STJUE de 15 de octubre de 1996, *Henke*, asunto C-298/94, ap. 24; de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo y otros*, C-173 y 247/96, ap. 24.

⁶⁶ Línea hermenéutica comenzada con la STJUE de 12 de febrero de 1974, *SOTGIU*, asunto C-152/73. En el mismo sentido: SSTJUE de 2 de julio de 1996, *Comisión/Grecia*, asunto C-290/94; de 2 de julio de 1996, *Comisión/Bélgica*, asunto C-173/94; de 2 de julio de 1996, *Comisión/Luxemburgo*, asunto C-473/93.

autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de una reorganización de personal. De esa forma, importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del TJUE podrían quedar privadas de la protección. Ese resultado sería difícilmente conciliable tanto con el texto del artículo 2 de ésta, según el cual puede ser cedente o cesionario cualquier persona física o jurídica que tenga la calidad de empresario, como con la necesidad, habida cuenta del objetivo de protección social que persigue dicha Directiva, de interpretar las excepciones a su aplicación de manera estricta” (ap. 58). Concluye, por consiguiente, que esta interpretación restringida no debe entenderse como que la norma comunitaria pretende afectar a la facultad autoorganizativa que tienen las AAPP para racionalizar sus estructuras, sino que trata de extender la misma tutela laboral que resultaría aplicable al sector privado, con la única exclusión de aquellas actividades que no tienen contenido económico y cuyos empleados desarrollan funciones que afectan a las prerrogativas y funciones analizadas.

Desde este sector normativo también se han dictado algunos instrumentos o disposiciones de carácter no normativo que tratan de aportar luz a cuáles son los empleos públicos afectados por el ejercicio de funciones de poder público a efectos del Derecho de la Unión Europea⁶⁷.

Así, la *Comunicación de la Comisión, de 18 de marzo de 1988, sobre «la libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la administración pública de los Estados miembros»*⁶⁸, tratando de concretar la expresión «empleos en la administración pública» recogida en el Tratado, considera que la excepción a la libertad de circulación “se refiere a las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden serle asimiladas, como son las fuerzas armadas, la policía y las otras fuerzas de orden público; la magistratura; la administración fiscal y la diplomacia. Además, se consideran incluidos en esta excepción los empleos en los ministerios del Estado, de los gobiernos regionales, de las colectividades territoriales y de otros organismos asimilados y de los bancos centrales, en la medida en que se trate del personal (funcionarios y otros agentes) que realiza las actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra persona moral de derecho público, actividades tales como la elaboración de los actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes. En consecuencia, la intervención que la propia Comisión se propone emprender no se refiere a tales empleos”. No obstante, pone de relieve que la situación más frecuente de empleo en la administración pública no se corresponde con esta realidad, por lo que solo muy excepcionalmente las ocupaciones quedarán incluidas en la excepción del artículo 45.4 TFUE. En este sentido, en ese momento, la Comisión declaraba su intención de dirigir su atención e intervención de forma prioritaria a sectores tales como la gestión de servicios comerciales (transportes públicos, distribución de electricidad o gas, navegación aérea o marítima, correos,

⁶⁷ Con mayor detalle véase: L. J. DUEÑAS HERRERO, “Capítulo 44. Empleo Público”, en AA.VV. (Dir. María Emilia Casas Baamonde y Román Gil Alburquerque) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª Edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 1244 y ss.

⁶⁸ Bruselas 18-03-88; COM (88) 72/02.

telecomunicaciones, radiotelevisión, etc.), servicios de salud pública, enseñanza pública, etc. Además, respecto a estas, señala que puede comprobarse como también pueden dispensarse en el sector privado, lo que excluye su consideración como funciones públicas administrativas.

En la posterior *Comunicación de la Comisión, de 11 de febrero de 2002, «la libre circulación de trabajadores – La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades»*⁶⁹ precisa que, en el marco de la libre circulación de trabajadores en la administración pública, la identificación de las funciones de poder público no se corresponde con ningún sector de actividad en general, sino que está relacionada con el puesto de trabajo en particular. De este modo, a estos efectos, solo existen dos categorías de puestos: los que implican el ejercicio del poder público o la responsabilidad de proteger el interés general del Estado y todos los demás. En estos últimos casos, es como si se estuviera en una relación profesional entre particulares⁷⁰.

III. LA IRRELEVANTE FALTA DE PREVISIÓN ESPECÍFICA DEL ARTÍCULO 44 ET

El artículo 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, no transpuso el artículo 1.1.c Directiva 98/50, de modo que la norma laboral interna sobre sucesión de empresas no se pronuncia sobre su aplicación a las Administraciones Públicas ni sobre la posibilidad de excluir ciertas operaciones de traspaso en las que estas participen.

En cuanto al sometimiento de las entidades de derecho público a la institución laboral, nuestros tribunales ya venían entendiéndolo así de forma pacífica y sin fisuras desde los tiempos en que quedaba regulada por la LCT. Al respecto, la doctrina científica justificaba la equiparación plena a la norma comunitaria en base a los siguientes argumentos:

A) En primer lugar, porque aunque el artículo 44 ET no dijese nada expresamente, es una consecuencia derivada de la aplicación del Derecho del Trabajo a la Administración cuando contrata personal en régimen laboral. El Tribunal Constitucional ya había manifestado en reiteradas ocasiones que cuando las AAPP forman parte de las relaciones de trabajo privadas, actúan con pleno sometimiento a la normativa laboral en los mismos términos que cualquier empleador privado (STC n.º 205/1987, de 21 de diciembre, FJ 3)⁷¹. Por tanto, había un amplio consenso en que la extensión del derecho privado laboral a los organismos públicos incluye el régimen de la sucesión de empresa⁷².

⁶⁹ Bruselas 11-02-02; COM (2002) 694 final.

⁷⁰ L. J. DUEÑAS HERRERO, "Capítulo 44. Empleo Público", cit., p. 1252.

⁷¹ De forma expresa sobre un supuesto de transmisión: STCT de 21 de diciembre de 1987.

⁷² Por todos, T. SALA FRANCO, "Efectos laborales de la transmisión de empresas: Normas comunitarias y Derecho español", cit., p. 1762; T. SALA FRANCO; J. M. GOERLICH PESET, "La sucesión de empresa en la Administración Pública", *Poder Judicial*, n.º 8, 1987, p. 2/5 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant online el 25 septiembre 2017. L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 206; E. GONZÁLEZ BIEDMA; F. J. CALVO GALLEGU, "Las relaciones de trabajo en las empresas públicas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1992, p. 302 y ss. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 337 y ss.; E. ROJO TORRECILLA, "La relación del

B) En segundo lugar, porque el silencio de la norma nacional tampoco puede evitar que se aplique el derecho comunitario en sus propios términos, bien tomando en cuenta la interpretación del TJUE anterior a la reforma de la Directiva (por ejemplo, asuntos *Henke* o *Hernández Vidal*) o bien desde la inclusión del artículo 1.1.c. De este modo, tan solo con que el Derecho europeo así lo prevea ya despliega efectos vinculantes para los poderes públicos nacionales. Y ello es así, de un lado, por la vigencia «principio de interpretación conforme» de la norma nacional con la finalidad y objetivos de la disposición europea y, del otro, por la aplicación del «principio de primacía» ante supuestos más extremos en que una norma nacional se manifiesta *contra legem*, permitiría acoger la idea de que la norma comunitaria no ha sido transpuesta o lo ha sido de forma incorrecta o insuficiente. En cualquier caso, la invocación frente al Estado como empleador o como autoridad pública comporta una «aplicación directa» de la Directiva⁷³.

C) Y en tercer lugar, porque nuestros tribunales también han aplicado el artículo 44 a la transferencia de competencias entre distintas Administraciones Públicas. Esta opción jurisprudencial ha sido explicada por la posibilidad de aplicar o adoptar disposiciones más favorables debido al carácter de mínimos de la Directiva 2001/23/CE (art. 8)⁷⁴. De este modo se entendía que, al no prever excepción a la regla general las reorganizaciones administrativas y los trasposos de funciones administrativas, la norma será aplicable cada vez que se constate la concurrencia de los requisitos generales para la aplicación de la normativa laboral⁷⁵. Además, se ha defendido la validez de que la mejora sea por vía interpretativa en sede judicial y no necesariamente a través de disposiciones legales, reglamentarias o de negociación colectiva como señala expresamente la norma comunitaria⁷⁶.

personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2000, p. 103; F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 61; J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 32.

⁷³ Entre otros: T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 42. F. J. CALVO GALLEGO, “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 222. J. AÑÓN CALVETE, “Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre) [en línea]”, cit.

⁷⁴ Por todos, F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 42; J. L. GIL Y GIL, “Aplicabilidad de la transmisión de empresa a las administraciones públicas”, cit., p. 117; F. J. CALVO GALLEGO, “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 221; J. MORENO GENÉ, “La integración de estudios universitarios sin transmisión de elementos materiales como supuesto de sucesión empresarial y sus efectos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 5 de marzo de 2015)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 41, 2015, p. 279; S. DE SOTO RIOJA, “Sucesión de empresas y contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional [Ref. TOL5.537.089]”, cit., p. 7/47 pdf descargado; J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 37.

⁷⁵ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 34.

⁷⁶ T. GÓMEZ ÁLVAREZ, “Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el artículo 1.1 c) de la Directiva 23/2001: la interpretación del TJCE y de los Tribunales españoles [Ref.

Ahora bien, en los casos en los que la Administración actúa como cedente traspasando una actividad prestada por empleados públicos con régimen jurídico administrativo, se ha venido entendiendo que quedan extramuros de la protección de la normativa laboral, con independencia de las funciones que ejerzan⁷⁷. Cuestión esta que, a mi juicio, puede parecer clara por cuanto que son relaciones profesionales no sujetas a la legislación laboral nacional –con independencia de las funciones ejercidas–, pero que podría discutirse desde la óptica comunitaria, aunque aún no haya un pronunciamiento expreso del TJUE sobre la Directiva 2001/23/CE en este sentido.

1. La Ley de Presupuestos Generales del Estado y Ley de Contratos del Sector Público de 2017 como normas de transposición tardías

A) La Ley de Presupuestos Generales del año de 2017 introdujo la Disposición Adicional 26 que trataba de abordar de forma directa la cuestión de la reversión de contrataciones públicas. Dentro de esta polémica disposición que comprendía normas de carácter aparentemente contradictorio, había una previsión que rezaba así: “*Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral*”. Al margen del sentido de esta declaración expresa de la aplicabilidad de las normas laborales –no discutida en la práctica judicial– en el conjunto de la norma presupuestaria, un sector de la doctrina afirmó que la función de la misma respondía a transponer el artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE⁷⁸ (eso sí, en todo caso parcialmente porque nada más decía respecto a la excepción de la norma comunitaria). Con todo, la DF 42 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado derogó este pasaje de la DA 26 LPGE, manteniendo la vigencia del resto hasta que la STC n.º 122/2018, de 31 de octubre anuló casi todo su contenido⁷⁹.

B) No obstante, poco después de la aprobación de la ley presupuestaria del ejercicio 2017 se aprobó también la LCSP cuyo artículo 130.3 dispone que “*en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general*”. De nuevo esta norma ha sido entendida como norma de transposición del ámbito

LA LEY 5913/2002”, cit., p. 6/17 pdf descargado. Segunda esta tesis: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 36.

⁷⁷ J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Madrid, 2001, p. 428; W. SANGUINETI RAYMOND, “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de derecho social*, n.º 39, 2007, p. 30; J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 36.

⁷⁸ Entre otros, F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., pp. 56-57. Es más, consideraba el autor que podía comportar incluso una ampliación del ámbito de aplicación del art. 44 ET, por cuanto que dicha previsión hacía referencia también a los supuestos previstos en el apartado Uno letra b): reestructuraciones dentro del sector público.

⁷⁹ Véase capítulo noveno, apartado II.2.

de aplicación de la Directiva⁸⁰. Con todo, también debe aclararse que si ello fuera así la transposición sería parcial, porque no prevé la excepción respecto a las reorganizaciones administrativas que comprendan el traspaso de facultades de poder público y porque solo hace referencia a una operación concreta: aquella en que la Administración participa como cesionaria y la empresa cedente es una empresa privada en el marco de un cambio de forma de gestión de los servicios y actividades adjudicadas a través del mecanismo de la contratación pública.

Eso sí, es precisamente esta operación la que interesa para este estudio, por lo que el legislador no deja duda alguna sobre su voluntad de que las reglas sobre sucesión de empresas deban aplicarse a las reversiones de contratos públicas.

Tres enmiendas de tres grupos parlamentarios distintos propusieron la introducción de este apartado tercero del artículo 130 LCSP⁸¹ en el Proyecto de Ley. La justificación de aquellas era *“aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las AAPP las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados”*. Al respecto debe señalarse que el sentir general de esta motivación es totalmente coherente con el espíritu del Derecho comunitario. La cuarta generación de Directivas transpuestas mediante la LCSP (Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2015/25/UE) no contienen una previsión equivalente al precepto analizado, por lo que no puede afirmarse que transponga ningún pasaje de aquellas. No obstante, tanto el artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE como las Directivas en materia de contratación pública comparten un mismo fin: la defensa de la competencia. En este sentido, el considerando n.º 10 de la Directiva 2014/24/UE precisa que *“un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil”*. En consecuencia, parece que la finalidad del artículo 130.3 es evitar la diferente aplicación de la normativa laboral atendiendo únicamente a la naturaleza pública o privada del empleador, que pueden suponer distorsiones en la competencia empresarial.

2. La normalización en la jurisprudencia española

A) En cualquier caso, más allá de la seguridad jurídica que puede aportar ante la problemática laboral que se ha suscitado en los últimos años en torno a la recuperación de

⁸⁰ D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contratos en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2019, p. RR-7.2, fecha de consulta en la BD Aranzadi ProView el 29-05-19.

⁸¹ Enmiendas n.º 252, 595 y 877 introducidas (respectivamente) por Esquerra Republicana, Grupo parlamentario Socialista y Grupo Mixto/PDeCAT (BOGC de 02-08-17).

servicios públicos, el artículo 130.3 LCSP no aporta ninguna novedad a las transmisiones de empresas que afectan a AAPP⁸². Y es que la jurisprudencia interna no ha dudado en aplicar las garantías previstas en la norma a los trabajadores inmersos en estos procesos de transmisión de empresa en los que la cedente es una empresa privada y la cesionaria una Administración⁸³.

No parece ocioso resaltar que, en algunos procesos antiguos de traspasos que terminaron con la incorporación de personal proveniente de empresas privadas en AAPP, no se discutía judicialmente la integración en sí misma, con frecuencia ordenada por su normativa especial, sino que una vez efectuada se pretendía dirimir el alcance de la subrogación respecto a concretas condiciones de trabajo⁸⁴. Así como que el Tribunal Supremo ha determinado que la transmisión impuesta por dicha norma particular, aunque no se refiera explícitamente a la institución laboral, es considerada como una suerte de *lex specialis* equiparable al artículo 44 ET que no puede contravenir las garantías mínimas que aquel instruye⁸⁵.

Del considerable volumen de sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se aplica la transmisión de empresa en operaciones en que la Administración participa como entidad cesionaria, la gran mayoría de casos referidos a supuestos de reversión de concesiones. Incluso, en aquellos en los que finalmente no se aprecia transmisión por falta de concurrencia de los requisitos jurisprudenciales básicos, no parece que para nuestros órganos judiciales sea problemática la cuestión de si la actividad transmitida tiene o no carácter económico. Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse las actividades y servicios siguientes:

a) Supuestos de asunción directa de servicios educativos varios de competencia autonómica y, en algún caso municipal, como guarderías⁸⁶ y escuelas infantiles⁸⁷, escuelas de enseñanza general⁸⁸, escuelas de música⁸⁹, institutos de educación secundaria y de Bachillerato⁹⁰,

⁸² S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, "Reversión de contratados públicos y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017", en AA.VV. (AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 6/14 pdf descargado.

⁸³ Entre otras: SSTS de 13 de marzo de 1990; de 5 de febrero de 1991; de 21 de marzo de 1992, rec. 697/91; de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00; de 21 de febrero de 2008, rec. 4680/06; de 30 de mayo de 2011, rec. 2192/10.

⁸⁴ Por ejemplo, en los supuestos de integración de las escuelas ikastolas privadas en la red educativa pública (SSTS de 3 de abril de 1996, rec. 3098/95; de 15 de diciembre de 1998 (3), rec. 4424/97, 4979/97 y 94/1998). En el mismo sentido, sobre la integración del organismo «Medios de Comunicación Social del Estado» en el ministerio correspondiente (SSTS de 4 de julio de 1988; de 5 de diciembre de 1992, rec. 425/92).

⁸⁵ STS de 4 de julio de 1988. En el mismo sentido, las SSTCT de 17 de noviembre de 1988

⁸⁶ SSTSJ Galicia de 15 de julio de 2005, rec. 2187/05; de 18 de julio de 2005, rec. 2395/05; de 1 de septiembre de 2005 (2), rec. 2161 y 2382/05.

⁸⁷ SSTS de 26 de marzo de 2019, rec. 1916/17; de 12 de marzo de 2020, rec. 1916/17.

⁸⁸ SSTS de 14 de mayo de 1990 (compra de colegio a asociación de padres); de 24 de julio de 1995, rec. 3353/94 (compra de colegio a orden religiosa); de 3 de abril de 1996, rec. 3098/95; de 15 de diciembre de 1998 (3), rec. 4424/97, 4979/97 y 94/1998 (integración ikastolas en sistema público).

⁸⁹ STS de 17 de noviembre de 2014, rec. 79/14. STSJ Castilla y León, Valladolid de 25 de julio de 2012, rec. 1280/12.

⁹⁰ SSTCT de 23 de noviembre de 1988; de 27 de mayo de 1988. Igualmente: SSTCT de 29 de mayo de 1974; de 30 de mayo de 1974; de 4 de junio de 1974; de 26 de junio de 1974; de 9 de julio de 1974.

centros de enseñanza universitaria⁹¹, estudios de formación profesional⁹², etc. Así como actividades auxiliares o complementarias a estas como el servicio de cocina en escuela infantil⁹³, la limpieza⁹⁴, limpieza y cocina⁹⁵, mantenimiento⁹⁶, catering y asistencia en comedor⁹⁷, servicio de comedor escolar⁹⁸, colegio mayor⁹⁹, transporte escolar¹⁰⁰, etc.

b) Servicios de prestación de asistencia sanitaria y hospitalaria: integración de hospitales privados en la red pública¹⁰¹, unidades de radiodiagnóstico¹⁰², unidad de cuidados paliativos domiciliarios¹⁰³, servicio de detección precoz del cáncer de mama¹⁰⁴, transporte sanitario¹⁰⁵, etc. Y, por supuesto, también sus servicios auxiliares y complementarios: servicio de restauración colectiva en hospitales¹⁰⁶, comedor¹⁰⁷, digitalización de historias clínicas¹⁰⁸, etc.

c) La gestión y prestación de servicios sociales asistenciales de competencia autonómica y local. Entre otros: residencias geriátricas¹⁰⁹, pisos tutelados¹¹⁰; servicio de ayuda domiciliaria¹¹¹; centros de atención a la mujer¹¹², centro de día de atención a personas mayores¹¹³, servicio de

⁹¹ STS (CA) de 5 de octubre de 1989; STS (CA) de 15 de mayo de 1992, rec. 1162/90. Entre otras muchas relativas a la integración de las escuelas sociales en universidades públicas: SSTSJ C. Valenciana de 8 de febrero de 2000, rec. 755/97; de 2 de junio de 2005, rec. 3575/04; STSJ Cantabria de 30 de julio de 2004, rec. 755/04; STSJ de Castilla y León, Valladolid de 20 de marzo de 2006, rec. 259/06.

⁹² STSJ Castilla La Mancha de 19 de marzo de 2013, rec. 641/13; de 6 de febrero de 2014, rec. 547/13; de 10 de febrero de 2014, rec. 1036/13.

⁹³ SSTSJ Murcia de 22 de enero de 2020, rec. 955/19; de 5 de febrero de 2020, rec. 1085/19.

⁹⁴ STSJ Castilla y León, Valladolid de 9 de noviembre de 2011, rec. 1693/11.

⁹⁵ STS de 25 de octubre de 1996, rec. 804/96.

⁹⁶ SSTS de 9 de febrero de 2016, rec. 1674/15; de 16 de junio de 2016, rec. 2390/14.

⁹⁷ STS de 12 de julio de 2016, rec. 349/15.

⁹⁸ SSTS de 9 de diciembre de 2016, rec. 1046/16; de 26 de enero de 2017 (2), rec. 2982 y 2847/15; de 26 de marzo de 2019, rec. 1916/17; de 12 de marzo de 2020, rec. 1916/17. STSJ Castilla y León, Burgos, de 20 de febrero de 2019, rec. 68/19. En el mismo sentido: STSJ Cataluña de 1997, rec. 6335/96.

⁹⁹ STS (CA) de 5 de octubre de 1989.

¹⁰⁰ STSJ Andalucía, Sevilla, de 19 de septiembre de 2019, rec. 2220/18.

¹⁰¹ SSTSJ Andalucía, Granada de 9 de septiembre de 1996, rec. 813/96; Málaga de 4 de abril de 1997; Sevilla, de 13 de octubre de 1998, rec. 423/98; STSJ Extremadura de 16 de junio de 2000, rec. 164/00; SSTS (CA) de 19 de febrero de 1999, rec. 8873/92; de 18 de septiembre de 2001, rec. 3459/97.

¹⁰² SSTS de 23 de octubre de 2009, rec. 2684/08; de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07.

¹⁰³ STS de 25 de noviembre de 2020, rec. 684/18.

¹⁰⁴ STSJ Andalucía, Granada de 8 de febrero de 2012, rec. 2804/11.

¹⁰⁵ STS de 18 de febrero de 2020, rec. 1682/17.

¹⁰⁶ SSTS de 21 de febrero de 2008, rec. 4680/06; de 28 de mayo de 2008 (2), rec. 4531 y 4627/06; de 29 de mayo de 2008, rec. 5050/06; de 12 de junio de 2008, rec. 57/07.

¹⁰⁷ STSJ Andalucía, Sevilla, de 8 de enero de 2007, rec. 3723/05.

¹⁰⁸ STSJ País Vasco de 25 de abril de 2017, rec. 754/17.

¹⁰⁹ STS de 26 de enero de 2012, rec. 645/10; de 11 de junio de 2012, rec. 1886/11. SSTSJ Castilla y León, Valladolid de 22 de noviembre de 2006, rec. 1859/06; de 17 de enero de 2007, rec. 2206/06; de 21 de febrero de 2007, rec. 2358/06; Burgos de 18 de diciembre de 2008, rec. 707/08; STSJ Extremadura de 3 de febrero de 2011, rec. 645/10; de 15 de marzo de 2011, rec. 29/11; de 11 de diciembre de 2014, rec. 483/14. En el mismo sentido: SSTSJ (CA) C. Valenciana de 10 de octubre de 2019, rec. 990/17; de 3 de mayo de 2016, rec. 191/14.

¹¹⁰ STSJ Extremadura de 23 de febrero de 2006, rec. 803/05; de 27 de septiembre de 2012, rec. 353/12.

¹¹¹ STSJ Andalucía, Málaga de 18 de abril de 2013, rec. 260/13; STSJ Castilla La Mancha de 10 de julio de 2014, rec. 827/14.

¹¹² STS de 5 de febrero de 1991. STSJ (CA) Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013, rec. 304/12.

¹¹³ STSJ Madrid de 2 de junio de 2014, rec. 402/14.

asistencia técnica geriátrica nocturna¹¹⁴, gabinete psicopedagógico municipal y escuela para adultos¹¹⁵; servicio de restauración en residencia pública¹¹⁶; servicio de restauración en centros penitenciarios y de reinserción de menores¹¹⁷.

d) Servicios básicos y de dispensación obligatoria por entidades locales: abastecimiento de agua potable, saneamiento y alcantarillado público¹¹⁸; gestión integral, explotación y mantenimiento de estaciones depuradoras¹¹⁹; mantenimiento y conservación del alumbrado público¹²⁰; limpieza viaria¹²¹; gestión y recogida de residuos y del mantenimiento de zonas verdes¹²²; servicio de punto limpio municipal¹²³; rescate, salvamento y vigilancia del litoral y unidad contra incendios¹²⁴; servicio de estacionamiento público con limitación horaria¹²⁵; servicio de grúa, inmovilización, traslado y depósito de vehículos¹²⁶.

e) Actividades auxiliares y otras actividades económicas de titularidad municipal: desarrollo y mantenimiento de software y aplicaciones necesarias para el normal desarrollo de sus competencias propias¹²⁷; limpieza de instalaciones públicas¹²⁸; servicio de atención telefónica¹²⁹; explotación de instalaciones de un centro ecuestre de titularidad municipal¹³⁰; servicio de lavadero

¹¹⁴ STSJ Cataluña de 27 de octubre de 2013, rec. 3221/14.

¹¹⁵ STSJ (CA) C. Valenciana de 28 de marzo de 2018, rec. 283/15.

¹¹⁶ STSJ Aragón de 9 de marzo de 2020, rec. 97/20.

¹¹⁷ STSJ Cataluña de 17 de noviembre de 2015, rec. 4216/15 (firme ATS de 3 de noviembre de 2016, rec. 259/16); SSTSJ Galicia de 4 de marzo de 2015, rec. 449

¹¹⁸ STS de 11 de abril de 2013, rec. 679/12. STSJ Cantabria de 2 de mayo de 2014, rec. 201/14; STSJ País Vasco de 22 de marzo de 2016, rec. 39/14.

¹¹⁹ STSJ Cataluña de 3 de mayo de 1999, rec. 9256; STSJ Andalucía, Sevilla de 20 de febrero de 2003, rec. 4484/02.

¹²⁰ STS de 9 julio 1987.

¹²¹ SSTS de 4 de julio de 2018 (2), rec. 1168 y 2609/17.

¹²² STSJ Andalucía, Granada, de 2 de julio de 2015, rec. 1019/15. STSJ Islas Canarias de 16 de enero de 2009, rec. 129/08.

¹²³ STS de 26 de julio de 2012, rec. 3627/11.

¹²⁴ SSTJ Islas Canarias, Las Palmas, de 24 de enero de 2014, rec. 48/14; de 27 de marzo de 2014, rec. 1293/13; Islas Canarias, Las Palmas, de 30 de junio de 2014, rec. 319/14.

¹²⁵ STSJ Cataluña de 23 de marzo de 2017, rec. 359/17; SSTSJ País Vasco de 3 de julio de 2018, rec. 1264/18; de 19 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 25 de septiembre de 2018, rec. 1538/18; de 9 de octubre de 2018, rec. 1780/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; STSJ Asturias de 22 de marzo de 2018, rec. 182/18.

¹²⁶ SSTS de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10; de 17 de mayo de 2016, rec. 2701/14. AATS de 5 de noviembre de 2014, rec. 1185/14; de 10 de diciembre de 2014, rec. 1257/14. STSJ C. Valenciana de 17 de junio de 2011, rec.901/11; SSTSJ Extremadura de 12 de enero de 2012, rec. 571/11; SSTSJ País Vasco de 26 de noviembre de 2013, rec. 1960/13; de 30 de diciembre de 2013, rec. 2106/13; de 28 de enero de 2014, rec. 28/2014; STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 2 de junio de 2015, rec. 3462/13.

¹²⁷ SSTSJ Galicia de 15 de febrero de 2011, rec. 869/07; de 20 de febrero de 2011, rec. 995/08; de 5 de abril de 2011, rec. 2957/07; STSJ Asturias de 21 de marzo de 2017, rec. 6/17; STSJ Islas Baleares de 3 de febrero de 2017, proc. 7/16.

¹²⁸ STS de 13 de octubre de 1999, rec. 3001/98.

¹²⁹ STSJ (CA) Aragón de 15 de mayo de 2018, rec. 285/17; SJS n.º de Zaragoza de 19 de febrero de 2018, proc. 715/17.

¹³⁰ STSJ Asturias de 22 de marzo de 2018, rec. 182/18.

de coches¹³¹; gestión y explotación de las piscinas, instalaciones deportivas y de ocio¹³²; explotación de un campo de golf municipal¹³³; gestión de un camping de titularidad pública¹³⁴; explotación de un hotel de propiedad pública tras la muerte del concesionario¹³⁵; explotación del Palacio de Exposiciones y Congresos¹³⁶; explotación de parkings públicos¹³⁷.

f) Grandes servicios públicos económicos, sus actividades auxiliares y actividades cuya competencia es del Estado: manipulación de unidades de transporte intermodal en terminal ferroviaria de RENFE¹³⁸; limpieza y mantenimiento de trenes¹³⁹; Servicio de información y atención al cliente de ADIF¹⁴⁰; servicios de mantenimiento¹⁴¹ y restauración¹⁴² en bases militares dependientes del Ministerio de Defensa.

g) En general, servicios auxiliares de cualquier Administración u organismo público como la limpieza de sus instalaciones, la seguridad y vigilancia, el mantenimiento, servicios de restauración¹⁴³, etc.

h) Cualquier actividad que previamente haya sido externalizada¹⁴⁴ o adquirida del sector privado bajo cualquier título jurídico¹⁴⁵.

Y es que este tipo de transmisiones del sector privado al sector público no suscitan dudas a la luz de la excepción prevista por la Directiva, que solo excluye la reorganización de administraciones públicas con traspaso de funciones administrativas inherentes al ejercicio de

¹³¹ ATS de 13 de enero de 2021, rec. 4480/19.

¹³² STSJ C. Valenciana de 31 de octubre de 2012, rec. 2231/12; STSJ Asturias de 25 de julio de 2014 (2), rec. 1573 y 1575/14; SSTSJ Castilla y León, Valladolid de 15 de septiembre de 2015, rec. 1280/15; de 17 de septiembre de 2015, rec. 1280/15; de 23 de septiembre de 2015 (2), rec. 1285 y 1275/15; de 24 de septiembre de 2015, rec. 1286/15; de 1 de octubre de 2015, rec. 1341/15; de 22 de octubre de 2015, rec. 1344/15; 29 de octubre de 2015 (2), rec. 1276 y 1726/15.

¹³³ STSJ I. Canarias, Las Palmas, de 31 de marzo de 2015, rec. 706/14.

¹³⁴ STSJ Andalucía, Sevilla de 13 de enero de 2009, rec. 1252/08.

¹³⁵ STS de 16 de mayo de 1990.

¹³⁶ STSJ Asturias de 31 de octubre de 2014 (rec. 1668/14).

¹³⁷ STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2014, rec. 489/14.

¹³⁸ SSTSJ País Vasco de 22 de diciembre de 2015, rec. 1285/14; de 2 y 9 de febrero de 2016, rec. 1452 y 1470/14.

¹³⁹ SSTS de 6 de febrero de 1997, rec. 1886/96; de 17 de junio de 1997, rec. 1553/96; de 27 de diciembre de 1997, rec. 1727/97.

¹⁴⁰ STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/15.

¹⁴¹ STSJ Andalucía, Granada, de 20 de julio de 2017, rec. 428/17 (ATS de 9 de mayo de 2018, rec. 3866/17).

¹⁴² STSS de 19 de septiembre de 2017 (4), rec. 2612, 2629, 2650 y 2832/16; de 10 de octubre de 2018, rec. 2767/16.

¹⁴³ Servicio de cafetería en la sede un organismo público: SSTS de 1 de diciembre de 1999, rec. 1421/99; de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 19 de mayo de 2015, rec. 358/14. Igualmente: STSJ Madrid de 4 de diciembre de 2012, rec. 52/12; SSTSJ Galicia de 4 de marzo de 2015, rec. 4493/15; de 7 de abril de 2015, rec. 85/15; de 15 de mayo de 2015, rec. 877/15; de 4 de junio de 2015, rec. 961/15; de 30 de noviembre de 2015 (rec. 4216); SSTSJ Castilla y León, Burgos, de 14 de julio de 2016, rec. 362/16; de 15 de junio de 2016, rec. 328/16; de 22 de junio de 2016, rec. 360/16; de 5 de julio de 2016, rec. 364/16; de 14 de julio de 2016, rec. 362/16.

¹⁴⁴ Por ejemplo, actividad de figurantes musicales en televisión pública autonómica previamente externalizada (STSJ Galicia de 14 de noviembre de 2013, rec. 2996/14).

¹⁴⁵ Como consecuencia de la condición de último heredero legal del Estado (STCT de 16 de mayo de 1987).

poder público. El ordenamiento jurídico nacional deja claro que tales funciones no pueden quedar sometidas al derecho privado, lo que resuelve cualquier duda sobre si la vuelta a la gestión pública se enmarca en dicha exclusión. Y es que, con anterioridad a la aprobación del artículo 130.3 LCSP, la legislación en materia de contratación pública ya establecía que no podrán ser objeto de contratación externa “los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos” (actuales arts. 17 y 284 LCSP). Ni siquiera estas actividades pueden ser ejercidas en entidades del sector público regidas por el Derecho privado. Así, las sociedades mercantiles “en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas” (art. 113 LRSP), mientras que “las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas” (art. 128 LRJSP). Las funciones objeto de exclusión de la Directiva no pueden, en nuestro sistema jurídico, ser desempeñadas por personal laboral, pues están reservadas únicamente para empleados públicos con relación funcionarial (arts. 9.2 EBE y 92.3 LBRL). Por tanto, también en el ámbito nacional podrán excluirse únicamente la aplicación de la norma laboral los traspasos entre entidades de derecho público que son quienes pueden tener personal administrativo o estatutario a su servicio. En definitiva, la idea de que la exclusión de la Directiva es meramente declarativa se compagina perfectamente con el silencio del precepto estatutario pues, en la medida en que las facultades de poder público no pueden seguir ninguna suerte de privatización –ni material, ni formal, ni organizativa– ni pueden ser desempeñadas por personal laboral, no plantea problemas de identificación de estas operaciones excluidas en el caso de la reversión.

B) Ahora bien, formulada la regla general debe reconocerse que hay excepciones. Así, de un lado, constan algunos supuestos de encargo de actividades al sector privado luego reasumidas por el ente público que pueden ser sospechosos de vulnerar la normativa recién aludida, como se apunta en las propias sentencias y como se verá en otro lugar de este trabajo. En cualquier caso, en estos casos en los que la recuperación de actividades que están relacionadas con el ejercicio de potestades públicas debe aplicarse igualmente la transmisión de empresa y, si en alguno de ellos el tribunal no lo hace es porque no ha apreciado la concurrencia de los requisitos generales de la transmisión de empresa y no porque la actividad deba quedar excluida. Por ejemplo, esto ocurre con el servicio de colaboración en la gestión y recaudación tributaria que tradicionalmente se ha encomendado al sector privado mediante diversas fórmulas y mecanismos jurídicos¹⁴⁶ y que, tras su integración, requieren ser desempeñados por funcionarios públicos¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Véase: Capítulo noveno, apartado V.

¹⁴⁷ SSTS de 13 de marzo de 1990; de 24 de julio de 1990; de 10 de junio de 1991, rec. 719/90; de 9 de julio de 1991, rec. 146/91; de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00; de 17 de junio de 2002, rec. 4405/00; de 19 de junio de 2002, rec. 4225/00; de 25 de junio de 2002, rec. 813/01; de 14 de abril de 2003, rec. 4228/00.

SSTSJ Galicia de 15 de febrero de 2011, rec. 869/07; de 5 de abril de 2011, rec. 2597/07; de 20 de diciembre de 2011, rec. 995/08; SSTSJ (CA) Asturias de 27 de diciembre de 2019, rec. 264/19; de 17 de febrero de 2020 (2), rec. 365/19 y 5/20.

Y del otro, tampoco nuestro legislador desconoce que, en el seno de la Administración Pública, hay personal laboral que desempeña funciones reservadas a funcionarios¹⁴⁸. Partiendo de esta realidad también debe destacarse la abundante jurisprudencia sobre supuestos de traspasos y reorganizaciones entre Administraciones Públicas en los que se ha aplicado la sucesión de empresa al personal laboral. Así, primeramente, se aplicó como consecuencia del traspaso de servicios y funciones de la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas con ocasión de la instauración del sistema político-constitucional de las autonomías, afirmándose que *“en el ámbito del Derecho del Trabajo no fue necesario dictar ninguna disposición específica ya que el citado art. 44 ET (y anteriormente el art. 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales) ampara y protege perfectamente tales derechos, pero en relación con los funcionarios públicos la Ley 12/1983, de 14 de octubre, en sus arts. 24 y 25, se cuidó de establecer y proclamar la necesidad de que a éstos les fuesen respetados los derechos de cualquier orden que les correspondan en el momento del traspaso, y que las Comunidades Autónomas asumirán todas las obligaciones del Estado en relación con los mismos”* (SSTS de 3 de junio de 1992, rec. 1380/91; de 29 de junio de 1994, rec. 1746/92; de 20 de noviembre 1994, rec. 2935/93)¹⁴⁹. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico este tipo de traspasos de competencia han constituido supuestos paradigmáticos de sucesión de empresa, considerándose que al *“personal laboral transferido del Estado a una Comunidad Autónoma le es de aplicación el artículo 44 ET, por lo que tienen derecho al mantenimiento de las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transferencia, y que el hecho de ser sucesor un ente público no excluye la aplicación de dicho precepto”* (STS de 13 de diciembre de 1998, rec. 4424/97).

La doctrina jurisprudencial dictada en las sentencias citadas fue aplicada en una amplia variedad de actividades cedidas en el marco de estos procesos de transferencia que causaron una elevadísima conflictividad judicial. Incluso, en algunas de estas actividades que podrían haberse considerado meras competencias administrativas relacionadas con el ejercicio de facultades de poder público se aplicó la institución laboral. Por ejemplo, la transferencia de funciones del IMSERSO a las Comunidades Autónomas¹⁵⁰; o las competencias pertenecientes de los extintos Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda¹⁵¹ e Instituto de Fomento Asociativo Agrario¹⁵²; la transferencia desde el Ministerio de Obras Públicas a la correspondiente consejería¹⁵³ o desde las Cámaras Agrarias y de Formación Profesional Ocupacional¹⁵⁴; las competencias y personal

¹⁴⁸ Véase: DT 2 EBEP.

¹⁴⁹ Con mayor detalle, véase: M. TRONCOSO REIGADA, “Algunos problemas que suscitan las transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 46, 1991.

¹⁵⁰ STS de 18 de febrero de 1988. SSTSJ Extremadura de 9 de febrero de 1999, rec. 49/99; de 6 de mayo de 1999, rec. 217/99; de 13 de julio de 1999, rec. 424/99; SSTSJ La Rioja de 16 de noviembre de 1999, rec. 213/99; de 30 de noviembre de 1999, rec. 206/99; STSJ Castilla y León, Valladolid de 8 de abril de 2002, rec. 686/02.

¹⁵¹ STSJ Andalucía, Granada de 11 de mayo de 1993, rec. 1239/91.

¹⁵² STSJ Cataluña de 29 de noviembre de 1994.

¹⁵³ SSTS de 3 de junio de 1992, rec. 1380/91; de 29 de junio de 1994, rec. 1746/92.

¹⁵⁴ STS de 24 de julio de 1996, rec. 3148/95.

del INSALUD/INGESA traspasado a los Servicios de Salud autonómicos¹⁵⁵; del personal laboral de centros públicos de enseñanza dependientes del Ministerio de Educación a las Consejerías homónimas¹⁵⁶; de personal dependiente del Ministerio de Justicia¹⁵⁷, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación¹⁵⁸; el traspaso de competencias en materia de protección de menores¹⁵⁹ o en materia de formación profesional reglada¹⁶⁰, etc.

Incluso fue extendida a todo tipo de traspasos de competencias y funciones entre AAPP, como los realizados desde Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales a las Comunidades Autónomas, con ocasión del mismo proceso de formación del Estado de las Autonomías. Así, se aplicó en traspasos de colegios municipales¹⁶¹, hospitales de titularidad municipal¹⁶² y provincial¹⁶³ o servicios sociales dependientes de una Diputación¹⁶⁴.

Y también aplicada en las numerosas sentencias que resuelven sobre cualesquiera procesos de reorganización en el marco del sector público estatal, autonómico o local¹⁶⁵. Por ejemplo, a consecuencia de la extinción de un organismo autónomo y su integración en el Ministerio correspondiente¹⁶⁶; o la integración del personal de los Recaudadores de Tributos del Estado en las Unidades de Recaudación ejecutiva de las Tesorerías Territoriales de la Seguridad Social¹⁶⁷; la reorganización y reestructuración en universidades públicas a consecuencia de la integración de centros y estudios universitarios¹⁶⁸; traspaso de ciertas funciones realizadas por personal estatutario de salud entre diversos departamentos de la Administración regional¹⁶⁹; o la integración en el INSS de las competencias de las extinguidas Mutualidades y Cajas de

¹⁵⁵ STS de 15 de noviembre de 2004, 242/03; de 20 de mayo de 2005, rec. 1362/03; ATS de 25 de abril de 2007, rec. 2289/06; STSJ Extremadura de 5 de noviembre de 1998, rec. 724/98; STSJ Castilla y León, Valladolid de 27 de septiembre de 1999, rec. 1390/99; STSJ Aragón de 23 de diciembre de 2013, rec. 574/13.

¹⁵⁶ STSJ Castilla La Mancha de 13 de julio de 2004, rec. 1831/03.

¹⁵⁷ STSJ de Andalucía, Granada de 6 de marzo de 2001, rec. 377/00; STSJ Cantabria de 18 de junio de 2010, rec. 400/10.

¹⁵⁸ SSTSJ Andalucía, Granada de 7 de junio de 2000, rec. 2648/98; de 20 de junio de 2000, rec. 45/99.

¹⁵⁹ STSJ Islas Baleares de 22 de enero de 1996.

¹⁶⁰ STSJ Cataluña de 8 de mayo de 1995.

¹⁶¹ STSJ Galicia de 29 de diciembre de 1990; de 6 de junio de 1990; STSJ Andalucía, Málaga de 22 de noviembre de 1991, STSJ Navarra de 14 de mayo de 1991; STSJ País Vasco de 7 de mayo de 1996, rec.

¹⁶² STS de 16 de enero de 2002, rec. 4879/00. STSJ Galicia de 20 de octubre de 1994, rec. 3910/94.

¹⁶³ Entre otras muchas, STSJ Extremadura de 16 de junio de 2000, rec. 164/00. Modelo de integración también avalado por las SSTS (CA) de 19 de febrero de 1999, rec. 8873/92; de 18 de septiembre de 2001, rec. 3459/97 (*RD 1343/1990, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de integración en los Estatutos de Personal de la Seguridad Social del personal fijo que presta servicios en Instituciones Sanitarias Públicas o de la Cruz Roja con Convenio de administración y gestión con el INSALUD*; BOE n.º 267 de 07-11-90).

¹⁶⁴ STSJ C. Valenciana de 29 de abril de 1997, rec. 1/95.

¹⁶⁵ Un completo y reciente análisis jurisprudencial sobre la enorme casuística que darse es el realizado por la profesora R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 148 y ss.

¹⁶⁶ SSTS de 4 de julio de 1988; de 10 de octubre de 1992, rec. 1609/91; de 5 de diciembre de 1992, rec. 425/92 (sobre la integración del organismo «Medios de Comunicación Social del Estado»).

¹⁶⁷ STSJ Cantabria de 14 de febrero de 1992, rec. 770/91.

¹⁶⁸ Véase el exhaustivo estudio y todas las sentencias en él citadas, realizado por: J. MORENO GENÉ, "La integración de estudios universitarios sin transmisión de elementos materiales como supuesto de sucesión empresarial y sus efectos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 5 de marzo de 2015)", cit.

¹⁶⁹ STS de 5 de octubre de 2017, rec. 1657/16.

Empresa¹⁷⁰. En algunos casos, como en el de la integración mediante normativa específica en la Administración General del Estado o Autonómica, según procediera, de los trabajadores procedentes de las extintas Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana, se determinó que las condiciones de integración ordenadas por esta ley no permitían apreciar la concurrencia de los presupuestos exigidos por el artículo 44 ET¹⁷¹. Sin embargo, posteriormente, varios Tribunales Superiores de Justicia aplicaron el artículo 44 ET al “*personal que se haya huérfano de norma que ampare su integración*”. Y es que la norma especial solo garantizaba la continuidad del personal laboral fijo¹⁷². Y sin olvidar los más recientes procesos de reestructuración acaecidos a consecuencia de la crisis económica de 2008 y la aprobación de la normativa sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que han dado lugar en los últimos años a una cuantiosa doctrina judicial sobre la aplicación de la sucesión de empresa a las AAPP¹⁷³.

Más recientemente, pueden citarse la STS de 7 de noviembre de 2018 (rec. 1401/16) y la STS (CA) de 19 de diciembre de 2018 (rec. 720/16). La primera, que da conocimiento de otras causas judiciales sobre el mismo traspaso¹⁷⁴, no cuestiona la transmisión de empresa en el traspaso de funciones y personal desde el MINTRA (ente de derecho público)¹⁷⁵ a la Consejería de Transportes e Infraestructura de la Comunidad de Madrid. La segunda, también con cita de más de treinta sentencias sobre supuestos similares de reestructuración del sector público autonómico y local¹⁷⁶, concluye que hay sucesión de empresa en la disolución e integración en el

¹⁷⁰ STS de 30 de noviembre de 1988.

¹⁷¹ Por todas: SSTS de 23 de septiembre de 1997, rec. 300/97; de 6 de febrero de 1998, rec. 3054/97; de 22 de junio de 1998, rec. 3537/97; de 14 de octubre de 1998, rec. 2568/97; de 29 de septiembre de 1999, rec. 4375/98; de 20 de julio de 2000, rec. 2011/99, entre otras.

¹⁷² SSTSJ Andalucía, Granada de 11 de mayo de 1993, rec. 1239/91; de 15 de mayo de 1996, rec. 118/96; STSJ Extremadura de 5 de marzo de 1996, rec. 132/96.

¹⁷³ Por ejemplo, las que conocen de los despidos colectivos realizados con ocasión de la disolución Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT) dependientes del Servicio Andaluz de Empleo: SSTS de 14 de febrero de 2014, rec. 148/13; de 17 de febrero de 2014 (2), rec. 142 y 143/13; de 18 de febrero de 2014 (2), rec. 151 y 228/13; de 19 de febrero de 2014 (2), rec. 150 y 174/13; de 20 de febrero de 2014, rec. 116/13; de 26 de marzo 2014, rec. 158/13; de 5 de abril de 2014, rec. 86/13; de 14 de abril de 2014, rec. 208/13; de 15 de abril de 2014, rec. 86/13; de 16 de abril de 2014 (2), rec. 152 y 261/13; de 20 de mayo de 2014, rec. 153/13; de 24 de junio de 2014, rec. 270/13; de 25 de junio de 2014, rec. 223/13; de 26 de junio de 2014, rec. 219/13; de 9 de julio de 2014, rec. 149/13; de 18 de julio de 2014 (2), rec. 257 y 269/13; de 23 de septiembre de 2014 (2), rec. 309 y 310/13; de 21 de octubre de 2014, rec. 59/14; de 10 de diciembre de 2014, rec. 260/13; de 11 de diciembre de 2014, rec. 258/13; de 3 de febrero de 2015, rec. 262/13; de 5 de febrero de 2015, rec. 259/13; de 24 de marzo de 2015, rec. 118/13; de 20 de mayo de 2014, rec. 1/14; de 15 de octubre de 2015, rec. 38/14.

¹⁷⁴ Entre otras: SSTS (CA) de 5 de julio de 2016, rec. 3841/14; de 21 de diciembre de 2016, rec. 706/15; de 27 de febrero de 2016, rec. 908/16; de 10 de julio de 2018, rec. 2438/16.

¹⁷⁵ Cuya finalidad es ejecutar las infraestructuras del transporte colectivo en la Comunidad de Madrid, en el marco de los planes y política general del transporte de la región; gestionar y mantener las infraestructuras siguiendo criterios de eficiencia, productividad y eficacia al servicio de los objetivos sociales propios de una política general de transporte encaminada a la consecución de un modelo integrado potenciador del transporte público colectivo.

¹⁷⁶ SSTS (CA) de 17 de febrero de 2016, rec. 3944/14; de 21 de enero de 2016, rec. 711/14; de 9 de diciembre de 2014, rec. 2666/13; de 24 de noviembre de 2014, rec. 2118/13; de 23 de septiembre de 2014, rec. 1382/13; de 14 de julio de 2014, rec. 2086/13; de 7 de julio de 2014, rec. 3541/12; de 2 de julio de 2014, rec. 2695/13; de 23 de junio de 2014, rec. 1054/13; de 16 de junio de 2014, rec. 550/13; de 9 de junio de 2014, rec. 2121/12; de 9 de abril de 2014, rec. 489/13; de 9 de abril de 2014, rec. 767/13; de 8 de abril de 2014, rec. 1006/13; de 31 de marzo de 2014, rec. 821/13; de 26 de marzo de 2014, rec. 480/13; de 24 de marzo de 2014, rec. 739/13; de 11 de febrero de 2014, rec. 3998/12; de 29 de enero de 2014, rec. 3818/12; de 27 de enero de 2014, rec. 3740/12; de 30 de diciembre de 2013,

Ayuntamiento de Ferrol de diversas entidades dependientes: el «Instituto Municipal de Facenda del Concello de Ferrol (IMFACOFE)» que lleva a cabo el servicio municipal de recaudación tributaria (facultades de autoridad pública), el Patronato Municipal de Deportes y el Patronato Municipal de Música y Artes Escénicas, así como de integración de los servicios que desarrollan y de su personal en la estructura funcional del consistorio¹⁷⁷.

C) En definitiva, la aplicación de la norma laboral sobre sucesión de empresas a las Administraciones Públicas no ha sido en absoluto problemática en la jurisprudencia española, al menos, en cuanto a la determinación del ámbito de aplicación. Incluso, como se ha visto, es un criterio bastante asumido y generalizado que las reorganizaciones administrativas y reestructuraciones en el marco del sector público estatal, autonómico y local son constitutivas de transmisión empresarial, sin entrar a valorar el carácter económico o no de la actividad como factor excluyente. Tanto si el proceso de reordenación viene regulado por normativa específica como si no, se aplica la institución siempre que haya personal laboral afectado.

Ahora bien, a pesar de que la cuestión parece bastante pacífica también podemos encontrar algunos supuestos que podríamos calificar como «patológicos», en el sentido que aprecian que la actividad puede subsumirse en la excepción contemplada por el artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE, aunque en realidad, rara vez las actividades que se declaran excluidas cumplen las exigencias del TJUE para inaplicar la disposición comunitaria. Esta circunstancia se ha producido, sobre todo, a raíz de la introducción de la citada exclusión, por lo que la doctrina científica advirtió prontamente el riesgo de generalización de este tipo de pronunciamientos ante el inexplicable silencio de la norma interna de transposición (art. 44 ET)¹⁷⁸. En cualquier caso, debe advertirse que estas resoluciones constituyen casos aislados y de carácter anecdótico.

rec. 3355/12; de 30 de diciembre de 2013, rec. 3633/12; de 18 de noviembre de 2013, rec. 1690/12; de 15 de noviembre de 2013, rec. 381/12; de 9 de octubre de 2013, rec. 2102/12; de 4 de octubre de 2013, rec. 3213/12; de 2 de octubre de 2013, rec. 1707/12; de 16 de septiembre de 2013, rec. 1001/12; de 25 de marzo de 2013, rec. 1197/12; de 21 de enero de 2013, rec. 6191/11.

¹⁷⁷ Para mayor detalle sobre supuestos de reorganización y reestructuración recientes: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral", *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 37, 2015, p. 19/49 y ss. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales", en AA.VV. (FEMC) *Seminari sobre relacions col·lectives (17ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2015, p. 165 y ss., fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/index.asp?opc=10&anyo=2015> el 17-06-17. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 10 y ss. J. QUESADA LUMBRERAS; J. MAURI MAJÓS; F. CASTILLO BLANCO, "Título III. Aspectos jurídico-administrativos", en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco; Coord. Francisco Vila Tierno) *Público y privado en la gestión de servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración [Ebook]*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, p. 152 y ss.

¹⁷⁸ Véase: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 35. En este sentido, otros autores consideran que la Ley 12/2001 desaprovechó la ocasión para delimitar normativamente la aplicación a estos casos: T. GÓMEZ ÁLVAREZ, "Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el artículo 1.1 c) de la Directiva 23/2001: la interpretación del TJCE y de los Tribunales españoles [Ref. LA LEY 5913/2002]", cit., p. 6/17 pdf descargado; M. P. MARTÍN RAMÍREZ, "La sucesión empresarial en la Administración Pública", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 284, 2000, p. 855 y ss.; M.

El propio Tribunal Supremo incurrió en los primeros años en este error metodológico. Eso sí, era la Sala 3ª la que dictó una serie de pronunciamientos contrarios a los que, prácticamente de forma coetánea, dictaminaba la Sala de lo Social. Así se pronunció sobre el traspaso del Estado al Servicio de Salud autonómico de un hospital militar, cuya normativa específica de disolución e integración del patrimonio y del personal no contemplaba la subrogación de todo el personal, ni siquiera de todos aquellos tenían una relación laboral indefinida o fija. El Supremo declara la validez de estos Reales Decretos que regían el traspaso de funciones argumentando que, la subsunción del supuesto de transferencia de competencias en la exclusión prevista por la Directiva determinaba que no estuviera obligada la administración regional a subrogar a la plantilla, por lo que la norma de integración podía «seleccionar» qué trabajadores debían subrogarse. Además, lo hacía basándose en criterios objetivos como la antigüedad y la posesión de las titulaciones requeridas, por lo que tampoco apreció en su decisión una arbitrariedad contraria al principio de igualdad. No obstante, es cierto que además de esta no es la única razón por la que no considera que haya sucesión de empresa: 1) también porque el centro de trabajo se cerró 6 meses antes de la toma de perfeccionarse la escritura pública por la que Administración cesionaria toma posesión del mismo, siendo el personal trasladado en este momento a otro hospital de la Administración cedente; 2) porque hay un cambio en la actividad hospitalaria, que pasa de atención sanitaria de salud mental y orientación familiar al desarrollo de consultas de atención especializada de pacientes de otro hospital público; y 3) porque a juicio de la sala, hay *“una razón fundamental para denegar la aplicación del artículo 44 ET para declarar el derecho del aquí recurrente a ser transferido como personal laboral a la Comunidad Autónoma de Galicia, y es que no se ha producido en la venta de los inmuebles que constituían el hospital militar de La Coruña un traspaso de empresa, centro de trabajo o actividad laboral, o unidad productiva autónoma”*. En realidad, mediante escritura pública *“lo que el Estado-Ramo de Defensa vende al Servicio Gallego de Salud son los dos inmuebles o fincas registrales que constituían el hospital militar de La Coruña, aunque también se hiciese entrega, a título lucrativo, de los bienes muebles”*, sin embargo, parece que el TS se refiere a que, al producirse en el marco de una transferencia de competencias, no es un negocio típico capaz de precipitar una transmisión (SSTS (CA) de 9 y 10 de abril de 1999, rec. 574 y 575/96; de 7 de mayo de 1999, rec. 582/96; de 12 de mayo de 1999, rec. 583/96; de 14 de enero de 2000, rec. 581/96; de 26 de febrero de 2002, rec. 577/96; de 17 de octubre de 2002, rec. 678/97, etc.). Como se verá en las siguientes páginas, todos estos argumentos son rebatibles.

Respecto a la misma, en concreto, al adquirir un hospital privado para integrarlo en la red sanitaria pública, también el orden jurisdiccional social practicó en algún asunto la excepción del régimen de sucesión de empresa¹⁷⁹.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 11/24 pdf descargado.

¹⁷⁹ STSJ Andalucía, Sevilla de 13 de octubre de 1998, rec. 423/98. Muchas otras sentencias, aunque finalmente no aplican la exclusión dudan de su alcance (STSJ Andalucía, Sevilla, de 25 de enero de 2000, rec. 1283/1999; STSJ Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013, rec. 304/12).

En el mismo sentido, respecto a la disolución e integración del «Patronato Provincial de la Vivienda de Alicante» en la *Generalitat Valenciana*. Aunque la Administración regional es cesionaria de todos sus bienes, derechos y obligaciones, al personal lo integra en el «Instituto Valenciano de la Vivienda, SA», reclamando los actores ante la Consejería su integración como personal laboral, pues es esta quien recibe el conjunto de bienes patrimoniales del extinguido organismo y porque la integración en la Sociedad pública constituiría una cesión ilegal. Pues bien, el tribunal declara excluida la operación del ámbito de aplicación de la Directiva porque entiende que es una reorganización administrativa que afecta a actividades con finalidades económico-sociales, consistente en la construcción, sin fines de lucro, de viviendas de protección oficial para familias de rentas económicas bajas¹⁸⁰. O la transferencia del «Parque Móvil del Estado» desde el Ministerio de Hacienda al Ministerio de AAPP¹⁸¹.

Y, en fin, sin ánimo de agotar los ejemplos que, como se ha dicho no son tantos, difícilmente puede admitirse que la exclusión sea aplicable a la disolución y liquidación, en el marco de plan de ajuste, de una sociedad municipal que gestiona el ciclo integral del agua y cuyo activo y pasivo revierte al consistorio, y que acto seguido vuelve a adjudicar la gestión del servicio público a una empresa privada que hace uso del equipamiento e instalaciones y se subroga en los contratos de trabajo de toda la plantilla, excepto de 8 trabajadores que se integran en la plantilla del Ayuntamiento. Pues bien, cuando estos últimos reclaman el mantenimiento de sus condiciones de trabajo ex artículo 44 ET el tribunal considera que *“si serían de aplicación al resto del personal de AJEMSA que fue absorbido por AQUALIA, personal que si formaba parte de la explotación del ciclo del agua, de contenido eminentemente económico, pero no para los 8 trabajadores que como el recurrente, quedaron sin integrar y cuyas funciones eran, o bien de inspección de servicios o de asesoramiento como el caso del actor”*¹⁸². Sin embargo, por más que sean labores de inspección o asesoramiento no parece que puedan identificarse con facultades de poder público y menos cuando son ejercitadas en una actividad que es considerada tradicionalmente un servicio público de carácter económico. Más dudosa sería la integración del «Consell Nacional de la Cultura i les Arts» (entidad de derecho público) en la *Generalitat de Catalunya*, por cuanto que sus funciones son asesorar al Gobierno autonómico y organizar la política de fomento y promoción de la creación artística mediante la concesión de ayudas, subvenciones, becas y premios¹⁸³.

¹⁸⁰ STSJ C. Valenciana de 27 de octubre de 2004, rec. 1104/04. Aunque las circunstancias de hecho son bastante similares a las de la STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur* (asunto C-175/99), incluso en el hecho de que los órganos de gobierno y administración en ambos asuntos están compuestos por cargos representativos y de designación política de las Administraciones de las que dependen.

¹⁸¹ STSJ Cataluña de 19 de julio de 2011, rec. 1100/11. A pesar de que la actividad de aquel consista en *“gestiona[r] los servicios de automovilismo de los órganos centrales de la Administración General del Estado, organismos públicos y demás entidades de Derecho Público, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, así como los de los Órganos Constitucionales del Estado”*. Cfr. Art. 1 Orden HAP/149/2013, de 29 de enero, por la que se regulan los servicios de automovilismo que prestan el Parque Móvil del Estado y las Unidades del Parque Móvil integradas en las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno y Direcciones Insulares (BOE n.º 32 de 06-02-13).

¹⁸² STSJ Andalucía de 9 de febrero de 2017, rec.765/2016.

¹⁸³ STSJ Cataluña de 22 de octubre de 2014, rec. 4534/14.

IV. EL ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN: EL CONCEPTO DE TRABAJADOR

Una cuestión previa a dilucidar es la determinación de las relaciones laborales que se verán beneficiadas por el sistema de garantías previsto en la normativa una vez producida la transmisión de empresa. Es decir, se trata de examinar si se aplica a todas las categorías de trabajadores por igual o algunos de ellos pueden quedar exceptuados.

Por lo que respecta a la norma comunitaria tiene un alcance general, que extiende su aplicación a todas las relaciones laborales o contratos de trabajo vigentes en la fecha del traspaso. No obstante, la Directiva no contiene una definición propia de «relación laboral» o «contrato de trabajo», sino que remite a la noción establecida por el Derecho nacional, manifestando que no es su objetivo afectar a las legislaciones de los Estados miembros en lo concerniente a la definición de contrato de trabajo o de relación laboral (art. 2.1.d y 2.2 de la Directiva 2001/23/CE).

Esta circunstancia podría inducir al entendido de que se está permitiendo al legislador interno establecer con total libertad el alcance subjetivo de esta materia social comunitaria de la sucesión de empresas. Dicho con otras palabras, surge la duda de si esta técnica de delimitación del ámbito de aplicación *ratione personae* debe ser entendida como un *ius dispositivum* para los Estados miembros¹⁸⁴. La cuestión se debe responder de forma negativa por una doble razón. Por un lado, porque la propia Directiva de forma expresa restringe parcialmente la libertad de los legisladores internos para excluir a ciertos trabajadores. Y por otro, porque el TJUE ha establecido ciertos límites generales al interpretar el «concepto de trabajador» derivado del Derecho europeo que actúan como cortapisas al impedir que el legislador nacional excluya a determinadas categorías desvirtuando la eficacia de la norma comunitaria. Pero vayamos por partes.

A) En cuanto a la primera razón expuesta, es cierto que se parte de la regla general de que *“únicamente pueden invocar la aplicación de esa normativa las personas que, en el Estado miembro de que se trate, estén protegidas, como trabajadores, con arreglo a la legislación nacional en materia de Derecho del trabajo”*¹⁸⁵. Como punto de partida el legislador interno cuenta con cierta libertad para definir el alcance y extensión del ámbito de aplicación del derecho laboral interno, rigiendo una «subsidiariedad vertical»¹⁸⁶ en la configuración normativa del campo de aplicación personal del derecho laboral comunitario, de forma coherente con la finalidad de armonización parcial que suele caracterizar la política social de la Unión. Si bien, en algunos casos se trata de una «libertad condicionada» en la medida en que algunas Directivas suelen prever restricciones respecto a las posibilidades de excluir a ciertos trabajadores o formas de prestación del trabajo. Esto mismo ocurre en la presente sobre transmisión de empresas, pues contiene dos previsiones

¹⁸⁴ M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque positivo”, 2017, Universidad Complutense de Madrid, p. 38, fecha de consulta 28-03-20 en <https://eprints.ucm.es/45390/>.

¹⁸⁵ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 39.

¹⁸⁶ J. KENNER, “New Frontiers in EU Labour Law: From Flexisecurity to Flex-Security”, en Michael Dougan, Samantha Currie (eds.) *50 years of the european treaties. Looking back and thinking forward*, Hart Publishing, 2009, p. 290.

adicionales con el fin de concretar aun más su ámbito personal: una en sentido prohibitivo y otra de carácter –aparentemente– facultativo.

a) Así, por una parte, prohíbe excluir de la protección a relaciones laborales o contratos de trabajo por la sola razón del número de horas realizadas o de la modalidad contractual empleada, incluyéndose en este último caso tanto los contratos de trabajo de duración determinada como las relaciones laborales temporales concertadas con empresas de trabajo temporal que puedan ser objeto de traspaso en su totalidad o de forma parcial (art. 2.2. 2º párrafo Directiva 2001/23/CE).

b) Y, por otra parte, aunque permite a los legisladores nacionales establecer excepciones para que no apliquen la prohibición de despedir a determinadas categorías concretas de trabajadores que no estén cubiertas por la normativa interna en materia de protección contra el despido (art. 4.1. 2º párrafo Directiva 2001/23/CE), la justicia comunitaria ha precisado que los Estados miembros no podrán acogerse a esta excepción cuando el propio derecho nacional conceda a las categorías de trabajadores en cuestión cualquier tipo de protección frente al despido, aun cuando esta sea mínima, pues en tal caso no podrá ser reducida o eliminada por causa de la transmisión¹⁸⁷. Más recientemente, siguiendo esta misma línea, en la STJUE de 13 de junio de 2019, *Correia Moreira*, asunto C-317/18, ha declarado respecto a la subrogación de una trabajadora que ocupaba un puesto de confianza en una empresa pública cuyas actividades son asumidas directamente por el propio Ayuntamiento del que dependía la entidad, que resulta indiferente a estos efectos la naturaleza común o específica del contrato que vincula al trabajador al cedente. Así, aunque el régimen de resolución contractual establecido por la legislación nacional para este tipo de relación laboral no requiere justa causa, sino que precisa solo un preaviso por escrito y otorgado en un plazo breve, la trabajadora debe quedar igualmente tutelada por la Directiva, habida cuenta de que la legislación interna considera que esta prestación de servicios está sujeta al régimen del contrato de trabajo. Pues, en otro caso, “*conceder relevancia a las diferencias entre los trabajadores según el contenido o el nivel de la protección de que disfruten en virtud de la legislación nacional privaría a la Directiva 2001/23 de parte de su efecto útil*” (ap. 45 y ss.). Eso sí, en la medida en que dicha tutela no incrementará con ocasión de la transmisión, el empresario cesionario dispondrá de las mismas facilidades extintivas que la legislación laboral ya reconocía al cedente, sin que el traspaso suponga un refuerzo para la estabilidad en el empleo.

B) Pero además, como se ha avanzado, el Tribunal de Justicia ha impuesto límites en la propia configuración que tiene el concepto de trabajador en del Derecho de la Unión Europea. Previamente, debe aclararse que no existe un concepto normativo unívoco de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, tanto originario como derivado¹⁸⁸. Más bien al contrario, precisamente, desde hace algún tiempo se viene planteando el debate sobre si sería posible alcanzar una noción unitaria y uniforme de trabajador, pero ante las dificultades políticas y la falta

¹⁸⁷ STJUE de 15 de abril de 1986, *Comisión/Reino de Bélgica*, asunto C-237/84, ap. 12-15.

¹⁸⁸ SSTJUE de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala*, asunto C-85/96, ap. 31; de 13 de enero de 2004, *Allonby*, asunto C-256/01, ap. 63.

de consenso entre los diferentes Estados, la realidad actual se caracteriza por la fragmentación y segmentación del concepto de trabajador en función de los distintos ámbitos materiales específicos de las normas sociales comunitarias. Por consiguiente, cada norma aprobada por las instituciones comunitarias define su propio campo de aplicación subjetivo, variando en cada una el alcance de los trabajadores a los que se les aplican las garantías por ellas previstas¹⁸⁹.

Esta diversidad en la delimitación del ámbito personal –y, por consiguiente, también falta de coherencia– entre las distintas normas del derecho social europeo ha sido suplida por una tendencia dinamizadora del TJUE que, interpretando y contextualizando el ámbito de aplicación de cada una de ellas de acuerdo con los principios informadores de la Unión –en especial, la libertad de circulación de trabajadores y el principio de igualdad y no discriminación–, ha avanzado en la construcción de un acervo doctrinal propio sobre el concepto de trabajador que supera las reglas clásicas de la armonización parcial e impone límites a los legisladores nacionales¹⁹⁰. Dicha jurisprudencia, que partió inicialmente del ámbito de las libertades de circulación previstas en el propio TFUE¹⁹¹, acabó trascendiendo en el terreno de la política social¹⁹², construyendo una noción de trabajador transversal, uniforme y autónoma en el Derecho comunitario, que es aplicable a todas las Directivas que la integran, independientemente de la configuración formal de cada una de ellas haga para delimitar su campo de aplicación subjetivo¹⁹³. En este sentido, el TJUE ha intervenido limitando la capacidad de actuación de los legisladores nacionales cuando aprecia que la aplicación subjetiva que estos efectúan de las normas comunitarias se limita de forma excesiva e injustificada. Y lo ha hecho estableciendo una doble restricción, genérica y específica¹⁹⁴.

a) Así, de forma genérica, al interpretar de forma finalista las normas comunitarias, evita que el objetivo de las Directivas pierda efectividad cuando los Estados miembros se acogen a un concepto restrictivo de trabajador que desplaza de la aplicación de la norma en cuestión a sujetos

¹⁸⁹ Lo que “*ha derivado en la fragmentación de las caracterizaciones normativas de la legislación laboral de la UE lo que puede dejar al margen de protección (total o parcial) a categorías (más o menos amplias) de trabajadores, según la técnica de regulación que cada específica norma haya adoptado al respecto en la formulación de su ámbito de aplicación personal en función de su específica finalidad de parcial armonización en la garantía o protección de los derechos de los trabajadores en relación a la materia u objeto concreto de regulación*”. Cfr M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque positivo”, cit., pp. 25.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 19 y 36.

¹⁹¹ STJUE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, asunto C-66/85, que tiene por objeto la interpretación de las libertades de circulación de los trabajadores.

¹⁹² STJUE de 13 de enero de 2004, *Allonby*, asunto C-256/01, sobre la aplicación del principio de igualdad, concretamente, igual retribución por razón de sexo.

¹⁹³ M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque positivo”, cit., p. 43. De forma más explícita, la misma autora manifiesta en otro pasaje de la obra citada que el TJUE “*en su avance hacia la configuración del ámbito de aplicación personal de varias áreas del Derecho del Trabajo yuxtapone todas las Directivas y busca un criterio de definición transversal que le permita llegar, cualquiera que sea el mecanismo legal utilizado para definir el ámbito de aplicación en cada una de ellas, a una definición de trabajador en el Derecho del Trabajo de la Unión Europea autónoma y parece que con vocación de generalidad*”. Cfr. *Ibid.*, p. 37.

¹⁹⁴ M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque positivo”, cit., p. 39-50.

que quedarían efectivamente incluidos en la legislación nacional general como trabajadores asalariados. El TJUE ha determinado que el margen de apreciación del que disponen los Estados miembros está limitado por la propia finalidad social de la norma, de modo que *“no pueden definir libremente el término «trabajador asalariado» de manera que se ponga en peligro la finalidad de la Directiva”*¹⁹⁵. Por consiguiente, *“cuando una disposición comunitaria se remite a las legislaciones y prácticas nacionales, los Estados miembros no podrán adoptar medidas que puedan comprometer el efecto útil de la normativa comunitaria en la que dicha disposición se integra”*¹⁹⁶.

b) Y de forma más específica, el Tribunal ha dado un paso más avanzando hacia la conformación un concepto autónomo y uniforme de trabajador¹⁹⁷ y se ha declarado con competencia para definirlo a partir de rasgos o características esenciales que deben delimitar los contornos de este tipo de prestación de servicios, basándose en una serie de criterios objetivos y acumulativos: la dependencia, la remuneración y la prestación de una actividad económica. Más concretamente, desde la STJUE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, asunto C-66/85, el tribunal de Luxemburgo considera que *“la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales recibe una remuneración”* (ap. 17). De esta forma, el Tribunal crea la conocida doctrina del «Test Lawrie-Blum», posteriormente utilizada en numerosos casos para verificar si la prestación de servicios reúne los presupuestos o requisitos necesarios para considerarse laboral y que, definido así en términos amplios, constituye un límite para la legislación o prácticas nacionales de los Estados miembro en la aplicación del derecho del trabajo comunitario. La interpretación de cada uno de los requisitos ha dado lugar a la creación de un corpus jurisprudencial de aplicación transversal en todas las materias de la política social comunitaria, al que se ha contribuido como no podría ser de otra manera, con los casos resueltos por el TJUE en relación a la Directiva 2001/23/CE¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Cfr. STJUE de 5 de noviembre de 2014, *Tümer*, asunto C-311/13, ap. 42, que interpreta la Directiva sobre insolvencia empresarial.

¹⁹⁶ STJUE de 18 de enero de 2007, *CGT*, asunto C-385/05, ap. 35, en referencia a la Directiva de despidos colectivos. Constituye una buena muestra representativa de esta doctrina, por su exposición argumentativa detallada, la STJUE de 1 de marzo de 2012, *Patrick O'Brien*, asunto C-393/10, ap. 34-44, sobre el Acuerdo marco del trabajo a tiempo parcial.

¹⁹⁷ Sobre la autonomía y uniformidad del concepto, así como sobre los rasgos objetivos que lo caracterizan y su evolución en pronunciamientos más recientes, cabe remitir a M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial STJUE (Sala Primera) de 11 de abril de 2019 (asunto C-603/17)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3, 2019. En el mismo sentido, se ha afirmado que *“la jurisprudencia europea ha dictaminado que esos conceptos -en especial, con relación al de “trabajador”- conforman una única definición inalterable y al margen de las legislaciones nacionales”*. Cfr. E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El concepto de trabajador y el mantenimiento de sus derechos en casos de remunicipalización. Comentario a la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto Correia Moreira”, *Revista de Derecho Social*, n.º 88, 2019, p. 107.

¹⁹⁸ Véase, M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque positivo”, cit., p. 50 y ss.

Por lo que respecta al concepto de «actividad económica»¹⁹⁹, una de las aristas sobre las que ha centrado su actividad hermenéutica es en la distinción entre el empleo público y privado. Así, prontamente, declaró que aquellas actividades que se prestan por una entidad cuyo estatuto jurídico es de derecho público también tienen índole económica, y carece de relevancia que la relación de servicios que une al trabajador con este empleador esté sometida al derecho público o privado. En efecto, mantuvo esta postura a efectos de interpretar las restricciones en materia de libertad de circulación de trabajadores amparada en el actual art. 45.4 TFUE²⁰⁰. Es más, la mentada excepción debe hacerse en sentido restrictivo, entendiendo que la dicción «empleos en la Administración Pública» a efectos de excluir la aplicación del principio de libertad de circulación de trabajadores solo puede referirse a aquellos “*empleos que suponen una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás colectividades públicas*”.

Esta lógica ha traspasado también al ámbito de la política social. De esta forma, el concepto de trabajador que ha construido jurisprudencialmente el Tribunal de Justicia no establece diferencias en función del carácter público o privado del empleador²⁰¹. Tomando en consideración esta definición funcional de Administración, se ha planteado si se deben incluir dentro del concepto de trabajador aquellas prestaciones de servicios funcionariales sometidas al derecho administrativo, en tanto en cuanto los funcionarios públicos se encuentren en una situación comparable a la de trabajadores por cuenta ajena, ya sea del sector público o privado²⁰². Con todo, el TJUE solo ha admitido esta extensión del concepto de trabajador a funcionarios cuando se vea afectado el principio de igualdad y no discriminación y en base a una de las causas prohibidas de discriminación²⁰³. Dicho con otras palabras, el concepto de trabajador abarca tanto a empleados del sector público como privado sometidos a la legislación laboral nacional (estatuto jurídico de derecho privado), en igualdad de condiciones. Pero, además, la aplicación de las Directivas puede superar el ámbito del derecho privado y extenderse hacia prestaciones de servicios en régimen funcionarial (estatuto de derecho público) cuando se encuentren en una situación comparable y la diferenciación suponga una vulneración al principio de igualdad y no discriminación²⁰⁴.

¹⁹⁹ En su definición jurisprudencial originaria se refiere a “prestaciones” de actividad asalariada que ha sido comprendido por el Tribunal dentro del concepto de “actividad económica” en los términos contemplados por el TFUE. Véase: STJUE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, asunto C-66/85, ap. 12 y ss.

²⁰⁰ “*Las disposiciones del presente artículo [libertad de circulación de trabajadores] no serán aplicables a los empleos en la administración pública*”.

²⁰¹ Por todos, STJUE de 9 de julio de 2015, *Regojo Dans*, asunto C-177/14, ap. 31.

²⁰² M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque positivo”, cit., p. 58 y ss.

²⁰³ Véase la STJUE de 9 de marzo de 2017, *Milkova*, asunto C-406/15, ap. 62 y ss. Incluida la prohibición de trato desfavorable a relaciones de trabajo de duración determinada respecto a trabajadores fijos comprables, sin existir una justificación objetiva. Véase, por ejemplo, STJUE de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, asunto C-16/15.

²⁰⁴ Así, el Tribunal de Justicia ha construido “*una suerte de «estatuto» universal aplicable a los trabajadores con independencia de la naturaleza del vínculo (estatutario, contractual, laboral, etc.) que le une a su empleador y del carácter de este (público o privado)*”. Cfr. J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *Función Pública y Derecho Europeo*, cit., p. 22.

Más concretamente, en el ámbito de la transmisión de empresas, el máximo intérprete comunitario ha remarcado en todos los asuntos sobre los que se le ha planteado la aplicación de la disposición normativa en el ámbito de la Administración Pública que para determinar los trabajadores que quedan protegidos por la materia de origen comunitario debe atenderse a la definición de trabajador que proporcionan los Estados miembros²⁰⁵. Sentada esta premisa y tomando en consideración la noción funcional del empleador público a la que se acoge, no puede excluirse al personal por el solo hecho de que preste servicios para Administraciones y empresas del sector público, pues lo relevante es que tengan la condición de trabajadores y queden protegidos como tal por la legislación laboral nacional. Tanto si es personal dependiente de una entidad de derecho público o como si a consecuencia de la transmisión se van a integrar en una Administración quedarán amparados por la protección de la Directiva 2001/23/CE²⁰⁶. Es por ello que la excepción prevista en su artículo 1.1.c debe interpretarse en sentido restrictivo –como todas las excepciones excluyentes en este ámbito–, pues nada justificaría ampliarla en el sentido de que “*los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la administración pública, no pudieran disfrutar de la protección que ofrece la Directiva*”, aun incluso cuando esa transferencia forme parte de una reorganización administrativa entre dos Administraciones Públicas²⁰⁷.

Ahora bien, podría plantearse si la transmisión de una actividad administrativa acompañada de una entidad económica en el sentido de la Directiva debe incluir también a aquellos empleados públicos cuyo régimen profesional quede sometido al derecho administrativo, en la medida en que pueden estar en una situación comparable a la de otros empleados del sector privado o, incluso a otros empleados públicos sometidos al derecho laboral privado. Es decir, está clara la excepción de aquellos funcionarios públicos adscritos a actividades y cometidos que se correspondan con el ejercicio de prerrogativas de poder público –que quedarían excluidos ya no tanto por la naturaleza de su relación de servicios sino por la exclusión de este tipo de transmisiones del ámbito de aplicación material de la norma–, pero si se transmite una entidad de contenido económico en la prestan servicios empleados públicos en régimen administrativo (posiblemente de forma conjunta con otros empleados públicos laborales), debería cuestionarse si la protección de la norma debería incluirlos. Al respecto, el Tribunal ha considerado que quedarían excluidos en la medida en que no quedan protegidos por el derecho laboral nacional, pese a que se encuentren en una situación comparable por realizar funciones análogas a la de los trabajadores sometidos al derecho del trabajo²⁰⁸. A pesar del comentado avance del concepto jurisprudencial de trabajador comunitario y su extensión en el ámbito de otras Directivas sociales a funcionarios por encontrarse en una

²⁰⁵ SSTJUE de 14 septiembre 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C-343/98, ap. 36 y ss.; de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 39; de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16, ap. 48; de 13 de junio de 2019, *Correia Moreira*, asunto C-317/18, ap. 42.

²⁰⁶ STJUE de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos C- 173 y 247/96, ap. 24.

²⁰⁷ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 57 y 58.

²⁰⁸ STJUE de 14 septiembre 2000, *Collino e Chiappero*, C-343/98, ap. 29 y 38 y ss.

situación comparable²⁰⁹, no ha tenido acogida esta doctrina en el ámbito de la Directiva 2001/23/CE, quizás porque no se ha planteado hasta el momento que la exclusión al personal de esta naturaleza suponga la vulneración de alguno de los principios fundamentales mencionados.

En síntesis, y descendiendo a su aplicación en el ordenamiento español, cualquier prestación de servicios encuadrable en el artículo 1.1 ET goza de la protección otorgada por la institución laboral, incluyendo las relaciones laborales especiales. De esta forma se incluyen los trabajadores por cuenta ajena que presten servicios en el sector público, incluido al personal laboral al servicio de Administraciones Públicas (art. 11 EBEP²¹⁰), pues en la medida en que quedan sometidos al Estatuto de los Trabajadores, les resulta de aplicación el artículo 44 ET²¹¹. Pero en cambio se excluyen a aquellos otros empleados públicos funcionarios vinculados por una relación estatutaria sujeta al derecho administrativo²¹². Ello no obsta a que prácticamente la totalidad de las veces en que se producen estas transmisiones dentro del sector público una ley administrativa establezca medidas equiparables a las de la transmisión de empresa²¹³.

En cualquier caso, los supuestos que se analizan en este trabajo no suscitan dudas ya que la norma despliega toda su eficacia respecto a trabajadores de empresas contratistas o concesionarias públicas, en la medida en que son empresas del sector privado cuyas relaciones jurídicas con su personal se rige por las reglas del contrato de trabajo, incluido cuando con motivo de la transmisión vayan a integrarse en un ente de derecho público.

Por último, en cuanto a una posible exclusión de la protección amparada por el artículo 4.2. de la Directiva, el artículo 44 ET no contiene ninguna previsión, pero algunas de las disposiciones reglamentarias que desarrollan las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el artículo 2.1 ET sí que han previsto ciertas matizaciones al principio de subrogación automática en las relaciones laborales. Dejando de lado la referencia al personal al servicio del hogar

²⁰⁹ Por ejemplo, en el ámbito del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada. Por todas, STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Pérez López*, asunto C-16/15, ap. 24.

²¹⁰ *RD-legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (BOE n.º 261 de 31-10-15).

²¹¹ STS de 31 de enero de 1985, sobre traspaso de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En el mismo sentido, entre otras: SSTS de 3 de junio de 1992, rec. 1380/91; de 10 de diciembre de 1992, rec. 1609/91; de 29 de junio de 1994, rec. 1746/92; de 20 de noviembre de 1994, rec. 2935/93; de 24 de julio de 1996, rec. 3158/95. También entre la doctrina judicial, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 29 de noviembre de 1994, n.º 6445/94; STSJ Extremadura de 1 de marzo de 1999, rec. 853/98; STSJ Navarra de 21 de noviembre de 2001, rec. 360/01.

²¹² STS de 16 de septiembre de 1987 y de 19 de junio de 1989, que rechazaron la aplicación del art. 44 ET al personal estatutario transferido del INSALUD a las Comunidades Autónomas por tratarse de prestaciones de servicios de naturaleza administrativa, cuya subrogación operó mediante normativa específica administrativa y no a través de la norma laboral. En el mismo sentido, SSTS (CA) de 16 de noviembre de 1987; de 1 de febrero de 1993, 2119/89.

También la STSJ Andalucía, Málaga de 18 de junio de 1999, rec. 87/99, con cita de las SSTS de 18 de septiembre de 1987 y 26 de octubre de 1987, determina que *“para que pueda operar la subrogación que establece el precepto resulta preciso que la sucesión de la titularidad se produzca en el marco de una relación laboral previamente existente con el titular de la empresa y no en el área de una de naturaleza administrativa”*.

²¹³ J. CRUZ VILLALÓN, *“Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”*, cit., p. 37.

familiar²¹⁴ que no constituye un supuesto subsumible en la Directiva 2001/23/CE por cuanto que el objeto del traspaso no es comparable al concepto de entidad económica²¹⁵, la que tiene mayor relevancia para los casos de transmisión que se estudian en este trabajo es la contenida en el artículo 10.3.d del *RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*²¹⁶. Con todo, como después se analizará, más que una excepción al régimen de sucesión de empresa y a la prohibición de despedir que prevé la Directiva, la norma reglamentaria establece una facultad de desistimiento por parte del trabajador con derecho a indemnización. Así, la doctrina había entendido que tal previsión no podía considerarse una concreción y transposición al derecho interno de la regla comunitaria citada²¹⁷. Tampoco el Tribunal Supremo entiende, tras la STS de 27 de septiembre de 2011 (rec. 4146/10), que el trabajador alto directivo deba quedar exceptuado del artículo 44 ET bajo el paraguas de esta previsión reglamentaria, si bien lo hace corrigiendo una doctrina anterior por la cual en la práctica judicial sí que se venía requiriendo un pacto expreso para que operara la transmisión²¹⁸.

²¹⁴ Art. 10.1 del *RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar* (BOE n.º 277 de 17-11-11).

²¹⁵ F. VALDÉS DAL-RE, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 121.

²¹⁶ BOE n.º 182 de 12-08-85.

²¹⁷ F. VALDÉS DAL-RE, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 122.

²¹⁸ Con mayor detalle, véase: C. BLASCO JOVER, "La aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en el contrato del personal de alta dirección", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 373, 2014, p. 69 y ss.

La reversión de contratas públicas como transmisión de empresa (I): criterios generales

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que, como se acaba de exponer, la aplicabilidad de la norma a las Administraciones Públicas resulta incuestionable, las operaciones que se pretenden abordar en este trabajo no están exentas de problemas. Y es que la escasa, obsoleta, parca o inadaptada regulación sobre transmisión de empresas¹, que fue diseñada para ordenar unos determinados tipos de traspaso frecuentes en el concreto momento de su creación y aprobación, contrasta con la heterogeneidad de supuestos de transmisión actuales derivados de las nuevas realidades organizativas del trabajo y los nuevos mecanismos transmisivos que han ido surgiendo a lo largo del tiempo. No obstante, la ambigüedad y vaguedad de sus términos² han permitido que la institución “*haya pasado a canalizar situaciones, intereses y conflictos de muy diversa naturaleza, frente al prototipo o supuesto de hecho normativo que justificó originariamente la intervención estatal e incluso, en mayor o menor medida, que explicó el propio régimen comunitario que hoy se contiene en la Directiva 2001/23/CE*”³. Pues bien, ha sido de nuevo la jurisprudencia la que ha posibilitado la subsunción de estos nuevos cambios de titularidad en el campo de acción de la norma laboral sobre transmisión de empresas.

Y en este contexto debe situarse la sujeción de las operaciones de reversión de contratas en el sector público a la disciplina estudiada, cuya hermenéutica ha tenido que sortear considerables dificultades en la práctica judicial⁴. La mencionada labor integrativa de los órganos judiciales ha aplicado una doctrina judicial con distintos niveles de especificidad para declarar aplicable la transmisión a estas operaciones del sector público.

¹ Términos usados por la doctrina: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 13; S. DEL REY GUANTER Y OTROS, “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 221; M. I. RAMOS QUINTANTA, *Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial*, cit., p. 39; D. SORIANO CORTÉS, *Las contratas en el derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Megablum-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mairena del Aljarafe (Sevilla), 2007, p. 215.

² J. L. GOÑI SEIN, “El concepto de sucesión de empresa. Divergencias doctrinales entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo Español”, *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, n.º 2, 2010, p. 38.

³ Cfr. M. CUENCA ALARCÓN, “El impacto laboral de la transmisión de empresas”, en AA.VV. (Dir. Jesús Lahera Forteza y Fernando Valdés Dal-Ré) *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, p. 166.

⁴ R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 51 y ss.

Primero, porque se enmarcan dentro de la problemática inclusión de los procesos de descentralización productiva en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE. Ello requiere, por de pronto, una labor hermenéutica para determinar cuándo la normativa general puede ser aplicable a los supuestos de contrata y subcontratas de obras o servicios ante la total anomia normativa.

Segundo, porque la reasunción de la gestión directa de una actividad empresarial constituye una operación singular dentro de los fenómenos de externalización, que presenta sus propios contornos y requiere una modulación de los presupuestos aplicativos para apreciar la transmisión empresarial. Aunque, al margen de los casos en que interviene una entidad del sector público, la larga y copiosa evolución jurisprudencial ha conseguido que sea ya una cuestión resuelta sobre la base de un conjunto de criterios fuertemente consolidados⁵.

Y tercero, porque cuando interviene un organismo de derecho público en los procesos de contratación y subcontratación el derecho laboral interactúa con diversas normas administrativas que confieren una impronta a la operación, acreedora de numerosas singularidades. Pues bien, cuando además la participación del ente público es a título de cesionario en la transmisión la conflictividad se multiplica exponencialmente, tanto en la apreciación del supuesto de hecho como en la aplicación de las consecuencias de la normativa laboral sobre sucesión de empresas⁶.

El objeto del presente capítulo es determinar si se produce una sucesión de empresas en la reversión de una contrata o concesión pública. Y debe advertirse ahora que para dirimir si esta concreta alteración del modo gestión de las actividades y cometidos públicos puede subsumirse en el artículo 44 ET, se requerirá una aplicación acumulativa de los diferentes estratos de la mencionada hermenéutica como un todo. En efecto, no es posible verificar si una reversión de servicios públicos desencadena una sucesión de empresa abstrayéndose de la doctrina vertida sobre la aplicación de la institución normativa a las sucesiones de contrata y subcontratas. Y, a su vez, esta última se nutre del núcleo fuerte de la jurisprudencia sobre la transmisión de empresas, empleando y adaptando aquellos criterios que fueron dictados ante las más básicas operaciones de cambio de titular (compra-ventas, arrendamientos, sucesiones *mortis causa*, etc.).

⁵ En este sentido, J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, "Aspectos laborales de la reversión de contrata y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 42, 2018, p. 105.

En el mismo sentido, se afirma que la asunción por la empresa principal de una actividad antes externalizada no comporta por sí misma especialidades respecto al supuesto público (STS de 3 de mayo de 2016, rec. 3040/14, sobre la reversión de la contrata de Hipercor de reposición de productos). Véase: M. Á. FALGUERA BARÓ, "Sucesión de empresas y contrata: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos Aira Pascual y Securitas", *Ciudad del Trabajo: actualidad iuslaboralista*, n.º 1, 2017, p. 155.

⁶ En este sentido: C. L. ALFONSO MELLADO, "La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las Entidades Locales y a las sociedades mercantiles de capital público)", *Revista de Derecho Social*, n.º 73, 2016, p. 34. También: J. GARCÍA BLASCO, "Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los «umbrales» de efectividad del Derecho del Trabajo", en AAVV (AEDTSS) *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, Madrid, 2021, p. 110.

En consecuencia, todos son aplicables a los supuestos estudiados, y actúan como una suerte de círculos concéntricos que incorporan, a las consideraciones más generales y básicas, aquellas de naturaleza más específica. Esta acumulación de criterios no hace sino mostrar la evolución cronológica de la aplicación de la institución laboral, en la medida en que constituyen respuestas judiciales a las nuevas formas de organizar el trabajo y los nuevos mecanismos para transmitir una empresa que han ido surgiendo. Por tanto, a efectos metodológicos todos ellos serán tratados de forma conjunta, si bien se tratará de diferenciar aquellas ideas que sean propias de la reversión de servicios públicos de aquellas otras que son más generales aunque necesariamente aplicables.

II. LA APLICABILIDAD DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS A LOS FENÓMENOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Breve excursio en torno a la descentralización productiva

A) La doctrina científica viene poniendo de manifiesto, casi desde su aparición en la década de los 80, las indudables ventajas que introduce el fenómeno conocido como descentralización productiva en el ámbito de la gestión empresarial⁷. En efecto, y sin ánimo de realizar una exposición exhaustiva, hay un amplio espectro de razones de oportunidad económica y funcional que permiten incrementar la productividad y competitividad de la empresa⁸. En consecuencia, el recurso a esta técnica se ha convertido en la pauta general del funcionamiento del sistema productivo a nivel mundial, extendiéndose prácticamente a todos los ámbitos de actividad. Así, el tejido productivo se articula hoy día en torno a un entramado de «redes empresariales», que cooperan entre sí a través de nexos de tipología muy variada⁹, pero cuya fórmula más extendida es la externalización mediante contratas y subcontratas de obras y servicios o, en el ámbito público, contratos públicos y concesiones administrativas.

Paralelamente, también desde el principio, no han pasado desapercibidos los efectos que conlleva sobre las relaciones laborales, hasta el punto en que ha supuesto toda una desorganización del Derecho del Trabajo y de sus instituciones tradicionales¹⁰. Así, pueden destacarse toda una serie de consecuencias negativas para los trabajadores, ya sean apreciadas

⁷ J. CRUZ VILLALÓN, "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas [Ref. LA LEY 459/2001]", cit., p. 2/45 pdf descargado. F. BLAT GIMENO, "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en AAVV *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 25. D. MONTOYA MEDINA, *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 38 y ss. J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 51 y ss. D. T. KAHALE CARRILLO, *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 34 y ss.

⁸ L. E. NORES TORRES, *El trabajo en contratas: la noción de «contrata de propia actividad»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 21.

⁹ W. SANGUINETI RAYMOND, "¿Hacia un Derecho del Trabajo de las redes empresariales?", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 17, 2016, fecha de consulta 7 julio 2016, en la BD Smarteca.

¹⁰ F. VALDÉS DAL-RÉ, "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo [Ref. LA LEY 6099/2002]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2001, p. 1/7 pdf descargado, fecha de consulta 29 junio 2016, en la BD La Ley Digital.

desde una perspectiva estática o dinámica. Respecto a la primera dimensión, puede hablarse del efecto de degradación que conlleva sobre las condiciones de trabajo y salariales, facilitada en los últimos tiempos por la prioridad aplicativa del convenio de empresa. O, atendiendo a una vertiente colectiva, de las dificultades para articular órganos de representación de los trabajadores por el adelgazamiento de la empresa que conlleva una obstaculización en la defensa de los intereses profesionales —con la consiguiente individualización de las relaciones laborales— y de las dificultades para garantizar del derecho de huelga. Por otro lado, la “*desmembración jurídica*”¹¹ que produce sobre la figura del empresario pone en peligro la efectividad de los derechos laborales, pues dificulta su identificación como centro de imputación de cargas y responsabilidades¹² y favorece la realización de prácticas fraudulentas para eludir la condición de empresario¹³. Y, en fin, entre otros aspectos, podría hablarse también de las repercusiones en el ámbito de la seguridad y salud laboral atendiendo a la coordinación de las acciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Desde una perspectiva dinámica también introduce importantes alteraciones en el régimen de tutela de las normas laborales, ya que los procesos de externalización o las vicisitudes que puedan sufrir (cambio de contratista o reversión y vuelta a la gestión directa¹⁴) tienen notables consecuencias sobre la estabilidad en el empleo y la conservación de los derechos de los trabajadores empleados en las contratas. Y ello, porque la interpretación jurisprudencial que se ha hecho de instituciones laborales como el despido por causas empresariales y el contrato de duración determinada por obra o servicio permiten vincular la vigencia de la relación laboral a la de la relación mercantil entre empresas, en lugar de al desarrollo de la actividad productiva. A mayor abundamiento, la normativa sobre sucesión de empresa, al no contemplar las singularidades inherentes al funcionamiento normal de la descentralización productiva, presenta notables dificultades para cubrir todos los supuestos de cambio de empleador que pueden darse¹⁵.

En definitiva, el estatuto jurídico del trabajador externalizado se caracteriza por una mayor precariedad e inestabilidad. Pues bien, pese a la implantación y la larga trayectoria que tiene la descentralización productiva en el sistema económico, el ordenamiento jurídico laboral no ha sabido adaptarse a las transformaciones acontecidas en aquel. Por tanto, las instituciones laborales que lo regulan (con carácter central los arts. 42 a 44 ET, si bien hay otras normas «extra-estatutarias» que también contienen previsiones específicas) se han quedado obsoletas y se han

¹¹ J. RIVERO LAMAS, “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurícolaboral”, en AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas; Coord. Ángel L. De Val Tena) *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El «Outsourcing»*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 31.

¹² F. VALDÉS DAL-RÉ, “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo [Ref. LA LEY 6099/2002]”, cit., p. 3/7 pdf descargado.

¹³ J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, cit., p. 47.

¹⁴ Véase: J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas [Ref. LA LEY 459/2001]”, cit., p. 25/45 y ss.

¹⁵ Sobre la concreta dimensión de la externalización de servicios públicos: C. MARTÍNEZ MORENO, “Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las administraciones públicas: algunos ejemplos de las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo asalariado”, *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 7, 2007, Consejo General del Poder Judicial, p. 179 y ss.

centrado en dar respuesta a los efectos laborales que conlleva desde una perspectiva «patológica», reaccionando a posibles situaciones de fraude o de evasión de responsabilidades. Sin embargo, no contempla que el recurso «fisiológico» o lícito a esta técnica de organización también puede conllevar efectos negativos sobre el empleo que deben ser corregidos¹⁶. Los más recientes estudios doctrinales evidencian que las referidas consecuencias negativas sobre el empleo no solo se han mantenido, sino que se han incrementado por el surgimiento de nuevas fórmulas de externalización en los últimos tiempos¹⁷.

B) A este fenómeno no ha sido ajena la Administración Pública ya que, además de compartir las razones que facilitaron su rápida difusión en el sector privado, presenta otras propias que provocaron un crecimiento extraordinario de los fenómenos de externalización de actividades y servicios públicos desde finales de la década de los ochenta y principios de los noventa. Con ello, se pretendía la “reconsideración de la tradicional estructura organizativa y funcional de las Administraciones Públicas, a fin de reajustarla a desde criterios y técnicas más propias de la gestión empresarial”¹⁸. A estos planteamientos modernizadores del sector público, entre cuyas bases llevaba la descentralización de funciones, se los conoce como «Nueva Gestión Pública»¹⁹.

C) Estas transformaciones del sistema productivo público y privado tienen fuertes consecuencias sobre la apreciación de la concurrencia de los presupuestos necesario para que se produzca transmisión empresarial. Y es que, con frecuencia, la actividad objeto de la contrata o concesión es simplemente un «servicio» que, como afirma la profesora DE LA PUEBLA PINILLA, altera la fisonomía de aquello que puede llegarse a considerar una empresa, y a su vez tiene fuertes repercusiones sobre su posible transmisión. En este sentido, no pocas actividades de servicios quedan caracterizadas por dos factores diferenciales. El primero, que se trata de una «prestación intangible» o sin representación física, por lo que no requiere bienes muebles para su prestación o instalaciones y bienes inmuebles para almacenarlo. Y el segundo, que tienen un marcado «carácter personal» que precisa de una inmediatez y proximidad al cliente, por lo que no

¹⁶ F. BLAT GIMENO, “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, cit., p. 20 y 25.

¹⁷ Merece la pena remitir a dos completas y rigurosas monografías recientes: AAVV (AEDTSS), *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018. A. V. (COORD. M. L. BALAGUER), *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

¹⁸ Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, “La Administración Pública y las reglas de la «externalización»”, *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n.º 33, 2006, p. 6.

¹⁹ B. OLÍAS DE LIMA GETE, “Cara y cruz de la Externalización”, en AA.VV. (Dir. Luis Ortega Álvarez) *Crisis y Externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 37. Sobre la aplicación de las instituciones laborales véase, por ejemplo, F. J. GÁRATE CASTRO, “Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la «propia actividad»”, en AAVV (Coord. Francisco J. Gárate Castro) *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, p. 153 y ss. J. QUINTANS GARCÍA, “«La Administración como empresario. Dos aspectos: la responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios y la contratación laboral de trabajadores extranjeros»”, *Cuadernos de derecho local*, n.º 9, 2005, p. 87 y ss. L. E. NORES TORRES, “El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP.”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 35, 2014.

se presta en las instalaciones de la empresa sino que los servicios contratados se prestan en la sede o domicilio del cliente, de manera totalmente deslocalizada²⁰.

En el ámbito en las Administraciones Públicas, manifestaba la profesora SERRANO OLIVARES que, a salvo de ciertas actividades de carácter industrial o mercantil, buena parte de los cometidos externalizados, son desarrollados por empresas contratistas y concesionarias cuyo modelo organizativo corresponde con el de las empresas de servicios, que no precisan ningún factor de producción patrimonial, sino que basta para desarrollar sus cometidos un grupo de trabajadores organizados²¹. En definitiva las empresas contratistas o concesionarios suelen tener una «estructura y fisionomía ingravidas»²² o, si se prefiere, «desmaterializada»²³.

2. La clásica exigencia del doble requisito subjetivo y objetivo

Para que un negocio entre distintos empresarios, ya sea este de naturaleza civil, mercantil o administrativo, pueda constituir una sucesión de empresa capaz de desplegar sus efectos –los derechos o garantías laborales previstas- sobre los trabajadores implicados han de concurrir dos requisitos en la operación: uno de carácter subjetivo y otro objetivo²⁴.

El «requisito» o «elemento de carácter subjetivo», hace referencia al mismo cambio de titularidad de un empresario por otro y, tradicionalmente, ha ocupado a la jurisprudencia tratando de delimitar qué tipo de negocios o títulos jurídicos (de diversa naturaleza) serían susceptibles de desencadenar la aplicación de la institución laboral. Mientras que el «requisito» o «elemento de carácter objetivo» se centra en el objeto de la transmisión, cuya interpretación jurisprudencial se ha consistido en dirimir cuál ha de ser su composición o contenido mínimo necesario para que el

²⁰ A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 50.

²¹ R. SERRANO OLIVARES, “Los fenómenos de descentralización productiva en las Administraciones Públicas: aspectos de derecho individual del trabajo”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Madrid, 2000, p. 963.

²² A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, cit., p. 241.

²³ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 114.

²⁴ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 140; E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios [Ref. LA LEY 544/2001]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1993, p. 3 y 12/37 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital. L. M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 15. J. GARCÍA ORTEGA, “La sucesión de contratistas”, en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo del profesor Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 343; F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 34 y ss.; T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en AA.VV. (Coord. Angel Blasco Pellicer) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 389.; L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 32.

nuevo empresario pueda realizar la misma actividad económica, continuando su explotación tras el cambio de titularidad en idénticas condiciones que el anterior.

En consecuencia, la jurisprudencia interna desde antiguo viene exigiendo, en la apreciación del supuesto de hecho del artículo 44 ET –de la misma manera que ya lo hacía bajo la vigencia del art. 79 LCT- la concurrencia de ambos elementos: *“uno subjetivo, representado por la transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo, adquirente o sea el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo que comprende cualquier tipo de transmisión, y otro, objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, es decir la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido, lo que viene a excluir de la aplicación de los aludidos preceptos los supuestos de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales integrantes”*²⁵.

En términos similares se expresa el TJUE cuando afirma que del tenor literal del artículo 1.1.a) y b) de la Directiva sobre transmisión de empresas se desprende la concurrencia de (1) una transmisión que debe ocasionar un cambio de empresario; 2) que se refiera a una empresa, un centro de actividad o una parte de un centro de actividad; y 3) que resulte de un contrato. En realidad, el análisis sobre la existencia de sucesión de empresa debe implicar la comprobación de si se ha producido un cambio de empresario a través de un mecanismo contractual y examinar si lo transmitido es una empresa²⁶. Y es que, de una mera lectura del precepto se evidencia sin esfuerzo que el ámbito de imputación normativa de la disposición de derecho comunitario también puede reconducirse a dos elementos: la «causa de la transmisión» (*“los traspasos... a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión”*) y el «objeto de la transmisión» (*“...de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad...”*)²⁷. En resumen, el órgano judicial se ha de pronunciar sobre la existencia de una «empresa» y sobre su «transmisión o traspaso» en el sentido dado por la Directiva 2001/23/CE²⁸.

Tanto en sede nacional como comunitaria los primeros conflictos judiciales se focalizaron en el requisito subjetivo, esto es, en la valoración de los negocios jurídicos empleados para

²⁵ Cfr. SSTS de 29 de marzo de 1985 (con cita de una abundante y antiquísima jurisprudencia anterior: SSTS de 8 de junio de 1955; de 14 de mayo de 1957; de 30 de enero de 1960; de 1 de diciembre de 1962; de 21 de diciembre de 1966; de 12 de febrero de 1969; de 6 de mayo de 1971; de 10 de octubre de 1973; de 14 de noviembre de 1977; de 7 de julio de 1978; de 17 de junio de 1983; de 3 y 9 de octubre de 1984). En el mismo sentido SSTS de 27 de octubre de 1986; de 9 marzo de 1987; de 11 de mayo de 1987; de 10 de mayo de 1988; de 10 de septiembre de 1988. Más recientemente: SSTS de 3 de octubre de 1998, rec. 5067/96; de 15 de abril de 1999, rec. 748/98; de 25 de febrero de 2002, rec. 4293/02; de 1 de marzo de 2004, rec. 4846/02; de 16 de abril de 2018, rec. 2392/16; de 9 de mayo de 2016, rec. 3537/16; de 29 de mayo de 2018, rec. 4050/16; de 28 de junio de 2018, rec. 1379/17.

²⁶ Por todas, STJUE de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C- 51/00, ap. 21.

²⁷ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 34.

²⁸ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 42 y 60. También resulta interesante la sistematización de la doctrina y reformulación de los requisitos que realiza el Sr. Maciej Szpunar, Abogado General en el asunto *Govaerts* (STJUE de 26 de marzo de 2020, *Govaerts*, asunto C-344/18).

traspasar la empresa. Sin embargo, en los últimos tiempos este ha perdido protagonismo y la cuestión verdaderamente conflictiva ha sido la interpretación de lo que constituye el «objeto mínimo de la transmisión»²⁹, hasta el punto de que la identificación de este requisito en operaciones de cambio de titularidad se ha convertido en el elemento central capaz de determinar la aplicación de la norma o su exclusión³⁰. Y ello, principalmente, a consecuencia de la notable tercerización y desmaterialización que ha transformado la economía en las últimas décadas³¹, y que hace difícil la apreciación del objeto mínimo del traspaso³² pues, con frecuencia, lo que se transmite es “*una actividad y poco o nada más*”³³. En efecto, cada vez han ido ganando más relevancia actividades empresariales que se circunscriben en el ámbito de la prestación de servicios, lo que ha motivado que la noción de empresa haya tenido que evolucionar hacia planteamientos más flexibles que permitan proteger también a los trabajadores de estos sectores. Precisamente por ello se modificó la Directiva en el año 1998, introduciendo una noción delimitadora de su ámbito de aplicación. Con todo, 20 años después, parece insuficiente habida cuenta de que la realidad empresarial y productiva regulada es extremadamente dinámica³⁴ y requiere constantes ajustes y adaptaciones³⁵ que no han llegado por vía normativa, sino por la jurisprudencia, esencialmente por parte del TJUE.

3. La postura del Tribunal Supremo ante la sucesión de empresas en supuestos de externalización y sus posteriores vicisitudes

En este orden de acontecimientos, se debe comenzar el acercamiento a la materia haciendo referencia a un criterio harto reiterado y consolidado de la jurisprudencia española que se ha erigido como una suerte de premisa a la hora de examina delimitar si una operación de descentralización productiva puede desencadenar una verdadera transmisión de empresas.

Y es que tradicionalmente nuestra jurisprudencia ha aseverado con rotundidad que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, ya que no son más que el derecho que una empresa tiene a obtener un lucro a cambio de

²⁹ R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 2/27 pdf descargado. S. DEL REY GUANTER Y OTROS, “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 222.

³⁰ Así se ha afirmado que “*en definitiva, lo que se ha venido discutiendo es el concepto de entidad económica que debe quedar subsumido en el citado precepto*”. Cfr. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, n.º 1, 2017, p. 14/40 pdf descargado.

³¹ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 114.

³² S. DEL REY GUANTER Y OTROS, “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 222.

³³ Cfr. L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 32.

³⁴ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 11.

³⁵ A. MERINO SEGOVIA, “Cesión en la gestión de servicios y asunción de la explotación de una actividad económica por una empresa pública (Sentencia de la Sala Sexta del TJUE, de 26-11-2015, Asunto C-509/2014)”, cit., p. 1/8 pdf descargado.

la prestación de un servicio a un tercero con sus propios medios materiales y personales³⁶. Así, cuando se discutía sobre la sucesión de prestadores privados de una actividad descentralizada, se concluía que no constituye *per se* un supuesto típico de transmisión, pues técnicamente no se transmite nada, sino que se extingue y liquida un negocio jurídico y se celebra otro posterior, sucediendo únicamente al primero en el desarrollo de la actividad³⁷. Es decir, lo que se produce es la *“finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando”*³⁸. Y esta reiterada doctrina resulta aplicable tanto al sector privado como al público, y no solo al supuesto de cambio de concesionario en virtud de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público –donde encuentra su máximo exponente–, sino también al momento constitutivo de la contrata tras adoptar la decisión de externalizar³⁹.

Por tanto, no es de extrañar que cuando el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre las operaciones de reversión de actividades externalizadas por la Administración comitente haya afirmado haya aplicado idéntico criterio rechazando que, con carácter general, la extinción de la contrata pública y la reasunción de la actividad antes descentralizada por el ente público constituya, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial⁴⁰. En todos los casos en los que no se actualiza el supuesto de hecho del artículo 44 ET, el empresario saliente se verá constreñido a reubicar a la plantilla excedente o a extinguir los contratos, bien por la concurrencia de una causa objetiva, o bien por la vía del artículo 49.1.c ET en algunos contratos temporales.

Sin embargo, que la recuperación del servicio público antes descentralizado no describa *per se* un supuesto de transmisión empresarial, no debe conducir a la conclusión de que el mecanismo subrogatorio no se aplique en ningún caso⁴¹. Pero, a pesar de la anterior afirmación ampliamente extendida que pudiera causar la impresión de que estas operaciones no se sujetan la norma estatutaria, el propio Supremo la matiza su postura afirmando que una reversión de contratas públicas podrá actualizar el supuesto de hecho normativo del artículo 44 ET cuando concurren, igual que en el resto de operaciones de transmisión de empresa, los requisitos subjetivo y objetivo (STS de 12 de marzo de 2020, rec. 1916/17). Si bien, esta forma de presentar «en negativo» la aplicación de su doctrina a estas concretas operaciones de cambio de titularidad ha influido

³⁶ Entre otras: SSTS de 5 de abril de 1993, rec. 702/92; de 10 de julio de 2000, rec. 923/99; de 11 de mayo de 2001, rec. 4206/00; de 12 de febrero de 2013, rec. 4379/11; de 21 de abril de 2015, rec. 81/14.

³⁷ E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios [Ref. LA LEY 544/2001]”, cit., p. 5/37 pdf descargado; J. GARCÍA ORTEGA, “La sucesión de contratistas”, cit., p. 324.

³⁸ Entre otras, las SSTS de 5 de abril de 1993, rec. 702/92, F.J. 3º; de 27 de junio de 2008, rec. 4773/06, F.J. 5º; de 21 de abril de 2015, rec. 81/14, F.J. 4º; de 10 de mayo de 2016, rec. 2957/14, F.J. 4º.

³⁹ Entre otras, las SSTS de 6 de febrero de 1997, rec. 1886/96; de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/97; de 3 de mayo de 2016, rec. 3165/14; de 1 de junio de 2016, rec. 2468/14.

⁴⁰ Entre otras, SSTS de 30 de mayo de 2011, rec. 2192/10 de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10; de 26 enero de 2012, rec. 917/11; de 21 de abril de 2015, rec. 91/14.

⁴¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 29, 2017, p. 10/27 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 18 mayo 2017.

notablemente en su calificación, declarando extramuros de la institución social muchos supuestos que reunían los requisitos necesarios para ser considerados una verdadera transmisión⁴².

4. La postura del TJUE ante la externalización de servicios

No difiere materialmente la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque muestra una mayor predisposición a la aplicación de la norma comunitaria que se plasma, por de pronto, en la forma en la que presenta sus pautas hermenéuticas. Así, en lugar de comenzar con una afirmación general de inaplicación de la institución laboral a los supuestos de sucesiones y reversiones de contratos, de forma más aséptica analiza primero si concurren los presupuestos jurisprudenciales para que la operación se reconduzca al artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE. Una vez realizada esta tarea, si no se cumplen tales requisitos, entonces sí concluye que *“la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica”*. Así lo ha determinado en numerosos casos sobre sucesión de contratistas de servicios – independientemente de su aplicación en el terreno de lo público o en el sector privado⁴³ o ante la externalización de actividades productivas para la ejecución de obras públicas⁴⁴.

Igualmente, en supuestos de reversión y vuelta a la gestión pública de la actividad, en los cuales, solo cuando no constata la efectiva transmisión de una empresa o entidad económica, concluye que *“sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23”*. Y es que el hecho de que la *“actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado”*⁴⁵.

III. EL REQUISITO DE CARÁCTER SUBJETIVO: EL CAMBIO DE TITULARIDAD

Respecto al requisito subjetivo, referido a los negocios o títulos jurídicos que pueden emplearse para perfeccionar los cambios de titularidad, no resulta problemática su apreciación en

⁴² Véase la argumentación seguida en alguna de las sentencias que considera que la reversión del servicio de recaudación de impuestos y exacciones desempeñado por los Recaudadores de Hacienda y de Zona no constituye una transmisión de empresa (por ejemplo, STS de 3 de octubre de 1998, rec. 5067/97). Y a su vez, cómo estos casos influyeron en otros precedentes conocidos por el Supremo sobre la reversión de recaudación de tributos locales, en los que era todavía más evidente la concurrencia de los requisitos citados (STS de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00).

⁴³ Así, establece que *“la simple pérdida de la contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la directiva”* porque *“en esta situación, aunque pierda un cliente, la empresa de servicios que era anteriormente titular de la contrata no deja de existir íntegramente, sin que pueda considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se ha cedido al nuevo adjudicatario de la contrata”*. Cfr. SSTJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, ap. 15 y 16; de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo y otros*, C-173 y 247/96, ap. 30, etc.

⁴⁴ STJUE de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, C-234/98, ap. 27.

⁴⁵ STJUE 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C-463/09, ap. 41 y 42.

estos supuestos –así como en operaciones de externalización y sucesión de concesionarios–, debido a la interpretación teleológica y abierta que se ha efectuado del mismo. De modo que basta con que se produzca el cambio de titularidad en la figura del empleador para considerarlo cumplido, sin importar la causa o el negocio jurídico empleado para perfeccionarlo⁴⁶.

Podría decirse que la hermenéutica del requisito subjetivo, causal o procedimental del traspaso han seguido un recorrido muy similar tanto en la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia⁴⁷, siguiendo una tendencia expansiva que ha llevado, de forma constante y coherente con la evolución económica y productiva, hasta otorgarle el valor omnicompreensivo que en la actualidad tiene⁴⁸.

1. El procedimiento de la transmisión en la jurisprudencia comunitaria: interpretación amplia y finalista del TJUE

Desde su primera sentencia (STJUE de 7 de febrero de 1985, *Abels*, C-135/83), el tribunal de Luxemburgo ya descartó acoger una interpretación literal de la Directiva para evitar que los propios términos empleados por aquella –traspaso como consecuencia «de una cesión contractual o de una fusión»–, pudieran conducir a la expulsión de ciertos supuestos de cambio de titularidad de la empresa de su ámbito de protección. Es más, determinó que solo una interpretación flexible y teleológica resultaría compatible con el espíritu de la norma comunitaria y con las diferencias terminológicas derivadas de su transposición por los diferentes Estados miembros⁴⁹.

A partir de ahí, puede afirmarse que en todo su recorrido posterior ha ido dando los pasos necesarios para poder concluir con rotundidad que, en el supuesto en que una persona jurídica de derecho público recibe una entidad económica a causa de la extinción del contrato público por el que se venía adjudicando su prestación al sector privado, el meritado requisito queda cubierto⁵⁰.

⁴⁶ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 28.

⁴⁷ Si bien, utilizando una terminología un tanto diferente (F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 45).

⁴⁸ Véase: L. F. SAN MARTÍN AGUILAR, “Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 43, 1997, p. 41. J. M. MARÍN CORREA, “La sucesión de empresas: reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 48, 2004, p. 88.

⁴⁹ Posteriormente se reitera en casi todas las sentencias como una suerte de cláusula tipo: STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, C-108/10, ap. 63: “*hay que recordar que, habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas de esa Directiva y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre los conceptos a los que éstas se refieren, el Tribunal de Justicia ha dado a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva, consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa (SSTJUE de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91, ap. 10 y 11; de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys, C-171/94 y C-172/94, ap. 28; de 13 de septiembre de 2007, Jouini y otros, C-458/05 ...)*”.

Con todo, la doctrina aseguraba que sin dificultad interpretativa estas nociones de transmisión incluidas en la Directiva cubrían perfectamente los demás tipos de transmisión imaginables. Véase: T. SALA FRANCO, “Efectos laborales de la transmisión de empresas: Normas comunitarias y Derecho español”, cit., p. 1755.

⁵⁰ Esta misma idea es la que algunas autoras deducen de la STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14, en el sentido de que consideran que en absoluto es innovadora, sino que las conclusiones a las que llega son la lógica consecuencia de aplicar “*la normativa sucesoria en su sentido interpretativo y tipológico general y*

A) Para empezar porque, como prontamente determinó, no es necesario que el traspaso derive de una «cesión contractual o convencional» mediante la que se alcanza un acuerdo entre cedente y cesionario para transmitir la empresa en virtud de la autonomía de la voluntad. De este modo, también pueden incluirse los traspasos realizados de «forma coactiva» y «a instancia de un tercero», como puede ser una autoridad judicial o administrativa en el marco de un procedimiento de quiebra o un procedimiento de insolvencia análogo regulado por el Derecho Concursal⁵¹.

B) Tampoco se precisa que el negocio jurídico empleado conlleve una transmisión de la propiedad de la empresa o de los elementos patrimoniales que la componen. De hecho una normativa nacional que excluyera los cambios de empresario que no vayan acompañados de una transmisión de la propiedad de la empresa sería contraria a la Directiva⁵². Y es que, “*los empleados de una empresa que cambia de empresario, sin que exista transmisión de propiedad, se encuentran en una situación comparable a la de los empleados de una empresa que ha sido vendida y necesitan por lo tanto una protección equivalente*” (STJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86, ap. 12). De este modo, declaró comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma europea los arrendamientos de empresa o industria, tanto en su momento constitutivo, como en los posteriores cambios de arrendatario a instancia del arrendador, y en la recuperación de la explotación por su titular primigenio tras la extinción del contrato. En concreto, en este último caso, en la medida en que dicha extinción “*tiene como efecto privar al arrendatario de la industria de la calidad de empresario, calidad que adquiere de nuevo el propietario, debe considerarse también como una transmisión de empresa a otro empresario*”⁵³. Debe llamarse la atención de que la pérdida de la condición de arrendatario también se produce por decisión de un tercero (en este caso privado) y sin requerir su consentimiento. Y de que el cambio de arrendatario no conlleva la exigencia un «tracto directo» entre cedente y cesionario a efectos de la subrogación

clásico”. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ; M. N. MORENO VIDA; M. M. LÓPEZ INSUA, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 22, 2019, p. 49. En el mismo sentido: M. TREVIÑO PASCUAL, “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 47, 2017, p. 151.

⁵¹ SSTJUE de 7 de febrero de 1985 (4), *Abels*, asunto C-135/83, ap. 9 y ss.; *Botzen*, asunto C-186/83; *Vakbeweging*, asunto C-179/83; *Wendelboe*, asunto C-19/83; de 11 de julio de 1985, *Danmols Inventar*, asunto C-105/84; de 25 de julio de 1991, *D’Urso*, asunto C-362/89, ap. 31-32; de 7 de diciembre de 1995, *Luigi Spano y otros*, asunto C-472/93, ap. 25; de 12 de marzo de 1998, *Dethier Equipement*, asunto C-319/94, ap. 22 y ss.; de 12 de noviembre de 1998, *Europièces*, asunto C-399/96; de 22 de junio de 2017, *Smallsteps BV*, asunto C-126/16; de 16 de mayo de 2019, *Plessers*, asunto C-509/17; de 9 de septiembre de 2020, *TMD Friction*, asuntos C-674 y 675/18.

⁵² STJUE de 8 de junio de 1994, *Comisión/Reino Unido*, asunto C-352/92, ap. 35.

⁵³ En efecto, “*en la medida en que el arrendatario de la industria adquiere, en virtud del contrato de arrendamiento, la calidad de empresario en el sentido indicado, la transmisión debe considerarse como una transmisión de empresa a otro empresario*”. Y en el caso de que “*el propietario recupere la explotación de la empresa cedida en arrendamiento, a consecuencia de un incumplimiento del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario de la industria, se imponen análogas consideraciones. Tal recuperación se produce, también, en virtud del contrato de arrendamiento*”. Cfr. STJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86, ap. 13-14. Sobre la constitución de un subarriendo: STJUE de 16 de diciembre de 1992, *Katsikas*, asuntos C-132, 138 y 139/91.

laboral, sino que se realiza en dos fases: primero el propietario recupera la empresa desde el primer arrendatario y luego la transmite al nuevo contratante para su explotación⁵⁴.

C) Con estas premisas expuestas, solo era cuestión de tiempo que algún tribunal de los Estados miembros planteara una pregunta prejudicial sobre la posible inclusión en el campo de aplicación de la Directiva de uno de los tipos de cambio de empresario que más litigiosidad han suscitado en las últimas décadas: la externalización de actividades productivas. Dejando ahora de un lado la cuestión más problemática en estos casos, que es la apreciación del objeto de la transmisión, los precedentes jurisprudenciales en torno a la interpretación del requisito subjetivo ya condicionaban una respuesta afirmativa por parte del Tribunal de la Unión Europea.

Así, no podía excluirse del ámbito de la Directiva una operación mediante la cual un empresario (principal o comitente) encomienda contractualmente a otro (contratista) la responsabilidad de explotar una parte de su actividad que antes gestionaba de forma directa, a cambio de una remuneración y con las condiciones contractualmente pactadas. Ello, sin que sea un obstáculo que no se conceda al contratista la responsabilidad íntegra de la explotación en lo referente a la clientela y fijación de precios, ni se transmita la propiedad de los activos patrimoniales necesarios y que la explotación se realice en beneficio del comitente/cedente⁵⁵.

De la misma manera que era coherente incluir los posteriores cambios de contratista, aun cuando no hay una relación contractual entre el primer y segundo contratista, habida cuenta de que la transmisión se realiza mediante dos contratos sucesivos y no deriva de un acuerdo de voluntades entre ambos, sino de la decisión de un tercero⁵⁶. Es decir, pueden incluirse en el marco de la Directiva tanto los negocios con «modelos bipolares», en los que el comitente pasa a encargar al contratista ciertos trabajos que efectuaba directamente antes de la contrata, como los negocios con «estructura tripolar», en los que al finalizar la misma, no prosigue la relación con el contratista y el comitente encarga la contrata a otro empresario⁵⁷.

No debe diferir la solución aunque la transmisión se realice entre distintas sociedades que pertenecen a un mismo grupo empresarial o que tienen una matriz empresarial común. Así, aunque ambas tengan los mismos propietarios, la misma dirección, usen las mismas instalaciones

⁵⁴ STJUE de 10 de febrero de 1988, *Daddy's Dance Hall*, C-324/86, ap. 10, sobre un supuesto en el que se vuelve a celebrar un contrato de arrendamiento con otro sujeto. O, STJUE de 15 de junio de 1988, *Bork International*, asunto C-101/87, ap. 20, en la que tras la recuperación de la industria arrendada se vende a un tercero.

⁵⁵ STJUE de 12 noviembre de 1992, *Watson-Rask*, C-209/91, ap. 14 y 21; de 14 abril de 1994, *Christel Schmidt*, C-392/92, ap. 20.

⁵⁶ SSTJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, asuntos C- 171 y 172/94, ap. 28; de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, asunto C-13/95, ap. 12; de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C- 51/00, ap. 31 -en este último el traspaso se produce entre el subcontratista del anterior contratista y el nuevo empresario contratista-. No obstante, la inexistencia de vínculo puede constituir un indicio de que no se ha producido transmisión (caso *Süzen*, ap. 11).

⁵⁷ M. AGÍS DASILVA, "Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales", cit., p. 725.

y que trabajen en la misma actividad, pues en todo caso son personas jurídicas diferentes que mantienen, cada una por su lado, relaciones laborales específicas con sus trabajadores⁵⁸

En definitiva, la delimitación del elemento causal formulada por el Tribunal de la Unión es tan amplia que “*quedan comprendidos todos los supuestos de cambio en el marco de relaciones contractuales de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa*”⁵⁹, incluso cuando no hay una relación contractual entre cedente y cesionario. Esta concepción tan abierta y omnicomprensiva tuvo como consecuencia inmediata que el requisito subjetivo perdiera importancia como elemento definitorio del ámbito de aplicación y que los problemas interpretativos quedaran desplazados al requisito objetivo, especialmente, a raíz de la admisión de estos supuestos de contratación y subcontratación de obras y servicios⁶⁰.

D) Una última cuestión quedaba por aclarar y es la aplicabilidad de todas estas bases doctrinales a los supuestos en que en los cambios de titularidad participa, como cedente o como cesionaria, una Administración o una empresa pública. Como ya se expuso, por medio de la Directiva 98/50/CEE se incluyó la previsión contenida en el actual artículo 1.1.c mediante la que se declara su plena aplicabilidad a estas entidades, con la salvedad del traspaso de aquellas funciones que no conformen una actividad económica. Y, en cierta forma, podría considerarse que de esta modificación alteró el elemento causal de la transmisión, si bien de forma «lateral y periférica»⁶¹ por cuanto que tiene un valor meramente aclaratorio. Pero, en cualquier caso, supone la inclusión expresa de los tipos de negocios o procedimientos jurídicos mediante los que las AAPP pueden traspasar una entidad económica.

Así, debe recordarse de nuevo que la normativa comunitaria admite los cambios de titularidad «coactivos», por lo que comprende aquellos «actos derivados de decisiones unilaterales de los poderes públicos» y que, en este caso, constituyen la vía ordinaria a través de la cual se lleva a cabo una transmisión en el seno de las Administraciones⁶².

i) En este sentido, el TJUE ha declarado la existencia de traspaso en aquellos cambios de titularidad que se encaucen a través de un procedimiento de adjudicación de organizado de conformidad con las Directivas sobre contratación pública. Es más, ha puntualizado que el hecho de operación actualice el supuesto de hecho de ambas Directivas, administrativa y social, no debe interpretarse como excluyente, ni que suponga un obstáculo a la aplicación de las reglas de la

⁵⁸ STJUE de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, C-234/98, ap. 19-25.

⁵⁹ Por todas, STJUE de 10 de febrero de 1988, *Daddy's Dance Hall*, C-324/86, ap. 9.

⁶⁰ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 35.

⁶¹ *Ibid.*, p. 34. En el mismo sentido: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 27; W. SANGUINETI RAYMOND, “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, 36, 2006, Bomarzo, p. 17/30 pdf descargado, fecha de consulta 30 junio 2016, en <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/descentralizacion-productiva.pdf>.; D. T. KAHALE CARRILLO, *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, cit., p. 129.

⁶² J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, cit., p. 437.

competencia pues, como se viene exponiendo, ambas directivas responden a igual lógica de tutela del mercado común y permiten que las distintas ofertas entre operadores sirvan a la concurrencia empresarial. De hecho, la evaluación de si al nuevo prestador le interesa adquirir activos o personal del anterior o si debe subrogar al personal por imperativo legal para presentar su oferta forma parte del juego de la competencia, y no puede ser entendida como una infracción del principio de seguridad jurídica que justifique la inaplicación de la legislación social⁶³.

Este se ha posicionado como el mecanismo o procedimiento legal con el que se producen la mayoría de transmisiones empresariales en el ámbito de la Administración. Y es que esta tampoco ha resultado ajena al fenómeno de la descentralización productiva y participa en la economía encomendado parte de sus cometidos propios a otros sujetos públicos o privados para que los gestionen de forma indirecta. En estos casos, no hay dudas de que el traspaso se produce a consecuencia de un mecanismo contractual, pero cuando la rescisión del contrato se produce de manera unilateral por quien encomendaba la actividad que luego pretende asumir directamente, también ha de considerarse que la transmisión de la empresa de que se trate se inscribe en un marco de relaciones contractuales⁶⁴. Y tanto si se extingue el contrato público y la Administración o la empresa pública reasume la gestión de un servicio de interés público⁶⁵ o la prestación directa de una actividad que confiaba con anterioridad al sector privado⁶⁶, como si la transmisión tiene lugar en dos fases y, tras la recuperación de la actividad, es encomendada a un sujeto de derecho público o privado dependiente aquel⁶⁷. En estos casos, se produce una suerte de sucesión entre un concesionario privado y otro público que, en el terreno de la contratación pública se conoce como una encomienda de gestión a un medio propio o servicio técnico y que, en nuestro ordenamiento es, a todos los efectos, gestión directa.

ii) También ha apreciado la concurrencia del requisito subjetivo mediante la aprobación «actos administrativos» de carácter unilateral, como la extinción de una subvención otorgada a una persona jurídica, provocando con ello el cese completo y definitivo de sus actividades, y la concesión de la misma a otra persona jurídica que persigue un fin análogo⁶⁸; o la disolución de una asociación sin ánimo de lucro creada por un municipio y financiada por subvenciones públicas y cuya actividad es continuada por el Ayuntamiento⁶⁹; o la cesión del uso un local de ocio de un

⁶³ STJUE de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C- 172/99, ap. 21-22.

⁶⁴ STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, asuntos C- 127 y 229/96 y 74/97, ap. 23.

⁶⁵ STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14 (manipulación de unidades de transporte intermodal en terminal de trenes); de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16 y de 13 de junio de 2019, *Correia Moreira*, asunto C- 317/19 (diversas actividades de interés general como la gestión del sistema de transportes, mercado de ventas al por mayor, recinto ferial, etc.); de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17 (escuela municipal de música).

⁶⁶ STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, asuntos C- 127 y 229/96 y 74/97 (limpieza en estación de Renfe); de 29 de octubre de 2010, *UGT-FSP*, asunto C-151/09, de 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C-463/09 (limpieza de dependencias municipales e instalaciones educativas).

⁶⁷ Algo similar ocurre con los recién citados asuntos *Piscarreta* y *Correia Moreira* -pues juzgan la misma operación de transmisión- y en las que, tras recuperar las actividades encomendadas a una empresa pública disuelta, parte de las mismas serán prestadas por el municipio y el resto se encomendarán a otra empresa pública.

⁶⁸ STJUE de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stitchting*, asunto C- 29/91, ap. 21

⁶⁹ STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99, ap. 37.

distrito municipal a un empresario privado⁷⁰; o la integración de una corporación local en una agrupación de Municipios mediante un «convenio voluntario de Derecho Público»⁷¹

iii) Y, en fin, mediante disposiciones normativas legales o reglamentarias que establezcan un régimen especial de la transmisión de empresas. En estos casos, el hecho de que el traspaso derive de una norma con rango legal no influye a la apreciación del requisito subjetivo. Cuando, hace años, se le preguntó al TJUE sobre la compatibilidad de este tipo de disposiciones con la Directiva en materia de transmisión de empresas, el pretor comunitario respondió afirmativamente. Así, declaró que queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva la transmisión a título oneroso de una empresa gestionada por un organismo público dependiente del Estado a una sociedad privada, autorizada por una Ley estatal y dispuesta por una Orden Ministerial⁷².

2. La causa de la transmisión en la jurisprudencia española

A) El artículo 44.1 ET, a diferencia de algunos de sus antecedentes normativos y de la propia Directiva, no enumera ningún tipo de mecanismo de transmisión, simplemente alude de forma «omnicomprensiva» al «cambio de titularidad» de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma⁷³. Ello ha permitido que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial conciben el requisito subjetivo como un mero «efecto o resultado»⁷⁴, sin prejuzgar las causas o negocios que pueden producirla⁷⁵, partiendo de la posición neutra que adopta la norma estatutaria

⁷⁰ STJUE de 18 de julio de 2013, *Alermo-Herron*, asunto C-426/11.

⁷¹ Aunque en el caso el TJUE descartara la apreciación de transmisión empresarial por la naturaleza de las funciones cedidas (STJUE de 15 de octubre de 1996, *Henke*, asunto C-298/94).

⁷² STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C-343/98, ap. 16, 18 y 41. También cuando el traspaso se produce de igual modo entre diversas entidades públicas: STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10.

⁷³ L. F. SAN MARTÍN AGUILAR, “Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratos”, cit., pp. 40-42.

⁷⁴ Se ha entendido que “*el presupuesto para la aplicación de la norma queda integrado con el simple cambio de titularidad de la empresa*”. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 191. Concreta el autor que cuando la norma habla de «cambio de titularidad» se refiere al titular, esto es, a la persona que ocupa la posición de empresario que, de acuerdo con la normativa laboral (art. 1.2 ET), puede ser una persona física, jurídica o comunidades de bienes y entes sin personalidad jurídica. En todos los casos, serán empleadores laborales cuando organicen y reciban la prestación de servicios por cuenta ajena. Por tanto, cuando el Estatuto habla de cambio de titularidad de la empresa, le interesa la sustitución del empresario laboral, quien organiza el trabajo (estrictamente es «sucesión de empresarios» y no una «sucesión de empresa», esto es, un cambio en la titularidad jurídica de la empresa como objeto de tráfico jurídico). En consecuencia, la fórmula empleada por el artículo 44 ET comprende cualquier vicisitud en la titularidad de la empresa (p. 194-197).

⁷⁵ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 133. Más recientemente, E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios [Ref. LA LEY 544/2001]”, cit., p. 3/37 pdf descargado. En el mismo sentido, A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, cit., p. 243; J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 28; Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, “Fisonomía general y exigencias particulares de la transmisión de empresas desde un punto de vista laboral”, en AA.VV. (Coord. Mercedes Sabido Rodríguez *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral*, Cizu Menor, Navarra, 2012, p. 214; L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, cit., p. 32.

en cuanto al instrumento jurídico que provoca la transmisión⁷⁶. Así pues, relativiza la forma o el procedimiento concreto de la transmisión y pone el acento en la continuidad de la empresa o de parte de ella⁷⁷. En síntesis, tampoco en sede nacional ha resultado especialmente compleja la delimitación del analizado requisito subjetivo, habida cuenta de que “*el artículo 44 del ET no establece límite subjetivo alguno*”⁷⁸, por lo que son supuestos de transmisión empresarial “*todos aquellos cuyo resultado sea un cambio en la titularidad de la empresa suficiente para que el nuevo empresario pueda ostentar un poder de gestión de la misma*”⁷⁹.

Para comprobar el estado actual de la cuestión basta con consultar algunas sentencias de entre las muchas en las que puede hallarse una amplia recopilación de mecanismos capaces de provocar la transmisión, o, al menos, una alusión a los rasgos que puede tener la causa de la sucesión, comprendiendo cualquier modalidad de acto jurídico, directo o indirecto, *inter vivos* o *mortis causa*, oneroso o gratuito, con carácter definitivo o temporal, se traslade a la cedente la titularidad de los bienes o una simple capacidad de gestión sobre los mismos, y con independencia de que se trate de un cambio voluntario o coactivo⁸⁰. Así, comprende un número considerable de títulos jurídicos de diversa naturaleza que pueden desencadenar una sucesión de empresa⁸¹.

B) Aunque en la actualidad la gran mayoría de incógnitas que pudieran suscitarse en torno a la causa o el procedimiento de la transmisión han quedado despejadas, no implica que en el pasado algunas de ellas no hayan sido hartamente problemáticas. O, como mínimo, que se estimara deseable que la norma nacional hubiese aclarado expresamente la posible subsunción de ciertas operaciones en aras a una mayor claridad y seguridad jurídica⁸². Una de ellas, ha sido la delimitación de los negocios en los que una Administración participa en el cambio de titularidad.

⁷⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 11/24 pdf descargado.

⁷⁷ L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 67.

⁷⁸ Cfr. T. SALA FRANCO, “Efectos laborales de la transmisión de empresas: Normas comunitarias y Derecho español”, cit., p. 1762.

⁷⁹ I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 14.

⁸⁰ SSTs de 26 de enero de 1987 y de 9 de marzo de 1987: “*Debiendo ser entendidos éstos como entes unitarios de producción que hace primar frente a cualquiera otra circunstancia material o personal y cuando se trata de una transformación empresarial que puede afectar a los trabajadores ha de darse la continuidad en el mismo tráfico industrial o comercial, siendo de añadir, que la transmisión de un titular a otro, en la medida en que de alguna manera queden afectadas las relaciones laborales, ha de entenderse referida a cualquier especie o figura jurídica y comprende tanto la directa como la indirecta, incluso cuando entre el inicial titular y el posterior se interpone un tercero, y también si ese tercero es un órgano de la Administración que hubiera contratado, con carácter administrativo, en momentos sucesivos y sobre el mismo objeto con el primer titular y luego con el segundo*”. En el mismo sentido: SSTs de 28 de mayo de 1986; de 2 de febrero de 1988; de 25 de febrero de 1988; de 19 de junio de 1989; de 14 de diciembre de 1994, rec. 469/94; de 12 de diciembre de 2007, rec. 3994/06; de 27 de febrero de 2012, rec. 202/10.

⁸¹ I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 13-54. J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 197. Con mayor detalle: pp. 374-510, en las que se analiza pormenorizadamente cada uno de estos tipos de transmisión. E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., pp. 133-186. L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 67-180.

⁸² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 11/14 pdf descargado.

En consecuencia, no han sido pocos los requerimientos de la doctrina científica para que la norma aclarase o incluyese una mención a los cambios de titularidad en los que estas participan⁸³.

a) Nuestros autores asumieron con relativa facilidad la aplicación de la sucesión de empresa a las Administraciones Públicas a través de múltiples procedimientos⁸⁴, toda vez que se reconocía que los cambios de titularidad en el sector público no constituyen una realidad unívoca, sino que consisten en una multitud de operaciones con diversa problemática que convierten el estudio de la materia en una cuestión altamente casuística⁸⁵. En cualquier caso, sí que se han apuntado ciertos rasgos que suelen reunir casi todos ellos⁸⁶: 1) son mayoritariamente cambios de titularidad de «carácter coactivo» contando únicamente con la voluntad del sujeto de derecho público que puede ser una autoridad legislativa, administrativa o judicial –aunque pueden haber también supuestos de cambio de titularidad negociados⁸⁷–; 2) en ocasiones, actúa como un tercero que no es ni cedente ni cesionario pero decide el cambio de titularidad; 3) son manifestaciones de las exorbitantes potestades que tiene la Administración como poder público, por lo que generalmente estos traspasos quedan amparados por el Derecho administrativo; y 4) se trata de un ámbito, este público, en el cual, además de transmisiones de carácter «traslativo», con frecuencia se producen transmisiones de carácter «constitutivo». La primera es aquella mediante la cual el cedente pierde la titularidad de la empresa o de los elementos que conforman la empresa, que son adquiridos por el cesionario. La segunda, es aquella por la que el cedente conserva la titularidad dominical de la empresa o sus bienes, pero pierde los poderes de uso y disfrute que pasa ostentar el cesionario durante la vigencia del negocio jurídico por se le conceden, normalmente, de carácter temporal. En este último tipo se enmarca la contratación pública.

b) De igual manera la jurisprudencia ha acabado aplicando la norma laboral a casi cualesquiera cambios de titularidad en los que participa una Administración. Si bien, entre las primeras sentencias que interpretaban la eficacia de estos tipos de títulos jurídicos, mayoritariamente públicos, pueden observarse algunos obstáculos para su aplicación. Y es que la sucesión de empresa fue concebida para tutelar traspasos voluntarios o negociados entre

⁸³ Entre otros: T. SALA FRANCO; J. M. GOERLICH PESET, “La sucesión de empresa en la Administración Pública”, cit., p. 2/5 pdf descargado. L. F. SAN MARTÍN AGUILAR, “Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratos”, cit., p. 39.

⁸⁴ “Ante semejantes casos nos hallamos en los supuestos de venta judicial, nacionalización o municipalización de empresas, revocación o caducidad de servicios administrativos prestados en régimen de concesión”. Cfr. J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, cit., p. 65. Actos del poder legislativo y ejecutivo como nacionalización de empresas, municipalización o provincialización de servicios, expropiaciones forzosas de empresas, incautación o intervención de empresas, ocupación temporal de empresas, rescate o revocación de servicios objeto de una concesión administrativa o reversión de arrendamientos de empresa o industria (J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 447-468). Se ha hecho referencia a publicaciones, privatizaciones, transformaciones de la personalidad jurídica del ente del sector público de derecho público a privado o viceversa (J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 337 y ss.).

⁸⁵ J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, cit., p. 424.

⁸⁶ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 447 y ss.

⁸⁷ Por ejemplo la compraventa de un colegio privado (SSTS de 14 de mayo de 1990; de 24 de julio de 1995, rec. 3353/94).

empresarios privados, pero para resolver la problemática que tiene lugar en los cambios de titularidad en los que participa una Administración Pública, por lo que ha sido la evolución hermenéutica jurisdiccional la que posibilitado su aplicación⁸⁸.

i) Una primera cuestión problemática fue, como en el ámbito europeo, determinar el alcance de la exigencia de tracto directo o sucesivo entre cedente o cesionario. La influencia de los negocios jurídicos apuntados en el antiguo artículo 90 LCT-1931 o 79 LCT-1944 (cesión, traspaso o venta) llevó a la jurisprudencia a determinar, que si bien se trataba de una enunciación meramente ejemplificativa⁸⁹, el denominador común que tenían todos estos negocios era la voluntariedad de ambas empresas implicadas, lo que a la postre exigía una relación directa⁹⁰.

Por de pronto, ello dejaba fuera supuestos de carácter forzoso en los que no se apreciaba tal voluntariedad. Así, determinó que una «incautación» o «intervención temporal de empresas» aplicada sobre unas líneas aéreas tuvieran eficacia transmisora, en tanto que el artículo 90 LCT *“implica actos en general voluntarios de tracto de empresario a empresario, que presuponen continuidad negocial aceptada con todas sus consecuencias; no admiten semejanza con la incautación de bienes y su integración con otros en una nueva empresa para la propia industria, que falta aquel tracto directo”* (SSTS de 18 de junio de 1943; de 5 de febrero de 1940)⁹¹.

Aunque la exigencia de voluntariedad se relativizó poco después al aplicar la sucesión empresarial a otros supuestos de naturaleza coactiva, como la «municipalización» del servicio de explotación de la red tranviaria realizada por la Compañía Madrileña de Urbanización por parte del Ayuntamiento de Madrid para posteriormente ceder su explotación a la Empresa Municipal de Transporte. En este supuesto apreció un claro caso de transmisión empresarial, *“sin que pueda negarse la existencia de tracto sucesivo entre ambas empresas, ya que la breve intervención del Ayuntamiento fue obligada y debida a su relación jurídica con la demandada que municipaliza un*

⁸⁸ J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, cit., p. 434.

⁸⁹ SSTS de 15 de marzo de 1953; de 30 de enero de 1960; de 21 de diciembre de 1966; 27 de junio de 1968.

⁹⁰ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 160. Señala el autor que la lógica que subyace detrás del requisito de tracto directo es que no se considera adecuado imponer las consecuencias que determina la norma a un empresario que no ha tomado parte en la decisión del traspaso, ni ha participado en la negociación del mismo. En el mismo sentido: L. F. SAN MARTÍN AGUILAR, “Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratos”, cit., p. 50.

⁹¹ Sentencia no localizada, extracto extraído de E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 161. En el mismo sentido: STS de 15 de junio de 1953. Aunque superadas las objeciones jurisprudenciales sobre el requisito de trato directo y la continuidad de la actividad, la doctrina reconoce que no hay obstáculos para que produzca una sucesión de empresa, pues, aunque no haya traslación dominical de la propiedad, si hay un aprovechamiento temporal de la explotación empresarial. véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 458 y ss.

Un supuesto muy reciente en el que se ha planteado esta posibilidad: STSJ Galicia de 17 de diciembre de 2020, rec. 48/20, sobre el despido colectivo de ALCOA

servicio”⁹² (STS de 17 de marzo de 1955)⁹³. En la municipalización del servicio de matadero y transporte de carnes en la que Ayuntamiento se hizo cargo de los citados servicios, también mediante tracto sucesivo o directo, afirma que “*para llevarlos a cabo a través de gestión municipal de forma directa, operando en consecuencia, el párrafo 1.1. del artículo 79 LCT... porque la Corporación, a causa de asumir y continuar, por gestión, los servicios a los que estaba incorporado el actor, se subrogó por razones de objetivación de la empresa... pasando automáticamente a depender de dicha Corporación*” (STCT de 4 de julio de 1962)⁹⁴. Y, aunque no constan –salvo error u omisión– precedentes judiciales del orden social sobre la aplicación de la sucesión de empresa, mismo criterio debe aplicarse a las nacionalizaciones de empresas y provincializaciones de servicios, diferenciadas de las primeras en tanto que aquellas manifestaciones de ámbito territorial menor del tipo de traspaso del sector privado al público⁹⁵. Sí que hay precedentes más recientes sobre la «publicación» de empresas por parte de las CCAA⁹⁶.

Sin embargo, la aceptación de los cambios de titularidad coactivos y sin tracto directo no fue plena hasta que, primero, la jurisprudencia apreció la necesidad de tutelar el interés de los trabajadores en traspasos mediante arrendamientos de empresa, de modo que para subsumir en el presupuesto de la norma la renovación del negocio por otro arrendatario a voluntad del arrendador (tercero) fue lo que llevó a matizar esta exigencia⁹⁷. En cambio, tanto la constitución como reversión del arrendamiento suscitaban menos dudas en tanto que sí se daba ese tracto directo⁹⁸, aunque en este último también faltaba la nota de voluntariedad con frecuencia.

Y después, cuando se aprobó la LRRL que incorporaba la actual dicción del precepto que indica «cambio de titularidad»⁹⁹. Aunque su consolidación no fue inmediata, porque esta nueva línea jurisprudencial convivió por un periodo de tiempo con la heredada de la LCT, finalmente se

⁹² Sentencia no localizada, extracto obtenido de I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 23.

⁹³ También implícitamente se aprecia una aceptación de la transmisión de empresa en estos casos de municipalización, en la medida en que se precisa que el personal de los servicios municipalizados se integra como personal laboral en la STS de 15 de diciembre de 1954 y la STCT de 7 de julio de 1978 (no localizadas, extraídas de J. L. MONEREO PÉREZ, “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas [Ref. LA LEY 771/2001]”, cit., p. 16/27 pdf descargado.

⁹⁴ Sentencia no localizada, extracto obtenido de *Ibid.*, p. 7/27 pdf descargado.

⁹⁵ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 452-455.

⁹⁶ Compra-venta de colegio a una asociación de padres (STS de 14 de mayo de 1990); integración de las ikastolas en el sistema público (STS de 3 de abril de 1996, rec. 3098/95, entre otras muchas, incluso del TC).

⁹⁷ SSTCT de 21 de diciembre de 1973; de 18 de diciembre de 1973.

Tradicionalmente la jurisprudencia ha considerado el arrendamiento de industria como un ejemplo paradigmático de sucesión de empresa (SSTS de 4 de noviembre de 1948; de 30 de octubre de 1986; de 16 de mayo de 1990). Véase la reciente STSJ Asturias de 6 de junio de 2014, rec. 1096/14, sobre la reversión de arrendamientos de gasolineras, y su detallada exposición de jurisprudencia que delimita el arrendamiento y la reversión del mismo como supuestos clásicos de sucesión de empresas.

⁹⁸ En este sentido: G. DIEGUEZ CUERVO, “La sucesión en la empresa”, en Efrén Borrajo Dacruz (dir.) *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 316 y 317. E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 165.

⁹⁹ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 172.

admitieron otros negocios coactivos como la «venta judicial»¹⁰⁰, la «expropiación forzosa» por razones de interés general¹⁰¹ o fenómenos de naturaleza similar pero de carácter temporal como la «la ocupación de empresas»¹⁰², así como las ya referidas «incautación o intervención de empresas» y «municipalizaciones». Del mismo modo, la aceptación de la sucesión de arrendatarios determinó la aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresas a la renovación de contratistas privados y concesionarios públicos¹⁰³.

ii) Más problemáticas fueron las reversiones de concesiones públicas desde los primeros pronunciamientos. Y es que, como mostraba MONEREO PÉREZ¹⁰⁴, la jurisprudencia no era uniforme al tratar estos casos y, además de los obstáculos antes citados, debían añadirse dos nuevos.

Por un lado, porque ante la falta de un nuevo prestador contratista o concesionario tras la extinción de la contrata o concesión, la jurisprudencia establecía una suerte de presunción de «desaparición» de la actividad ante la inexistencia de un tercero sucesor¹⁰⁵. Y por el otro, porque la recuperación de la explotación, se consideraba que no producía un desplazamiento patrimonial susceptible de precipitar la actualización del supuesto de hecho normativo¹⁰⁶. Una y otra cuestión se entrecruzan en las SSTs de 12 de junio de 1965 y de 8 de junio de 1968, sobre supuestos similares, en las que el Supremo rechazó la transmisión porque el artículo 79 LCT “*solo entra en juego cuando medie cesión, traspaso o venta de la industria o negocio en el que estuvieran*

¹⁰⁰ SSTCT de 6 de abril de 1983; de 27 de junio de 1983; de 2 de diciembre de 1983; de 24 de enero de 1984. Véase: *Ibid.*, p. 169 y ss.

¹⁰¹ STCT de 14 de enero de 1983, referida a la expropiación de una finca rústica que era la base de una explotación agraria, lo que trascendía a estos efectos de la mera expropiación de las tierras. Véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 456-458. Igualmente: E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., pp. 167-168.

¹⁰² Para mayor detalle sobre estas instituciones: G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, 4ª Edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 278 y ss.

¹⁰³ STS de 19 de noviembre de 1968, sobre la extinción de una concesión de transporte y adjudicación a otra empresa. STS de 9 julio 1987, sobre la sucesión de una concesión de mantenimiento y conservación del alumbrado público: “*sin que se oponga a esta consideración la circunstancia de que la misma fuere la realización de un servicio público y el cambio de titularidad se produjese, no directamente por negocio jurídico entre el titular primero y el sucesor, sino mediante la intervención de un tercero, el Ayuntamiento de Bilbao, y por el mecanismo del concurso y subsiguiente adjudicación de dicho servicio, como expresamente ha estimado la sentencia de esta Sala de 16 de junio de 1983, en relación con las demás que cita y otras posteriores de las que cabe mencionar la de 18 de junio de 1985; interpretación que, por otra parte, es la que mejor responde al espíritu de la norma que no es otro que el de asegurar la estabilidad en el empleo de los trabajadores y la subsistencia de la relación jurídico-laboral que mantienen con el empresario cuando la actividad empresarial permanece inalterada, sin solución de continuidad, y la única modificación viene dada por el cambio de la persona, natural o jurídica, de dicho empresario producida por hechos o circunstancias a las que ellos -los trabajadores- son ajenos y que, por tanto, no deben afectarles, modificación que, consecuenta y obligadamente, sólo debe producir, como manda el precepto”.*

¹⁰⁴ Siguiendo a J. L. MONEREO PÉREZ, “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas [Ref. LA LEY 771/2001]”, cit., p. 5/27 y ss. pdf descargado. Todas las sentencias citadas a continuación no han sido localizadas, sino que se citan recurriendo a los extractos de las mismas que incorpora el autor.

¹⁰⁵ G. DIEGUEZ CUERVO, “La sucesión en la empresa”, cit., p. 336.

¹⁰⁶ J. L. MONEREO PÉREZ, “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas [Ref. LA LEY 771/2001]”, cit., p. 6/27 pdf descargado.

*colocados los obreros, pero los hechos probados excluyen meridianamente toda idea de transmisión patrimonial... y de cambio de titularidad de las respectivas actividades negociales*¹⁰⁷.

No obstante, como también señala MONEREO PÉREZ, pronto fueron matizándose estos criterios y la jurisprudencia fue mostrándose más proclive a aplicar las reglas de la sucesión de empresa a los supuestos de reversión, al menos, en el ámbito de la contratación administrativa. Y es que, a diferencia de las contrataciones privadas cuya interpretación seguía mostrándose algo más vacilante, parece que la existencia de un complejo productivo patrimonial adscrito a la concesión y la configuración del propio servicio público adquieren un papel fundamental para el cambio de criterio. Así pues, en cuanto a lo segundo, comienza a entenderse que el servicio público o la actividad adjudicada constituye una actividad productiva, perfectamente definida y delimitada, que tras la extinción de la concesión debe ser continuada por la Administración, lo que determina la existencia de sucesión empresarial (STS 4 de julio de 1975; STCT 16 de marzo de 1967). Así lo entendió en la reversión de las actividades de limpieza contratadas por RENFE, pues al ser asumidas las mismas por la empresa pública se está subrogando en las obligaciones laborales del contratista (STS de 24 de noviembre de 1973). En el mismo sentido, la STS de 2 de febrero de 1976: *“La corporación demandada se limitó a realizar una concesión a una empresa privada de Servicios Municipales de Limpieza, a los que estaban adscritos, especial y concretamente los demandados, en cuya labor continuaron, sin que los vínculos contractuales con el Ayuntamiento hayan variado, aunque exista una concesionaria del servicio y una vez vencido el plazo y rescindido el contrato, por cualquier causa, los actores continuarán vinculados al Servicio Municipal de Limpieza”*¹⁰⁸. Ha de aclararse que lo analizado ahora es la concurrencia del requisito subjetivo, y no si lo transmitido es relevante para la aplicación de la norma sucesoria.

Y en cuanto a lo primero, como se dijo, el hecho de que la gestión indirecta de los servicios públicos conlleve la puesta a disposición de un complejo productivo patrimonial organizado, hace que el TS comience a mostrarse más sensible a la aplicación de la transmisión de empresa en la reversión de servicios públicos, en el entendido de que las vicisitudes que determinan un cambio subjetivo de la titularidad de la explotación de la concesión integrarán el supuesto de hecho del artículo 44 ET cuando la Administración se haga cargo del servicio o la actividad objeto de la concesión como unidad productiva autónoma¹⁰⁹. Y es que, en este sentido, parece que empieza

¹⁰⁷ Igualmente: SSTS de 31 de diciembre de 1965 y de 17 de diciembre de 1970 -esta última sobre la reversión de una contrata de RENFE.

¹⁰⁸ La STS de 17 abril 1984, sobre un supuesto de reversión, determina que *“la concesión es una transferencia que un Ente público realiza a un particular o incluso a otra persona jurídica pública, de facultades originariamente administrativas, sujetas, a través de un contrato, a unas exigencias ineludibles en atención al servicio público que se presta y que la Administración no puede desconocer”*. Si bien no aplica la transmisión porque entiende que *“la reversión al titular de la concesión administrativa, esto es el Excmo. Ayuntamiento, lo ha sido con carácter provisional, pendiente de un nuevo concurso público para otorgar nuevamente su gestión”*

También: STCT de 12 de febrero de 1981. En sentido contrario, STCT de 27 de enero de 1982, pero porque en este último no se transfirió ningún elemento aparte del personal.

¹⁰⁹ J. L. MONEREO PÉREZ, “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas [Ref. LA LEY 771/2001]”,

a atisbarse una línea interpretativa –que posteriormente fue modificada– que asimila la concesión de servicio público *per se* a una empresa o, cuanto menos, a una unidad productiva autónoma, de modo que si el objeto de la misma es asumido por la Administración, esta debería subrogar a la plantilla¹¹⁰. En este sentido, la STS de 20 de julio de 1988 determinó que “*la concesión ha de conceptuarse como empresa laboral por contar con trabajadores a su servicio del antiguo titular, lo que está poniendo de relieve que la concesión comprendía la totalidad de la explotación o empresa y en consecuencia en tanto se realiza la nueva concesión o se rehabilita al concesionario precedente, es la entidad demandada la titular de la empresa, sucediendo al concesionario*”.

En este orden de cosas, el requisito de la transmisión de la propiedad de los bienes también se relativiza influenciado por la evolución hermenéutica dictada en las reversiones de arrendamientos de empresa. Así se entiende que la reversión del servicio adjudicado es suficiente para la aplicación de la sucesión de empresa, sin que sea necesario un desplazamiento patrimonial de los bienes afectos a la concesión para explotar la actividad objeto de la concesión (STS de 18 de abril 1969)¹¹¹. Y es que, si el arrendamiento de una empresa –se entendió– conlleva implícita su utilización por el arrendatario, que es el verdadero objeto de negocio jurídico, su reversión al arrendador implica que de nuevo se encuentre en disposición de continuar la explotación mediante un conjunto de elementos organizados y, por tanto, de ostentar la condición de empleador¹¹². Pues esta misma lógica se extrapola al supuesto en el que el servicio revierte a su titular para su explotación directa (véase: STS de 16 de mayo de 1990)¹¹³.

C) Pues bien, como se decía al principio, todos estos títulos jurídicos o procedimientos mediante los cuales una Administración adquiere la propiedad o el poder de gestión de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (una entidad económica), permiten considerar que concurre el requisito subjetivo para aplicar la transmisión de empresa¹¹⁴. En particular, las reversiones de contratas y concesiones administrativas, supuesto más frecuente en que una Administración debe subrogarse en los derechos y obligaciones de los trabajadores afectados por el traspaso¹¹⁵, no es en absoluto controvertido hoy día tras la evolución destacada en torno al requisito subjetivo o los mecanismos jurídico públicos mediante los que una entidad

cit., p. 8/27 pdf descargado. Con cita de las SSTCT de 20 de junio de 1983, de 22 de febrero de 1983, de 30 de junio de 1982 y de 18 de diciembre de 1982.

¹¹⁰ M. P. MARTÍN RAMÍREZ, “La sucesión empresarial en la Administración Pública”, cit., p. 846.

¹¹¹ J. L. MONEREO PÉREZ, “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas [Ref. LA LEY 771/2001]”, cit., p. 10/27 pdf descargado.

¹¹² I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 31. Cita, entre otras, la STS de 9 de diciembre de 1953, en la que la recuperación de la explotación por el arrendatario es configurada como un supuesto de transmisión de empresa.

¹¹³ J. L. MONEREO PÉREZ, “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas [Ref. LA LEY 771/2001]”, cit., p. 10/27 pdf descargado.

¹¹⁴ Incluso algunos otros más allá de los comentados: STCT de 16 de mayo de 1987, como consecuencia de la condición de último heredero legal.

¹¹⁵ M. P. MARTÍN RAMÍREZ, “La sucesión empresarial en la Administración Pública”, cit., p. 845.

pública es cesionaria en una operación de traspaso¹¹⁶. Recientemente la STSJ Madrid de 23 de julio de 2020 (rec. 1440/19), sobre la recuperación del servicio de cafetería, comedor y cocinas del Complejo de la Moncloa por parte del Ministerio de la Presidencia, aclara que el hecho de la jurisprudencia emplee para estos casos términos como «recuperación», «reasunción» o «rescate», no debe usarse para presuponer que antes de la externalización el servicio fuera desarrollado en el pasado por el organismo público, lo que no debe impedir apreciar la existencia de sucesión empresarial si se entiende que los referidos servicios son necesarios e integrados en la propia actividad de aquel.

A todos estos, debe añadirse que, no en pocas ocasiones, el traspaso también viene impuesto por una ley o norma de carácter administrativo¹¹⁷. Esto puede ocurrir, y en efecto ha ocurrido, tanto en supuestos de publicación de empresas o servicios *stricto sensu*, como en supuestos de traspasos entre administraciones públicas y reestructuraciones del sector público, como en reversiones de concesiones públicas.

En fin, si se ha considerado conveniente exponer la evolución jurisprudencial sobre el análisis del requisito subjetivo en supuestos que afectan a AAPP –y que en principio ya quedaron resueltos–, no ha sido de forma caprichosa. Y es que la intención es evidenciar, como se verá más adelante, cómo algunos de estos obstáculos o problemas han «resurgido» como argumentos empleados por los tribunales en los numerosos conflictos judiciales acaecidos tras la oleada de reversiones de contratos públicas que ha tenido lugar en la segunda mitad de la década pasada. No obstante, la virtualidad de estas cuestiones ha pasado del requisito subjetivo a la valoración del objeto de la transmisión. Y es que, como afirmaba VALDÉS DAL-RÉ, en nuestra jurisprudencia los problemas de definición del objeto de la transmisión no se abordan de manera aislada, sino que se analizan en conexión con el negocio jurídico que provoca la transmisión¹¹⁸.

3. Los contratos del sector público como negocio transmisivo

A) La forma jurídica mediante la cual las AAPP recurren a la externalización de funciones es la contratación pública. «Externalización» no es sinónimo de «descentralización productiva», esta última noción es más amplia que la primera por cuanto que comprende tanto la denominada descentralización «impropia o interna» como la «propia o externa»¹¹⁹.

¹¹⁶ T. SALA FRANCO, “Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 2, 2018, p. 203.

¹¹⁷ Como recuerda la STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2014, rec. 4534/14.

¹¹⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 45.

¹¹⁹ División que es comúnmente aceptada entre la doctrina científica, Entre otros, J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, cit., p. 9. S. DEL REY GUANTER; M. LUQUE PARRA, “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral [Ref. La LEY 5923/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 20, 1999, p. 3/36 pdf descargado, fecha de consulta 21 diciembre 2015, en la BD La Ley Digital. F. BLAT GIMENO, “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, cit., p. 17 y ss. J. RIVERO LAMAS, “Proyecciones de la descentralización productiva:

a) Mediante la primera, determinadas funciones se desplazan hacia empresas pertenecientes al mismo grupo de empresas, filiales existentes o de nueva creación. En el ámbito privado, comprende fenómenos como la creación, filiación, escisión y disolución de sociedades formalmente independientes pero con vinculación jurídica y económica, en tanto que una o varias sociedades del grupo tiene una posición de dominio o control sobre la empresa que asume el encargo de las funciones productivas descentralizadas. En el ámbito público esta manifestación de descentralización se materializa mediante la creación y encargo de funciones a entes instrumentales dependientes de la Administración, personas jurídicas sometidas bien al derecho público, o bien al derecho privado, o bien a ambos, pero en todo caso personificaciones integrantes del sector público vinculadas jurídica y económicamente a su administración matriz. Como ha estudiado la doctrina científica, se trata de un supuesto de «privatización formal» en el que entran de lleno los supuestos de reorganización y reestructuración del sector público¹²⁰. Se volverá sobre estas cuestiones en el apartado VII de este capítulo.

b) Pero el interés ahora debe recaer sobre las fórmulas de descentralización propia o externalización. Es bien sabido que en el ámbito privado se canaliza a través de una serie de negocios de carácter contractual existentes en el ordenamiento jurídico civil o mercantil mediante los que se encarga a empresas contratistas y subcontratistas, personas jurídicas independientes y sin ninguna vinculación con la empresa principal, la realización de funciones que forman parte del ciclo productivo del bien o servicio que esta última oferta al mercado. En el ámbito público, dichos mecanismos contractuales se encuentran comprendidos en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). En la actualidad, la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*¹²¹. De esta manera, se externalizan o se gestionan indirectamente funciones propias de la Administración, tengan carácter de servicio público o no, a empresarios privados que, tras un procedimiento reglado y abierto a la competencia, asumen su prestación bajo el control del ente

instrumentación jurídicolaboral”, cit., p. 25. J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, cit., p. 23. J. L. MONEREO PÉREZ; C. SERRANO FALCÓN, *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Documento, Fundación Alternativas, 2010, p. 9. D. T. KAHALE CARRILLO, *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, cit., p. 46. W. SANGUINETI RAYMOND, “¿Hacia un Derecho del Trabajo de las redes empresariales?”, cit.

¹²⁰ T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 23. Con mayor detalle pp. 137-223, en las que da cuenta de este concreto «fenómeno de huida del derecho administrativo», la concreta forma que puede adoptar en virtud de la distinta tipología de entidades del sector público, el análisis de reordenaciones y reestructuraciones de gran magnitud producidas en nuestro ordenamiento jurídico y la afectación de los derechos de los trabajadores implicados tanto en los supuestos de «ida» como de «vuelta», esto es, de creación y disolución de entes. Más recientemente, un estudio completo y actualizado sobre la distinta tipología de entes componentes del sector público: F. RAMOS MORAGUES, “Delimitación del Sector Público y ámbito aplicativo del EBEP”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 13 y ss. Un estudio general sobre la aplicación de las instituciones típicas del derecho laboral para tutelar supuestos de descentralización productiva en estos casos: R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit. En concreto, sobre la aplicación del artículo 44 ET, véanse las pp. 143-156.

¹²¹ BOE n.º 72 de 09-11-18

público titular del servicio o actividad y responsable último de su correcto funcionamiento¹²². Se trata, como reconoce la práctica totalidad de la doctrina, de un supuesto de «privatización de la gestión», pues la titularidad y el control de la actividad son públicos, pero quienes asumen su gestión y organización con sus propios medios, son terceros de carácter privado¹²³.

B) Antes de exponer los tipos de contratos regulados por la actual LCSP, deben formularse unas consideraciones previas que permitan una mejor comprensión de la cuestión.

a) La amplia y diversificada actividad contractual de las AAPP requiere de la existencia de un régimen de contratación que garantice que los criterios de selección del contratista, el establecimiento de las condiciones del contrato, y los derechos y obligaciones entre las partes, van a ser fijados con objetividad y al servicio del interés general. De esta forma, para celebrar cualquier tipo de «contrato oneroso», las AAPP y demás sujetos del sector público deben cumplir unas reglas que están fuera de la órbita de las normas del Derecho Privado¹²⁴. Dicho régimen jurídico, que está desde hace décadas fuertemente influenciado por Directivas Comunitarias¹²⁵, se encuentra actualmente contenido en la LCSP de 2017¹²⁶.

b) La LCSP distingue dos tipos de contratos, administrativos y privados (art. 24 LCSP). Y distingue también tres categorías de sujetos dentro del sector público con la finalidad de evitar que se eluda su aplicación recurriendo a formas de personificación jurídico-privadas que se alejen del concepto estrictamente «subjetivo» de Administración (art. 3 LCSP). La ley combina los ámbitos objetivo y subjetivo para determinar distintos niveles de intensidad en su aplicación.

i) Dentro del primer nivel o «nivel mínimo» de intensidad están los sujetos del «sector público» no incluidos en ninguna de las restantes categorías que, con independencia de la forma

¹²² H. SANTOR SALCEDO, “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades”, en AAVV (Dir. Juan Rivero Lamas y Ángel L. De Val Tena) *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El «Outsourcing»*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 188.

¹²³ Por todos, T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 23. Con mayor detalle, véanse las pp. 255-296.

¹²⁴ D. BLANQUER CRIADO, *Los contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 51.

¹²⁵ Actualmente, por la cuarta generación de Directivas: *Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE* (DOUE n.º L 94 de 28-03-14).

¹²⁶ De acuerdo con el art. 1 LCSP persigue un triple objetivo:

1) garantizar que el gasto público en dichas contrataciones va a estar sometido a algún tipo de control procedimental, más o menos intenso, en función del tipo de sujeto público, la naturaleza del contrato y su importe, pues la gestión de fondos ajenos obtenidos mediante procedimientos exorbitantes impone la necesidad de garantizar la regularidad en la adjudicación de contratos a cargo del presupuesto público (E. GAMERO CASADO; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 12ª Ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 723.); 2) regular el régimen sustantivo de una categoría contractual sui generis, el «contrato administrativo», que en atención a las prestaciones de interés público que son objeto del mismo y con el fin de tutelarlos, otorga unas prerrogativas exorbitantes a una de las partes, la Administración, pudiendo interpretar, modificar, resolver o anular dichos de forma unilateral y extrajudicial; y 3) por innovación de esta última generación de Directivas, la consecución mediante la contratación pública de objetivos sociales y medioambientales.

pública o privada de personificación y del régimen jurídico aplicable, hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil –es decir, tareas no típicamente burocráticas o administrativas–¹²⁷.

El artículo 3.1 LCSP establece que forman parte del sector público las siguientes entidades:

*a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local*¹²⁸.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

*d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*¹²⁹, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

i) Los fondos sin personalidad jurídica.

j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su

¹²⁷ D. BLANQUER CRIADO, *Los contratos del sector público*, cit., p. 60.

¹²⁸ Incluyendo como entidades de la Administración local: municipios, provincias, islas, comarcas, mancomunidades y áreas metropolitanas.

¹²⁹ BOE n.º 236 de 02-10-15 (en adelante, LRJSP).

gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia¹³⁰.

k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación”.

No obstante, como se ha dicho, no a todas las entidades relacionadas en el extenso listado que se acaba de presentar van a quedar sujetas a estas reglas de intensidad «mínima», ya que la gran mayoría de ellas quedarán incluidas en las siguientes categorías subjetivas. Así, puede adelantarse que aquellas que serán consideradas «meras» entidades del sector público serán las Entidades Públicas Empresariales que operen en el mercado y se financien con ingresos comerciales y las Sociedades Mercantiles y Fundaciones con participación mayoritaria¹³¹.

Estas entidades del sector público –reitero– no incluidas en las siguientes categorías, solo celebrarán «contratos privados», es decir, de naturaleza civil o mercantil, estando al régimen jurídico que dichas normas prevean (art. 322 LCSP). Ahora bien, en la medida en que se financian con fondos públicos, su preparación y adjudicación deberá someterse a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, si bien, en la forma que determinen mediante la aprobación de unas instrucciones internas, a salvo de ciertas excepciones contempladas en el artículo 321 LCSP.

ii) El segundo escalón o «nivel medio» de intensidad en la aplicación de la Ley se aplicará a los sujetos que tengan la condición de «poderes adjudicadores». Se trata de un concepto creado por el Derecho Comunitario para permitir una aplicación de criterios uniformes en los Estados Miembros y que pretende identificar a sujetos del sector público que desarrollan actividades administrativas o de interés general, y lo hacen desde una posición peculiar o distinta a la normal de los operadores de un mercado competitivo¹³². El artículo 3.3 LCSP determina que lo son:

“a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad;

¹³⁰ Esta previsión se ha considerado redundante, en tanto que se solapa con la letra c). De interpretarse, por tanto, como una suerte de cláusula *ad cautelam* de carácter residual (G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 121).

¹³¹ “El término «mayoritariamente» [...] debe interpretarse en el sentido de que significa «más de la mitad»”. Cfr. STJUE de 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, asunto C-380/98.

¹³² D. BLANQUER CRIADO, *Los contratos del sector público*, cit., p. 63.

bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia [los subrayados son míos].

e) *Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores*¹³³.

Debe dejarse constancia de que, al igual que las Directivas que transponen –incluso también las de la generación anterior–, la Ley positiviza unos criterios fuertemente consolidados por en la jurisprudencia del TJUE. El órgano judicial comunitario venía estableciendo desde su STJUE de 15 de enero de 1998, *Mannesmann* (asunto C-44/96) que la pertenencia a esta categoría subjetiva deriva del cumplimiento acumulativo de tres requisitos por parte de las entidades del sector público: 1) tener personalidad jurídica propia, pública o privada; 2) haber sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, porque un organismo que realiza operaciones comerciales normales obteniendo beneficios y soportando pérdidas –en definitiva asumiendo el riesgo empresarial– no puede considerarse como poder adjudicador; y 3) que su actividad esté mayoritariamente financiada por AAPP, que controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, es decir, que exista una relación de instrumentalidad¹³⁴.

Por tanto, una sociedad mercantil pública podrá ser poder adjudicador cuando realice este tipo de actividades de interés general y no meramente actividades comerciales o industriales, que es para lo que deberían crearse verdaderamente¹³⁵. De esta manera se impide que recurriendo al derecho privado se sorteen las normas sobre contratación pública. Además, el concepto de poder adjudicador debe complementarse con la de «medios propios personificados», pues todo ente considerado medio propio será a su vez poder adjudicador¹³⁶. Así las cosas, una sociedad de titularidad pública integra de un poder adjudicador y cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo tiene la condición de poder adjudicador o, empleando la terminología propia de las Directivas, «organismo de derecho público» (STJUE de 5 de octubre de 2017, *UAB LitSpecMet*, asunto C- 567/15). Lo mismo ocurrirá con una entidad pública empresarial que realice este tipo de actividades y cumpla los restantes requisitos.

Pues bien, los poderes adjudicadores también celebrarán solo «contratos privados», pero con diferencias en cuanto a las reglas procedimentales, según se traten o no de contratos «sujetos a regulación armonizada» (SARA), que son aquellos contratos que por el volumen de gasto público que implican pueden incidir de forma significativa en la competencia dentro del mercado interior de la Unión Europea (art. 19 y ss. LCSP). Así pues, mientras que los poderes adjudicadores que

¹³³ La condición de poder adjudicador también la pueden tener incluso entidades totalmente privadas ajenas al sector público como partidos políticos, organizaciones sindicales o asociaciones profesionales cuando celebren un determinado tipo de contratos (art. 3.4 LCSP).

¹³⁴ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 125 y ss. Con mayor detalle: J. M. GIMENO FELIÚ, “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, p. 425 y ss.

¹³⁵ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 131.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 133.

celebren contratos no considerados SARA quedarán sometidos a iguales reglas que las meras entidades del sector público, a este tipo de contratos se les aplicará la totalidad del régimen de selección de contratista y adjudicación previsto en la Ley para las AAPP (art. 317 LCSP), que remite a las normas reguladoras de la adjudicación de los contratos administrativos. Salvo en lo relativo al régimen de efectos y extinción los contratos privados que continuarán rigiéndose por el ordenamiento jurídico privado (con las excepciones contempladas en el art. 319 LCSP).

iii) Por último, el «nivel máximo» de aplicación de la Ley se dará en los casos en los que el sujeto del sector público tenga la condición de «Administración Pública». Para el artículo 3.2 LCSP lo serán las Administraciones territoriales nombradas en las letras a) y l), y los organismos de derecho público a los que se refieren las letras b) y c) del artículo 3.1 LCSP (organismos autónomos, universidades públicas, autoridades administrativas públicas y entidades gestoras de la Seguridad Social). Además, también lo serán los consorcios y otras entidades de derecho público que, teniendo la condición de poder adjudicador y estando vinculados a una o varias AAPP, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado.

Las Administraciones Públicas pueden celebrar tanto «contratos públicos» como «contratos privados» (art. 24 LCSP) pero, en todo caso, quedan sometidas a las reglas de preparación y adjudicación de los contratos previstas en los artículos 115-187 LCSP. Ahora bien, las Administraciones son las únicas que pueden celebrar contratos públicos, habida cuenta de que son los únicos sujetos del sector público que cuentan con las potestades unilaterales de carácter exorbitante que “*constituyen el nervio de los contratos de naturaleza administrativa*”¹³⁷.

C) Pues bien, formuladas las distinciones anteriores debe precisarse que todas las entidades del sector público, incluidos los poderes adjudicadores y las AAPP pueden celebrar «contratos privados» regulados por el ordenamiento jurídico civil o mercantil, con independencia del grado de intensidad en el procedimiento de adjudicación aplicable y con las escasas peculiaridades previstas en el artículo 25 LCSP. Ahora bien, solo las AAPP pueden celebrar contratos de naturaleza administrativa cuyo régimen jurídico queda principalmente previsto en la LCSP. Principalmente –solo– porque junto con los llamados «contratos típicos o nominados» que son los que regula, hay otros «contratos especiales o atípicos», que son declarados como administrativos por una Ley en atención a su naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella. Pues bien, estos tienen un objeto diverso de los primeros y ser rigen por su norma específica (art. 26.2 LCSP)¹³⁸.

¹³⁷ Cfr. D. BLANQUER CRIADO, *Los contratos del sector público*, cit., p. 72.

¹³⁸ Por ejemplo, *RD-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales* (BOE n.º 31 de 05-02-20).

Los contratos administrativos «típicos» son el «contrato de obras», el «contrato concesión de obra», el «contrato de concesión de servicios», el «contrato de suministro» y el «contrato de servicios» (art. 26 LCSP) que se califican de acuerdo con lo previsto en los artículos 12-18 LCSP y cuyo régimen de ejecución, modificación y extinción también queda regulado en la los arts. 188-246 de la misma Ley, además de las normas específicas para cada tipo contractual (arts. 247-315 LCSP). Las modalidades de contratos administrativos vigentes son:

a) Contrato de obras (art. 13 LCSP):

Dicho contrato tiene por objeto, como su propio nombre indica, la realización de una obra. Por obra, según indica el precepto, debe entenderse el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil que tenga por objeto un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural, pudiendo comprender el objeto del contrato su sola ejecución o también la redacción del proyecto. La obra puede ser completa, comprendiendo todos y cada uno de los elementos que sean precisos para su posterior utilización, o también pueden contratarse las diversas partes que la componen mediante proyectos diferentes, siempre que estas sean susceptibles de utilización independiente en el sentido del uso general o del servicio para el que se realiza.

b) Contrato de concesión de obras (art. 14 LCSP):

Es aquel por el cual, además de las prestaciones contenidas en el contrato de obras, conlleva el derecho a la explotación de la misma durante un periodo de tiempo, pudiendo comprender: a) la adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material; b) la reposición y reparación de los elementos que ha de reunir para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que sirven puedan ser desarrollados adecuadamente; c) la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que esta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas. En todo caso, la contraprestación del concesionario debe consistir en explotar la obra asumiendo el riesgo y ventura de su actividad con el fin de recuperar las inversiones realizadas, aunque dicho derecho vaya acompañado de un precio abonado por la Administración. El derecho a la explotación debe conllevar la transmisión del «riesgo operacional» al contratista.

c) Contrato de concesión de servicios (art. 15 LCSP):

Aquel mediante el que un poder adjudicador encomienda al concesionario la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio, conllevando al igual que el anterior, la transmisión del riesgo operacional al contratista.

d) Contrato de suministro (art. 16 LCSP):

Son aquellos contratos que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles, pero los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables (excepto lo previsto para los programas de ordenador). Se consideran expresamente contratos de suministro: a) aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario; b) los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos; c) los de fabricación de bienes muebles elaborados con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante; y d) los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.

e) Contrato de servicios (art. 17 LCSP):

Aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Además, sobre estos cabe formular las siguientes precisiones:

a) Cuando el objeto del contrato incluya prestaciones correspondientes a diversos contratos de los anteriores, se celebrará un «contrato mixto» (art. 18 LCSP). El requisito sine qua non para poder atenerse al régimen del contrato mixto es que las distintas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional (art. 34.2 LCSP). Estos contratos atenderán a unas reglas específicas para su adjudicación previstas en el artículo 18 LCSP. En cuanto al régimen de efectos, cumplimiento y extinción, se concretará en el pliego de cláusulas administrativas particulares de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 122.2 LCSP.

b) La característica esencial que diferencia los contratos de obra y servicio de los contratos de concesión de obra y servicio es la asunción del «riesgo operacional» en la explotación de la obra o servicio objeto del contrato. Más concretamente, empleando los términos exactos previstos en la disposición comunitaria transpuesta, se alude al «riesgo operacional de carácter económico» (considerando 18 Directiva 2014/23/UE)¹³⁹.

¹³⁹ R. SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 122 y ss.

Diferenciar un contrato de obra de uno de concesión de obra es sencillo, por cuanto que el primero conlleva la ejecución de la obra y el segundo su posterior explotación mediante la cual el concesionario pretende recuperar la inversión y los costes de la obra asumidos. Más dificultades hay entre el contrato de servicio y el contrato de concesión del servicio, en tanto en cuanto ambos conllevan la ejecución de una prestación de hacer, y por ende, en cierta medida, ambos implican la explotación de una actividad. Así, la diferencia exclusiva es la transferencia económica de la explotación que se da en el contrato de concesión y no en el contrato de servicios¹⁴⁰. Es decir, solo cuando la contrapartida del concesionario proceda de los ingresos derivados de la cesión del derecho a explotar el servicio se asumirá este el riesgo operacional¹⁴¹. Por tanto, para que un contrato público sea una verdadera concesión administrativa ha de vincularse con el riesgo de la explotación del servicio¹⁴². En definitiva, lo que tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico se ha conocido como asumir el «riesgo y ventura de la actividad»¹⁴³, que implicaría asumir el riesgo empresarial como si el servicio constituyese en sí mismo una actividad empresarial propia y no parte de un servicio externalizado por la Administración¹⁴⁴.

c) Una tercera precisión requiere dejar constancia del régimen de transitoriedad previsto para la legislación de contratos públicos anterior. En efecto, la DT 1 LCSP dispone que los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley de 2017 se regirán por la normativa anterior, así como que los efectos, cumplimiento y extinción – incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas– de los «contratos administrativos» adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán también por la normativa anterior.

De esta idea debe deducirse que, junto con los contratos administrativos típicos regulados por la Ley vigente, convivirán necesariamente durante un periodo de tiempo los previstos en el *RD-legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* (en adelante TRLCSP-2011)¹⁴⁵. Dichos antiguos contratos eran el «contrato de obras», el contrato de «concesión de obras públicas», el «contrato de gestión de servicios públicos», el «contrato de suministro», el «contrato de servicios» y el «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» (arts. 5-12 TRLCSP-2011).

¹⁴⁰ F. VILLALBA PÉREZ, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 2, 2014, p. 88.

¹⁴¹ J. AVEZUELA CÁRCCEL, “El contrato de concesión de servicios”, en AAVV (Coords. Alberto Palomar Olmeda y Otros) *Comentarios a la Ley de contratos del sector público: adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 742 y ss.

¹⁴² R. TEROL GÓMEZ, “El contrato de servicios”, en AAVV (Coords. Alberto Palomar Olmeda y Otros) *Comentarios a la Ley de contratos del sector público: adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 905.

¹⁴³ R. SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, cit., p. 97 y ss.

¹⁴⁴ R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 41.

¹⁴⁵ BOE n.º 276 de 16-11-2011.

La principal diferencia entre la antigua y nueva tipología de contratos reside en, como se ha dicho antes, la asunción del riesgo operacional, que es lo que permite diferenciar un contrato de concesión administrativa de obra o servicios de los otros tres contratos públicos (obra, servicio y suministro)¹⁴⁶. Sin embargo, su principal efecto inmediato ha sido, tal y como anuncia el preámbulo, la desaparición del «contrato de gestión de servicio público», acarreado que las prestaciones objeto del mismo puedan ser canalizadas ahora tanto a través del «contrato de servicios» como del «contrato de concesión de servicios» en la LCSP de 2017. En definitiva, dicha modificación ha supuesto cambios en la configuración interna del sistema de contratos¹⁴⁷.

i) En efecto, el «contrato de servicios» no ha sufrido especiales alteraciones en su conceptualización, pues ya era definido como aquel por el que se encargaba una prestación de hacer consistente en desarrollo de una actividad dirigida a la obtención de un resultado distinto a una obra o un suministro (art. 10 y 301 y ss. TRLCSP-2011).

ii) Sin embargo, el «contrato de gestión de servicio público» era aquel por el cual la Administración podía encomendar a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumido como propia de su competencia. De modo que la Administración gestionaba indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que estos fueran susceptibles de explotación por particulares (arts. 8 y 275 y ss. TRLCSP). A mayor abundamiento, este contrato contaba con cuatro modalidades (art. 277 TRLCSP): a) la «concesión», por la que el concesionario gestionará el servicio a «su propio riesgo y ventura»; b) la «gestión interesada», en cuya virtud la Administración y la concesionaria participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se determine; c) el «concierto» con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; y d) mediante la constitución de una «sociedad de economía mixta» en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

iii) Tal y como venía estableciendo la doctrina científica y administrativa, la diferencia entre un contrato de servicios y un contrato de gestión de servicio público se circunscribía a su proyección *ad intra* o *ad extra* de sus prestaciones¹⁴⁸. Y es que, el contrato de servicios era aquel mediante el que la Administración pretendía satisfacer «necesidades internas» del propio ente público que podían ir desde la limpieza, mantenimiento o vigilancia de sus dependencias, a la creación de un programa informático *ad hoc* para el desempeño de sus competencias y funciones propias. Más concretamente, el artículo 10 TRLCSP remitía al Anexo II del mismo cuerpo

¹⁴⁶ Fuertemente criticado por R. SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, cit., p. 305 y ss.

¹⁴⁷ E. GAMERO CASADO; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, cit., p. 739.

¹⁴⁸ Por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La Administración Pública y las reglas de la «externalización»», cit., p. 10; más recientemente en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 271.

También la doctrina laboralista que ha estudiado la contratación pública como mecanismo de descentralización productiva de las AAPP ha puesto de manifiesto esta diferencia entre ambos contratos. Por ejemplo, R. SERRANO OLIVARES, «Los fenómenos de descentralización productiva en las Administraciones Públicas: aspectos de derecho individual del trabajo», cit., p. 938; T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 258.

normativo para clasificar las categorías en que podía dividirse este contrato¹⁴⁹. En todas ellas, la usuaria o beneficiaria del servicio era la propia Administración. Mientras que el contrato de gestión de servicio público se usaba para encomendar a la empresa concesionaria la prestación de un servicio de interés general prestado directamente a la ciudadanía, que eran los beneficiarios o usuarios del servicio, con independencia de que fuese un servicio público «obligatorio» o «voluntario» de acuerdo con las competencias legalmente impuestas a las diversas AAPP¹⁵⁰. Así lo confirmó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su *Informe n.º 41/1995, de 21 de diciembre*, mediante el deslindó el campo de actuación de ambos negocios en el entendido de que el contrato de gestión de servicio público entendiéndose que es aquel por el cual “*un servicio público de titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares*”.

iv) Pues bien, como se dice en la exposición de motivos de la LCSP de 2017 este último contrato desaparece para las nuevas adjudicaciones y, con él, las distintas modalidades de gestión indirecta que contemplaba. De hecho, en la nueva Ley “*se eliminan formalmente las figuras del concierto y de la gestión interesada (aunque la una se mantiene como contrato de servicios y la otra se engloba en el nuevo concepto de concesión)*”¹⁵¹. La concesión, que era una de ellas, se convierte ahora en el contrato de concesión de servicios, pero la nota identificativa y diferenciadora entre el contrato de servicios y el de concesión de servicios ya no es la prestación de una actividad directamente a la Administración cliente o al usuario del servicio público, sino simple y llanamente, la transmisión del riesgo operacional derivada de la explotación de la actividad en los términos que indica el artículo 1.4 LCSP y, con mayor precisión, la Directiva 2014/23/CEE. Si bien, la diferencia entre la modalidad de la concesión y el resto de las formas de gestión indirecta contempladas por el artículo 277 TRLCSP también era la «asunción del riesgo y ventura» de la actividad, esta noción y la de transmisión del «riesgo operacional» de la explotación no son exactamente los mismo¹⁵². Luego se retomará esta cuestión al realizar posteriores consideraciones sobre la transmisión.

En cualquier caso, mediante los dos contratos actuales se puede prestar un servicio público directamente a la ciudadanía, estando ante el contrato de servicios cuando el riesgo lo asuma la

¹⁴⁹ Sin ánimo de exhaustividad y solo a efectos de mostrar la variedad de servicios que podía englobar, citaré las siguientes: mantenimiento y reparación; transporte por vía terrestre o aérea de pasajeros y cargas; mensajería y correo; servicios financieros, de consultoría, jurídicos, de contabilidad y auditoría, etc.; telecomunicaciones; investigación y desarrollo; estudios y encuestas de opinión y publicidad; hostelería y restauración; investigación y desarrollo, etc.

¹⁵⁰ Lo cual no es inocuo a la hora de decidir el cambio de gestión del mismo y adoptar la decisión de revertir la actividad. Véase: J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 5/32 pdf descargado. En el mismo sentido: J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, cit., p. 35.

¹⁵¹ Cfr. J. M. GIMENO FELIÚ, “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente”, en AAVV (Dir José M. Gimeno Feliú) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 102.

¹⁵² R. SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, cit., p. 238 y ss.

Administración y ante el contrato de concesión de servicios cuando lo asuma la contratista. En ambos casos, el régimen de prestación del servicio público es similar. Así, de un lado, el artículo 312 LCSP establece las “*especialidades de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía*” y que recoge en buena medida –como declara la propia exposición de motivos de la LCSP– las normas relativas al “*régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio*”¹⁵³.

D) En orden a determinar la capacidad de los «contratos privados» que pueden celebrar todas las entidades del sector público –incluidas las administraciones públicas– como mecanismo desencadenante de la sucesión de empresa, poco más se puede aportar a lo ya dicho más arriba al tratar los títulos o procedimientos que la jurisprudencia nacional y europea han considerado que cumplen con el requisito subjetivo. Es decir, a cualquier entidad del sector público que celebre o participe en un contrato de compra-venta, arrendamiento, donación, etc., le será aplicable la norma laboral si mediante dicho título jurídico lo que se transmite una empresa o una parte de ella en los términos que se verán en el siguiente epígrafe¹⁵⁴. Y es que, el recurso a estos contratos, como el arrendamiento de empresa de forma privilegiada, permite apreciar con el ámbito de las Administraciones las formulas de gestión indirecta de servicios no se agotan con los contratos administrativos típicos previstos en la LCSP, ya que la propia jurisprudencia o ha admitido en no pocas ocasiones. Más concretamente, en el ámbito local las formas de gestión de los servicios no se agotan con las nominadas en el artículo 85.2 *Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*¹⁵⁵ (en adelante, LBRL)¹⁵⁶.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 9.2 LCSP excluye del ámbito de aplicación de la misma los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, pues tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. Sin embargo, habida cuenta de las numerosas remisiones expresas que realiza la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*¹⁵⁷ hacia la LCSP no puede entenderse que estos contratos queden del todo desvinculados del régimen de preparación y

¹⁵³ Aunque las normas en el precepto citado se refieren al contrato de servicios, en la regulación del contrato de concesión de servicio pueden encontrarse iguales previsiones en otros preceptos (art. 284.2, 288.a...).

¹⁵⁴ A efectos del Derecho del Trabajo cuando una Administración traspasa a otra empresa una actividad o viceversa, deberá quedar sujeta a las responsabilidades impuestas por la normativa laboral, con independencia de que no esté sujeta a las figuras contractuales previstas en la LCSP (F. J. GÁRATE CASTRO, “Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la «propia actividad»”, en AAVV (Coord. Francisco J. Gárate Castro) *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, p. 155).

¹⁵⁵ BOE n.º 80 de 03-04-05.

¹⁵⁶ En este sentido: V. MERINO ESTRADA, “Los procesos de remunicipalización”, en AAVV (Dir. Eulalia Ávila Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019, p. 38.

¹⁵⁷ BOE n.º 254 de 04-11-03.

adjudicación de los contratos públicos, además, porque en todo caso, la Ley patrimonial prevé una cláusula de remisión supletoria (art. 110.1 LPAP)¹⁵⁸.

E) Ahora bien, sobre los contratos administrativos ha sido la doctrina laboralista la que ha estudiado su eficacia como vehículo jurídico para la descentralización productiva en AAPP¹⁵⁹. De hecho, se ha identificado desde este ámbito que la diferencia que tienen estos contratos celebrados por una administración respecto a los contratos privados es que tratan de satisfacer el interés general. En todo caso, cuando de lo que se trata es de satisfacer el interés público, la contratación administrativa será el mecanismo jurídico-público de la externalización¹⁶⁰.

Todos los autores han partido del análisis tratando de delimitar cuáles de estos contratos públicos pueden identificarse con la noción laboral de «contrata», habida cuenta de que el propio Tribunal Supremo ha determinado que la noción de contrata o subcontrata empleada en el Estatuto de los Trabajadores no debe entenderse como de aplicación exclusiva a negocios jurídicos privados (SSTS de 15 de julio de 1996, rec. 1089/96 y de 18 de marzo de 1997, rec. 3090/96). Así, con independencia de que la contratación se lleve a cabo para la realización de una obra o de un servicio, el negocio jurídico-público será subsumible en la noción de contrata en tanto que la obligación contraída por el contratista consiste en la prestación de un *facere* específico -ejecutada por con su propia organización empresarial y asumiendo el riesgo-, y no por el contrario, un *dare* a favor del ente público¹⁶¹.

En consecuencia, de todos los contratos públicos debe desacatarse en primer lugar el «contrato de suministro», pues al igual que el contrato homónimo existente en el ordenamiento jurídico entraña una «obligación de dar» próxima a la compra-venta que difícilmente puede encajar con la noción de contrata y las obligaciones de hacer en que se concreta. Por consiguiente, la doctrina científica generalmente ha entendido que al resto de contratos públicos les será de

¹⁵⁸ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 155-158.

¹⁵⁹ Véase: J. CRUZ VILLALÓN; P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de derecho social*, n.º 3, 1998, p. 24 y ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN; J. L. GOÑI SEIN, "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AAVV *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo del profesor Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 137 y ss.; R. SERRANO OLIVARES, "Los fenómenos de descentralización productiva en las Administraciones Públicas: aspectos de derecho individual del trabajo", cit., p. 939 y ss.; H. SANTOR SALCEDO, "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades", cit., p. 196 y ss. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 159. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, Somorte-Cenero (Asturias), 2007, pp. 27-32. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 28 y ss.

¹⁶⁰ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN; J. L. GOÑI SEIN, "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", cit., p. 137.

¹⁶¹ Véase: J. M. GOERLICH PESET, "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en AAVV *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 92.

aplicación las instituciones jurídico-laborales ordenadas en la sección 2ª, del capítulo III, del Libro I del Estatuto de los Trabajadores, denominada «garantías por cambio de empresario».

En mi opinión, alguna duda debe suscitar la aplicación la sucesión de empresas al contrato de obras ex artículo 13 LCSP ante supuestos de reversión o cambio de adjudicatario. Y es que, como también ha puesto de manifiesto la doctrina laboralista, el contrato de obras previsto en la LCSP es una modulación del contrato civil de arrendamiento regulado por los artículos 1588 y ss. Código Civil, que se configura como un contrato de resultado, mediante el que la contratista se obliga a ejecutar la obra con plena responsabilidad y asumiendo el riesgo y ventura de la misma, y entregando la obra finalizada a la empresa principal¹⁶².

Así lo confirma el artículo 243 LCSP relativo al acto de recepción de las obras tras su terminación. No obstante, además de esta terminación normal hay ciertas causas de resolución del contrato que pueden determinar que la extinción anticipada del contrato y, por ende, la existencia de unas obras por finalizar que deban ser continuadas por otra empresa concesionaria o por la propia Administración (arts. 245 y 246.5 LCSP).

Pues bien, en este punto podría ser que la jurisprudencia entendiese que una obra iniciada por el anterior concesionario no diera lugar a una transmisión de empresa. Y es que, además que por lo general el contratista será quien aporte la infraestructura necesaria para la ejecución de la obra, como se verá a continuación, el TJUE ha determinado la transmisión de empresa ha de referirse a una *“entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limita a la ejecución de una obra determinada”*. Así, en un litigio en el que la comitente encarga a una contratista la construcción de una cantina de empresa y, a partir de cierto momento, decide que sea otra la que continúe las obras¹⁶³, determinó que *“el hecho de que una empresa prosiga, hasta su total ejecución y con el acuerdo del comitente, una obra comenzada por otra empresa y se haga cargo de dos aprendices y un empleado que ya habían trabajado en la obra y del material que se encontraba en ésta, no constituye una transmisión de empresa”*. En consecuencia, *“es ajena a este supuesto la situación de una empresa que transmite una de sus obras a otra empresa para que las termine. Dicha transmisión solo puede incluirse si se acompaña de un conjunto de elementos que permitan la continuidad de las actividades”* y no, en cambio, cuando *“esta última empresa se limita a poner a disposición del nuevo empresario algunos trabajadores y los materiales destinados a garantizar la realización de los trabajos de que se tratara”*.

En conclusión, a mi parecer, el contrato de obra pública difícilmente va a activar el artículo 44 ET, en tanto que si la obra es terminada se transmite un resultado pero no una actividad con posibilidad de continuar. Mientras que si la obra es incompleta, difícilmente podrá entenderse que lo transmitido sea una entidad económica organizada de forma estable. En todo caso, no es

¹⁶² R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 40.

¹⁶³ STJUE de 19 de septiembre de 1995, *Rygaard*, C-48/97, ap. 20 a 22.

discutible que la construcción de la obra constituya una verdadera contrata ex artículo 42 ET a los efectos de aplicar la responsabilidad existente de la principal frente a los trabajadores de las empresas concesionarias. En cambio, alguno sector doctrinal entiende que la respuesta del TJUE debe ser rechazada, especialmente en aquellas obras que abarcan un largo periodo de tiempo¹⁶⁴.

IV. EL REQUISITO DE CARÁCTER OBJETIVO: LA ENTIDAD ECONÓMICA TRANSMISIBLE

El requisito objetivo hace referencia a la empresa o la parte identificable de la misma que puede transmitirse. En la normativa estatutaria se define como una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma; en el caso de la norma comunitaria como una empresa, un centro de actividad o parte de una empresa o centro de actividad. Ambas disposiciones prevén que hay sucesión empresarial cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados que permitan realizar una determinada actividad empresarial, ya sea esencial o accesorio¹⁶⁵.

Si bien ambas parten de un presupuesto común, en ocasiones las interpretaciones que han hecho el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia se han expresado en términos diversos¹⁶⁶. El primero ha mostrado algunas resistencias para aplicar los nuevos términos en los que se expresa el artículo 44 ET desde la Ley 12/2001, aferrándose a su doctrina tradicional, y a pesar de la pauta hermenéutica venía marcada por el tribunal de Luxemburgo. El segundo, en cambio, ha mostrado una «evolución coherente»¹⁶⁷ en su propia doctrina ampliando la tutela que dispensa la Directiva de forma cada vez más extensiva, para acoger las nuevas realidades socio-productivas.

1. El criterio funcional y flexible del TJUE

1.1. La transmisión de la entidad económica «típica»: doctrina general

La Directiva 2001/23/CE resulta aplicable tanto a los traspasos de empresas, como de centros de actividad o de una parte de ambos a otro empresario (art. 1.1.a Directiva). Independientemente de las realidades objetivas aludidas, se considerará traspaso relevante a efectos de la disposición europea el de “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio” (art. 1.1.b Directiva)¹⁶⁸. De esta «noción funcional» y abierta del concepto de empresa¹⁶⁹, enunciada por primera vez en la STJUE de 18 de marzo de

¹⁶⁴ R. SERRANO OLIVARES, “Los fenómenos de descentralización productiva en las Administraciones Públicas: aspectos de derecho individual del trabajo”, cit., p. 965.

¹⁶⁵ Criterio introducido por la Directiva 98/50/CEE y transpuesto por la Ley 12/2001.

¹⁶⁶ J. L. GOÑI SEIN, “El concepto de sucesión de empresa. Divergencias doctrinales entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo Español”, cit., p. 38.

¹⁶⁷ T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratistas”, cit., p. 395.

¹⁶⁸ Constituye el punto de partida respecto a todos los pronunciamientos posteriores (M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 17).

¹⁶⁹ Más flexible que la propuesta por el artículo 44 ET y su interpretación antes de la Ley 12/2001. ¹⁶⁹ Por todos, J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del*

1986, *Spjikers* (asunto C-24/85), se deducen dos presupuestos básicos: la transmisión de la entidad económica y el mantenimiento de su identidad¹⁷⁰.

1.1.1. La configuración de la entidad económica

Por un lado, ha de transmitirse una entidad económica que, a efectos de la Directiva, es un conjunto de medios organizados que permitan desarrollar una actividad. Lo cierto es que poco más ha dicho el intérprete comunitario respecto a la composición de la entidad económica, al menos de forma directa. Tan solo ha precisado que se refiere a “*un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio*”¹⁷¹, así como que lo relevante a efectos de la norma es que se trate de “*una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limita a la ejecución de una obra determinada*”¹⁷². Sin embargo, de forma indirecta, cuando señala los indicios o circunstancias de hecho que deben cotejarse para comprobar si la entidad transmitida mantiene su identidad, enumera una serie de factores de producción presentes en casi cualquier empresa que nos permite conformar una idea previa sobre la composición de ese conjunto de medios organizados¹⁷³. En cualquier caso, deben formularse algunas precisiones adicionales respecto a la entidad económica objeto del traspaso proporcionadas por el TJUE posteriormente.

A) En primer lugar, debe tenerse claro que, en principio, la de entidad económica no constituye una realidad diferente a la empresa, el centro de trabajo o a una parte de ambos. Es una noción de síntesis, funcional y más adaptada a las nuevas realidades productivas de lo que lo hacen aquellas nociones tradicionales¹⁷⁴. Pero a la vez, no necesariamente debe identificarse de una manera estrictamente formalista con aquellas, pues puede comprender solo una parte de la empresa o centro de trabajo, toda vez que también puede superar dichas dimensiones.

ordenamiento interno y comunitario, cit., p. 21; S. DEL REY GUANTER Y OTROS, “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pp. 227-228; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”, en *I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, Instituto Politécnico de Leiria-Escola Superior de Tecnologia e Gestao, Leiria, 2012, p. 318, fecha de consulta en <https://iconline.ipleiria.pt/handle/10400.8/778> el 15 marzo 2016.

¹⁷⁰ Por todas, por ejemplo: SSTJUE de 26 de noviembre de 2015, ADIF, asunto C-509/14; de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle*, asunto C-298/18.

¹⁷¹ Entre otras: STJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, ap. 13; de 13 de septiembre de 2007, *Mohamed Jouini*, C-458/05, ap. 31.

¹⁷² Por ejemplo, SSTJUE de 19 de septiembre de 1995, *Ole Rygaard*, asunto C-48/94, ap. 20; de 15 de diciembre de 2005, *Nurten Güney-Görres y otros*, asuntos C-232 y 233/04, ap. 32.

¹⁷³ Estos aspectos “*nos van a permitir determinar los caracteres esenciales de la «entidad económica»*”. Cfr. R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 3/27 pdf descargado.

¹⁷⁴ F. VALDÉS DAL-RE, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 59. Parece se mueve en un sentido diverso la interpretación de J. GARCÍA BLASCO, “Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los «umbrales» de efectividad del Derecho del Trabajo”, cit., p. 100.

Así las cosas, queda meridianamente claro que la entidad económica no tiene por qué abarcar la totalidad de la empresa o del centro de trabajo, sino que admite una transmisión parcial de estas realidades objetivas, siempre y cuando cuenten con la autonomía suficiente para el desarrollo de la actividad. Esta transmisión parcial, prevista además en el título de la propia Directiva desde su reforma, permite la admisión en el campo de aplicación de actividades descentralizadas o externalizadas en las que el contrato que vincula a ambas empresas tiene por objeto una prestación de servicios realizada en beneficio del cedente. A mayor abundamiento, en este mismo sentido también ha aclarado que el hecho de que la actividad transmitida solo sea una actividad accesoria para la empresa principal, que no esté directamente relacionada con su objeto social no puede excluir la operación (servicio de cantina, limpieza, vigilancia y seguridad, etc.)¹⁷⁵.

Pero, por el contrario, puede desbordar el concepto de centro de trabajo, ya que una entidad económica la puede conformar una función de la empresa presente en diversos centros. Pero también puede desbordar la empresa, en el concreto sentido de que no tiene por qué identificarse con una noción típica y formalista de aquella, puesto que se trata de un conjunto organizado de elementos y personas que permiten explotar una actividad económica. Y este «conjunto», como se verá, puede estar conformado por diversos factores de producción (elementos y personas) o solo por uno. Lo determinante es que su composición sea la necesaria e imprescindible para poder explotar una concreta actividad económica.

B) En segundo lugar, ha de comprender todos aquellos elementos materiales y personales que permitan al nuevo empresario el desarrollo de la actividad. Desde un principio, el TJUE ha insistido en que no puede reducirse únicamente a los activos materiales (bienes muebles e inmuebles), de manera que la ausencia de estos en la operación no debería ser determinante para impedir que se aprecie el mantenimiento de la identidad¹⁷⁶.

C) En tercer lugar, la entidad económica debe «preexistir» al acto de la transmisión. Y es que, el hecho de que el artículo 6 Directiva 2001/23/CE, referente al mantenimiento del mandato de los representantes de los trabajadores afectados por el traspaso, condicione la garantía a que la empresa o la parte de esta transmitida «conservar su autonomía», implica necesariamente la preexistencia de dicha autonomía en la entidad económica¹⁷⁷. Este criterio, es de vital importancia en el caso de transmisiones parciales, cuyo objeto ha de comprender una parte divisible y susceptible de explotación independiente de la organización empresarial del cedente. En el caso de actividades objeto de contrata o de concesiones administrativas, han de constituir una parte

¹⁷⁵ STJUE de 12 noviembre de 1992, *Watson-Rask*, C-209/91, ap. 17; de 14 abril de 1994, *Christel Schmidt*, C-392/92, ap. 14; de 19 de octubre de 2017, *Securitas*, asunto C-200/16.

¹⁷⁶ SSTJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, asuntos C-171/94 y C- 172/94, ap. 16; de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Abler*, asunto C-340/01; de 12 de febrero de 2009, *Klarenberg*, asunto C-466/07, ap.

¹⁷⁷ STJUE de 6 de marzo de 2014, *Amatori*, asunto C-458/12, ap. 34. Véase: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de empresa: la unidad productiva debe preexistir a la transmisión (caso Amatori)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [20-03-25]*), fecha de consulta 20 marzo 2015, en <https://ignasibeltran.com>.

En el ámbito interno este criterio se ha tenido en cuenta, entre otras, en la STS de 8 de junio de 2016, rec. 224/15.

independiente de la actividad de la entidad pública o privada comitente. En todo caso, la autonomía funcional ha de predicarse respecto al momento previo a la transmisión pues, de no existir, no habrá transmisión de empresa¹⁷⁸. Aunque nada obsta a una normativa nacional extienda la tutela a transmisiones parciales en las que esa parte de empresa no constituya una unidad económica funcionalmente autónoma preexistente a su transmisión¹⁷⁹.

D) En cuarto lugar, sin perjuicio de lo dicho sobre la preexistencia de la autonomía funcional de la unidad «antes» del traspaso, no debe condicionarse la aplicación de la norma a una posterior pervivencia de la unidad productiva una vez consumada la operación, ya que los factores de producción pueden ser integrados en la estructura organizativa del cesionario. Así, no es necesario que dicha autonomía se mantenga después del traspaso, pues lo esencial es que se mantenga el vínculo funcional entre los elementos transmitidos de modo que permita a la nueva empleadora utilizarlos para desarrollar una actividad idéntica o análoga¹⁸⁰. Aunque se ha criticado que este parámetro puede suponer una debilitación del concepto de autonomía organizativa, a mi juicio debe valorarse de forma positiva. Y es que de no ser así, cada vez que el cesionario, en un ejercicio usual de sus facultades de dirección y organización decidiera disolver la entidad económica e integrar los factores de producción en su propia estructura, implicaría la privación a los trabajadores de la tutela concedida por la norma ante traspasos de empresas¹⁸¹.

1.1.2. *El mantenimiento de su identidad tras el traspaso*

El TJUE determinó que el «criterio decisivo» para determinar la existencia de una transmisión es saber si la entidad en cuestión «conserva su identidad» (asunto *Spjikers*, ap. 11). Esta noción, también inserta en el artículo 1.1.b Directiva 2001/23/CE, se deduce de dos circunstancias que son introducidas sistemáticamente en todas las sentencias posteriores y que constituyen el punto de partida para el análisis judicial¹⁸². En definitiva, lo que se trata de verificar es si el nuevo empresario continua la explotación de la actividad (A) valiéndose de los mismos

¹⁷⁸ De esta manera se pretenden evitar transmisiones fruto de “encapsulados”, en los que se crea artificialmente una entidad económica que posibilita deshacerse de un conjunto de trabajadores gracias a la transmisión de determinados bienes patrimoniales con los que no existía una relación funcional y organizativa. Véase: D. MARTÍNEZ SALDAÑA, “La decisiva influencia del derecho comunitario en la sucesión de empresa: la Directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, cit., p. 56.

¹⁷⁹ STJUE de 6 de marzo de 2014, *Amatori*, asunto C-458/12, ap. 42.

¹⁸⁰ STJUE de 12 de febrero de 2009, *Klarenberg*, C-466/07, ap. 53. Un comentario en A. TAPIA HERMIDA, “Efectos sucesorios laborales en los supuestos de transmisión de parte de una empresa o de parte de un centro de actividad (Comentario a la STJCE, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2009, asunto C-466/07, Dietmar Klarenberg Ferroton Technologies GMBH)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 315, 2009, p. 187 y ss.

¹⁸¹ J. L. GOÑI SEIN, “El concepto de sucesión de empresa. Divergencias doctrinales entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo Español”, cit., p. 41.

¹⁸² En este sentido: F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]”, *Actualidad laboral*, vol. 1, 2002, p. 3/19 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital. J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 58.

elementos organizativos que ya empleaba el cedente (B). Ambas circunstancias deben concurrir simultáneamente y deben apreciarse como un todo a efectos de declarar que hay transmisión¹⁸³.

A) Continuación efectiva de la actividad: ¿empresa-actividad o empresa-organización?

El mantenimiento o conservación de la actividad se deduce «sobre todo» del hecho de que el nuevo empresario «continúe efectivamente» la explotación empresarial o se «haga cargo de ella» con la misma o análoga actividad económica (asunto *Spjikers*, ap. 12). Circunstancia esta, la continuidad, que ha sido matizada en posteriores sentencias. Sin perjuicio de lo que luego se dirá en torno a una posible suspensión o interrupción, el Tribunal también estima que hay continuidad cuando el nuevo empresario «reemprende»¹⁸⁴ o «reanuda»¹⁸⁵ la explotación.

No obstante, después estableció un «criterio corrector» para evitar dar cabida a la mera continuación de la actividad, sin que conlleve la transmisión de ninguna entidad económica, como ya había ocurrido en alguna resolución. Esta cuestión es altamente relevante a los efectos de este trabajo por cuanto que la problemática se plantea al hilo de las primeras cuestiones prejudiciales sobre la aplicación de las previsiones de la transmisión de empresa a las contratadas y subcontratadas, esencialmente, aquellas cuya actividad es simplemente la prestación de un servicio. Además, se trata de una problemática que no afecta solo al momento de cambio de contratista o concesionario público, sino que se ha presentado con frecuencia ante el tribunal de Luxemburgo en supuestos de reversión de servicios, incluidos aquellos en los que la empresa principal/cesionaria es una Administración o entidad pública.

La STJUE de 12 noviembre de 1992, *Watson-Rask*, (asunto C-209/91) ya había conocido sobre un supuesto de externalización de la actividad de comedor de empresa, pero que no había supuesto mayores problemas por cuanto existía una infraestructura patrimonial transmisible. Pero con posterioridad, en la STJUE de 14 abril de 1994, *Christel Schmidt* (asunto C-392/92), se aplicó la Directiva a un supuesto de sucesión de contratistas de limpieza basándose en la simple continuación de la actividad, sin que se transmitiera ningún elemento y sin que ni siquiera se contratara a ningún trabajador (la única trabajadora del servicio rechazó la oferta de contratación por estar en desacuerdo con las nuevas condiciones de trabajo). Esta sentencia desató la preocupación de los Estados miembros y motivó el proceso de reforma de la Directiva¹⁸⁶.

En este contexto se abrió un profundo debate en el seno de todos los Estados miembros de la Unión Europea y entre los actores que participaron en el proceso de reforma de la Directiva sobre si la tutela debía acoger una noción de empresa como «empresa-actividad» o como

¹⁸³ M. Á. FALGUERA BARÓ, “Sucesión de empresas y contratadas: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos *Aira Pascual y Securitas*”, cit., p. 153.

¹⁸⁴ STJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86, ap. 18.

¹⁸⁵ STJUE de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, ap. 23; de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C-172/99, ap. 27.

¹⁸⁶ Véase capítulo primero, apartado II.1.2.

«empresa-organización». En síntesis, la primera entendería que es suficiente para aplicar la transmisión el hecho de que el nuevo empresario prosiga con la actividad objeto de la contrata, mientras que la segunda, requiere que además del presupuesto anterior se transmitan los elementos organizados que permiten llevar a cabo su explotación¹⁸⁷.

Pues bien, el referido «criterio corrector» fue introducido en la STJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen* (asunto C-13/95), que versaba sobre un supuesto de sucesión de contratistas de limpieza muy similar al contemplado en el asunto *Christel Schmidt*¹⁸⁸, en la que el Tribunal de la Unión prescribió que “*la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa*” (ap. 15). Lo que supone el cierre del debate y la superación de la posible noción empresa-actividad, en la medida en que acoge en esta sentencia una tesis organizativa de empresa¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Remito a una muestra ejemplificativa de los numerosísimos autores que han estudiado esta cuestión: S. DEL REY GUANTER Y OTROS, “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 227. M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 19 y ss. Una amplia y relativamente reciente exposición crítica de ambas posturas: L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrata*, cit., p. 33 y ss. Más recientemente: N. P. GARCÍA PIÑEIRO, “Transmisión de empresa, externalización de servicios y segregación de actividades”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 90 y ss.

¹⁸⁸ A mi juicio, esta es la única sentencia en la que el TJUE ha aplicado verdaderamente la tesis de empresa-actividad. En este sentido también: R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 7/27 pdf descargado. J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 26, que destaca que esta sentencia debe entenderse más allá del supuesto de específico de concesiones o contrata públicas o privadas.

Aunque la doctrina científica ha señalado otras. Así, en un caso en el que un Municipio decide extinguir una subvención a una Asociación que prestaba asistencia a toxicómanos, para concedérsela a otra (STJUE de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, asunto C-29/91), sobre la que algunos autores entendieron que la sola transferencia de la subvención elevaba el indicio de la continuidad a la categoría de determinante. Aunque a mi juicio se debe a que en el fallo no se incluyen otras circunstancias de hecho apreciables en el texto de la sentencia (E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios [Ref. LA LEY 544/2001]”, cit., p. 14/37 pdf descargado; A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, cit., p. 250; T. SALA FRANCO, “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos [Ref. LA LEY 1082/2005]”, *Actualidad laboral*, vol. 1, 2005, p. 14/23 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.)

La otra sería la STJUE de 7 de marzo de 1996, *Mercks y Neuhuys*, asunto C- 171 y 172/94, sobre la transmisión de una concesión de venta de automóviles sin transmisión de elementos del activo, pero contratando una parte del personal y bonificándose de una promoción comercial mantenida con la clientela. Del mismo modo, se considera que solo se transmite la actividad (objeto de la concesión) porque no se valoran otros elementos como la plantilla, los intangibles (marca del automóvil), la promoción comercial... (L. M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, cit., p. 26; J. GARCÍA ORTEGA, “La sucesión de contratistas”, cit., p. 352; M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contrata y subcontratas*, Wolters Kluwer, Madrid, 1999, p. 158. En contra: R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 12/27 pdf descargado; M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., pp. 25-26).

¹⁸⁹ Así lo ha entendido algún autor que señala, sobre esta sentencia, que “*la introducción de este matiz interpretativo permite adivinar un cierto distanciamiento de posiciones anteriores [...] supone incorporar una visión más patrimonializada de la empresa*”. Cfr. R. MORÓN PRIETO, “El concepto de transmisión de empresa de la Directiva

B) La comprobación del traspaso efectivo de la entidad económica

Como se acaba de decir, para que haya una transmisión en el sentido de la Directiva es preciso que la actividad sea efectivamente continuada, pero no vale como único criterio la continuación del servicio por un nuevo empresario, aunque sea la misma o idéntica actividad. Sin duda, será un indicio, pero no puede ser el único y determinante, sino que ha de acudir a otros elementos de valoración que permitan constatar de forma objetiva si la organización que dirigía el empresario cesante es la misma que emplea el nuevo para la continuación de la actividad¹⁹⁰.

A estos efectos, para comprobar si la entidad presuntamente traspasada «conserva» o «mantiene la identidad» deben tenerse en cuenta *“todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario contrate o no a 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”*¹⁹¹. Es decir, una vez verificado que la continuación de la actividad por otro empresario, el TJUE proporciona una «matriz de indicios» aparentemente compleja pero *“ciertamente amplia, expresamente abierta y no exhaustiva y de intensidad variable”*, que permite valorar la conservación de la identidad *“bajo una metodología tipológica (de aproximación a un tipo ideal)”* y confirmar si la empresa o entidad económica aprovechada por el nuevo empresario es la misma que se usaba antes del cambio en la prestación de la actividad o servicio¹⁹². Ahora bien, en dicha valoración, deben regir cuatro criterios apuntados por el tribunal comunitario.

a) Primero, que todas las circunstancias fácticas concurrentes deben apreciarse en el marco de una valoración de conjunto y no de forma aislada, por lo que cabe insistir en que la ausencia

77/187/CEE: Divergencias interpretativas entre las decisiones del TJCE y la doctrina del Tribunal Supremo (Comentario a la STJCE de 11 de marzo de 1997)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 7, 1998, p. 262 y ss. Son de este parecer: S. DEL REY GUANTER Y OTROS, “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, cit., p. 227. T. SALA FRANCO, “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos [Ref. LA LEY 1082/2005]”, cit., p. 15/23 pdf descargado. M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 27. G. ROJAS RIVERO, *La externalización en la Administración Pública. El debate jurisprudencial*, 2016, p. 10/18 pdf descargado, fecha de consulta en <http://www.iuslaboralistas.com/uploads/2016/10> el 5 febrero 2017.

¹⁹⁰ Entre otras autoras: R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 3/27 y ss. pdf descargado; M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*, cit., p. 157.

¹⁹¹ Este conjunto de circunstancias de hecho se convierte en una suerte de «cláusula de estilo» en todas las sentencias del TJUE en las que se analiza si hay o no un traspaso, desde la primera sentencia en que se formuló (asunto *Spijkers*, ap. 13), hasta las más recientes: SSTJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17; de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle*, asunto C-298/18, ap. 23.

¹⁹² Cfr. F. J. CALVO GALLEGU, “Transmisión de empresas, sucesión de contratistas y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 211.

de alguno no es decisiva para considerar que la entidad no mantiene su identidad¹⁹³. La entidad económica puede estar compuesta por multitud de factores de producción o, si se prefiere, una «pluralidad de parámetros»¹⁹⁴ (aunque los más significativos han sido casi siempre los activos materiales). Lo relevante es que se transmita una unidad organizativa o actividad productiva organizada, más allá de la mera transmisión de determinados elementos patrimoniales¹⁹⁵.

b) Segundo, que el listado de indicios que proporciona tiene carácter abierto, no exhaustivo. En alguna ocasión ha proporcionado otros indicios adicionales. Así, de un lado, en algunos casos ha apuntado que “*su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone*”¹⁹⁶. Estos indicios adquieren relevancia, sobre todo, en actividades en las que la experiencia y el *know-how* de los empleados son importantes, de modo que su mantenimiento es un criterio útil para apreciar la identidad de la entidad transmitida junto con el resto de indicios¹⁹⁷. Y es que, en algunas actividades el personal adquiere un valor más importante que en otras, de modo que la contratación de parte de la plantilla es un indicio a valorar dentro del conjunto de circunstancias de hecho. Así pues, no será únicamente la consecuencia o efecto de la transmisión, también está en la causa de la misma.

De otro lado, también ha admitido que, “*en determinadas circunstancias, elementos tales como la organización, el funcionamiento, la financiación, la gestión y las normas jurídicas aplicables caractericen una entidad económica de tal forma que una modificación de estos elementos, debido a la transmisión de dicha entidad, implique un cambio en su identidad*”¹⁹⁸. Tales consideraciones se formulan al hilo de cambios de titularidad en los que hay una transformación del régimen jurídico al que queda sometida la actividad, especialmente, cuando implica un traspaso del sector privado al público. En este caso, se cuestionaba si el hecho de que la actividad pasara a prestarse en forma de «servicio público administrativo» debería entenderse como una alteración su identidad, por cuanto que modificación sustancialmente el modo de gestión y de las condiciones de funcionamiento de la entidad cedida, que empieza a estar regida desde ese momento por el derecho administrativo. Ahora bien, como se desprende de la resolución del caso, no son aplicables si finalmente los criterios mencionados no alteran la actividad ejercida de modo que se sigue prestando en los mismos términos antes y después de la transmisión.

¹⁹³ STJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, asuntos C-171/94 y C- 172/94, ap. 21.

¹⁹⁴ A. TAPIA HERMIDA, “Efectos sucesorios laborales en los supuestos de transmisión de parte de una empresa o de parte de un centro de actividad (Comentario a la STJCE, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2009, asunto C-466/07, Dietmar Klarenberg Ferroton Technologies GMBH)”, cit., p. 179.

¹⁹⁵ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 20.

¹⁹⁶ SSTJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, ap. 15; de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo y otros*, asuntos C-173 y 247/96, ap. 30; de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, asunto C-234/98.

¹⁹⁷ R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 11/27 pdf descargado.

¹⁹⁸ STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99, ap. 50-54.

c) Tercero, que el peso o importancia relativa que se les debe dar varía en función del tipo de empresa, de la actividad ejercida y de los métodos de explotación empleados (más tarde se volverá sobre esta cuestión).

d) Y cuarto, que corresponde al órgano jurisdiccional nacional de cada Estado miembro determinar si ha existido o no una transmisión de empresa, a la luz de los criterios interpretativos proporcionados por el TJUE en la resolución del asunto prejudicial¹⁹⁹.

En definitiva, llevando a cabo su metodológica valoración de conjunto, ha considerado aplicable la Directiva cada vez que ha constatado un trasvase sustancial de elementos patrimoniales, como bienes muebles, inmuebles y activos inmateriales, pero también tomando en consideración si ha habido o no transmisión de plantilla. Por ejemplo, en supuestos de arrendamiento de instalaciones que permiten explotar un negocio y su posterior recuperación²⁰⁰, incluso con suspensión temporal de la actividad²⁰¹, en ocasiones, por su carácter estacional²⁰². En otros casos, aunque se hubiera cesado previamente la actividad si es reiniciada tiempo después por otro empresario que compra los activos materiales y, valiéndose del personal del anterior, pretende continuar la explotación, sin obstaculizar para la apreciación de transmisión que alguno de los elementos, en este caso inmateriales, hubiesen perdido ya su valor²⁰³.

Y también, ante operaciones vinculadas a la descentralización de funciones de la empresa principal. Por ejemplo, la de la actividad de cantina de empresa, en la que la empresa principal pone a disposición de las instalaciones y elementos necesarios y la contratista se compromete a

¹⁹⁹ Aunque no siempre se haya respetado esta pauta y, en no pocas ocasiones, ha proporcionado una respuesta directa al asunto (M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 17). O la condiciona de modo decisivo (F. J. GÁRATE CASTRO, "Sobre las condiciones bajo las cuales la reversión o el cambio de adjudicatario de un contrato de servicios constituyen una transmisión de empresa que no afecta a la licitud del despido colectivo decidido por el adjudicatario saliente", en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, p. 165).

²⁰⁰ Como la recuperación de un restaurante con instalaciones y equipamiento para volver a arrendar a otro empresario, que vuelve a contratar a parte la plantilla tras haber sido despedida por el anterior (STJUE de 10 de febrero de 1988, *Daddy's Dance Hall*, asunto C-324/86).

²⁰¹ Como el asunto en el que arrendador de una empresa de placado de hayas recupera las instalaciones después de que el arrendatario resolviera el contrato y despidiera a la plantilla que previamente había subrogado. El propietario de la empresa se hace cargo de ella de nuevo, para venderla posteriormente a un tercero, quien prosigue su explotación poco tiempo después tras una interrupción desde la terminación del primer contrato de arrendamiento, contratando a la mitad del personal y adquiriendo junto con los elementos integrantes, el fondo de comercio (STJUE de 15 de junio de 1988, *Bork International*, C-101/87).

²⁰² Recuperación del arrendamiento de un hostel por parte de su propietaria tras el incumplimiento de la arrendataria, para continuar explotándolo tras un periodo de suspensión de la actividad debido a la estacionalidad de la misma, con solución de continuidad de la plantilla, ya que en el momento de la transmisión no había trabajadores (STJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86).

²⁰³ Reanudación de la explotación de un matadero cuando la actividad de la anterior empresa había cesado totalmente y aunque los bienes inmateriales de la empresa ya no tenían valor (clientela, imagen de la marca, etc.), pero todo el conjunto patrimonial, con varios locales y oficinas, el terreno y algunos bienes muebles fueron comprados por la cesionaria haciéndose cargo de todos los trabajadores empleados por la anterior menos el demandante (STJUE de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, asunto C-24/85).

contratar a la plantilla cesante²⁰⁴. O la de una empresa concesionaria que, para presentar una oferta más ventajosa al concurso, despide a su plantilla y subcontrata con una filial suya que aplica condiciones laborales menos onerosas y utiliza las instalaciones, infraestructura, material y el resto de activos significativos de la primera concesionaria o contratista²⁰⁵. Pero también aunque no se transmitan elementos materiales, pues el cambio de concesionario de venta de automóviles de una determinada marca conserva su identidad aunque se ejerza bajo otro titular, en locales y con equipos diferentes, pero el nuevo empresario se hace cargo de parte del personal, y mantiene la promoción comercial desarrollada con la clientela y el ámbito geográfico de actuación²⁰⁶.

1.2. La transmisión de la entidad económica basada en la mano de obra: doctrina de la «sucesión de plantillas»

Si partimos de la premisa de que todos los indicios que apunta el TJUE no son igual de importantes, sino que deben ponderarse en atención al tipo de empresa y el tipo de actividad, la ausencia de uno de ellos no puede ser determinante. En este sentido, la STJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys* (asuntos C-171/94 y C- 172/94) ya supuso un «aviso a navegantes» por cuanto que determinó que los elementos del activo material no pueden condicionar la aplicación de la Directiva si se transfieren otros factores de producción que permiten considerar que la identidad se conserva tras el cambio de titular²⁰⁷. En este asunto se insistía en que si bien dichos activos patrimoniales se encuentran entre las circunstancias de hecho a las que tradicionalmente se ha referido el Tribunal, no son los únicos que el órgano jurisdiccional nacional ha de considerar para determinar si la operación cumple el requisito objetivo.

Sin embargo, el TJUE avanzó en la configuración del concepto de entidad económica funcional matizando su doctrina para aquellos sectores en los que los trabajadores son el factor de producción esencial o prácticamente único. En este sentido, la STJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen* (asunto C-13/95) supuso un punto de inflexión profundizando en esta idea, al entender que si una entidad económica puede funcionar sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de su identidad no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos (ap. 18). Así pues, se estimó que, en sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, a falta de cualquier otro factor de producción, un conjunto de trabajadores organizados y destinados de forma estable a la ejecución de una actividad constituyen una entidad económica susceptible de transmisión. En consecuencia, el mantenimiento de la identidad se podrá deducir *“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,*

²⁰⁴ STJUE de 12 noviembre de 1992, *Watson-Rask*, asunto C-209/91.

²⁰⁵ STJUE de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, asunto, C-234/98, ap. 27, sobre los trabajos de perforación en minas y túneles.

²⁰⁶ STJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, asunto C- 171 y 172/94.

²⁰⁷ F. J. CALVO GALLEGOS, “Transmisión de empresas, sucesión de contratistas y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 214.

en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable” (ap. 21)²⁰⁸.

A partir de aquí, a la plantilla se le otorga un protagonismo diverso como elemento susceptible de desencadenar una sucesión empresarial²⁰⁹. De una parte, es un indicio más a valorar junto con el resto de circunstancias de hecho que proporciona el TJUE en su matriz de indicios, que será aplicable en los casos en los que estemos frente a una entidad económica típica compuesta por diversos factores productivos. De otra parte, cuando el único elemento necesario para realizar la actividad es un conjunto de trabajadores organizados, eleva la contratación o asunción de la plantilla a la categoría de determinante²¹⁰.

Con la creación y consolidación de esta doctrina, comúnmente conocida como la «sucesión de plantillas», se abre la puerta a la aplicación de la Directiva determinados supuestos de sucesión de contratas de empresas prestadoras de servicios sin presencia de elementos patrimoniales (materiales o inmateriales), en los que hasta el momento no quedaba garantizada la tutela de los trabajadores afectados. La doctrina científica pronto alertó que el criterio de la sucesión de plantilla suponía confundir el efecto de la transmisión con la causa de la misma²¹¹. Sin embargo, desde otro punto de vista se argumentó que el criterio delimitador de la transmisión no era la propia sucesión de la plantilla, sino la transmisión de los factores de producción que, en ciertos sectores, se identifican únicamente con la plantilla²¹².

Y es que, no resultaría coherente condicionar la efectividad de la norma sucesoria a la transmisión de unos elementos materiales que, por la propia naturaleza de la actividad, no existen. No obstante, mediante esta nueva fórmula jurisprudencial también se adquiere el conjunto organizado de elementos personales, pues también factores de producción que permitirán al nuevo empresario continuar prestando el servicio objeto de la contrata. A mayor abundamiento, como apuntan los profesores SALA FRANCO y PEDRAJAS MORENO, si se ha admite en el ordenamiento jurídico-laboral la legalidad de una contrata de este tipo de servicios entendiendo que la contratista es una verdadera empresa, en el bien entendido de que aporta a la comitente

²⁰⁸ Reiterada por, entre otras, SSTJUE de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo y otros*, C-173 y 247/96, ap. 32; de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, asuntos C- 127 y 229/96 y 74/97, ap. 32; de 29 de octubre de 2010, *UGT-FSP*, asunto C-151/09, ap. 33; de 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C-463/09, ap. 29; de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo*, asunto C-60/17, ap. 34.

²⁰⁹ L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 45.

²¹⁰ M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 29.

²¹¹ L. M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, cit., p. 28.

²¹² L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 49. En el mismo sentido, con una elaborada argumentación: Ó. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, “El objeto de la transmisión: el concepto de unidad económica productiva autónoma”, en AAVV (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 72 y ss.

«algo más» que un grupo de trabajadores, lo razonable sería admitir también que el objeto de la contrata es transmisible, por cuanto que el contratista cedente estaría traspasando lo mismo que ya aportó en el momento de suscribir la contrata o concesión²¹³.

Ahora bien, debe enfatizarse que su aplicación requiere la concurrencia de un doble presupuesto. El primero, que ha de tratarse de un sector de actividad intensivo en mano de obra y donde los bienes patrimoniales se reducen a la mínima expresión, como la limpieza, el mantenimiento, vigilancia y seguridad, servicios auxiliares, jardinería, determinados servicios sociales, la actividad de una ETT, etc. Única y exclusivamente en estos casos un grupo de trabajadores organizados de forma estable y adscritos a una actividad pueden constituir una entidad económica. Dicho con otras palabras, la aplicación de esta doctrina es subsidiaria, depende de que la organización de medios no pueda enmarcarse en la entidad económica típica o general²¹⁴. Y el segundo presupuesto, que necesariamente el nuevo empresario debe contratar o hacerse cargo de una parte esencial de los trabajadores, en términos de número y competencias, para considerar que la entidad económica organizada de forma estable se ha transmitido.

De nuevo el TJUE apuesta por una interpretación finalista o teleológica del «elemento objetivo» para extender la Directiva al mayor número posible de supuestos de transmisión y de trabajadores afectados. Si bien, de nuevo corresponde la constatación de su cumplimiento, esto es la transmisión de la entidad económica basada en personal, a los órganos judiciales internos cuya labor no pretende suplantar el TJUE sino que, simplemente, trata de orientar “*hacia soluciones más respetuosas y garantistas de los derechos de los trabajadores*”²¹⁵.

Y aunque inicialmente esta doctrina se construyó sobre supuestos en los que la asunción de personal por el empresario entrante se lleva a cabo de forma voluntaria, pronto se dio un paso más con la STJUE de 24 de enero de 2002, *Temco* (asunto C- 51/00, ap. 27 y ss.). En efecto, el TJUE consideró que el hecho de que la sucesión de plantilla se produzca de forma voluntaria o impuesta carece de relevancia. En dicho caso, se aplicó a un supuesto en que la subrogación de la plantilla viene impuesta por un convenio colectivo, pues lo determinante es que se dé el mantenimiento de la plantilla del cedente. Doctrina que ha sido reiterada recientemente por la STJUE de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo* (asunto C-60/17, ap. 34).

En efecto, como señala BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ para el tribunal de Luxemburgo la «sucesión de plantillas» se configura como un “*requisito de resultados y no de medios*”, siendo

²¹³ T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, cit., p. 397.

²¹⁴ En este sentido se ha afirmado que el análisis de la transmisión de la entidad económica requiere una «valoración en cascada» (J. GIL PLANA, “La subrogación empresarial en las contratas y subcontratas (I)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 156, 2012, p. 254).

²¹⁵ Cfr. A. BAYLOS GRAU; N. CASTELLI, “Sucesión de plantillas en actividades desmaterializadas y controvertida finalidad tuitiva de la normativa europea en materia de sucesión de empresa”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^ª Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, p. 102.

irrelevante cómo la empresa llega a contratar al personal, de forma voluntaria u obligatoria²¹⁶. En ambos casos, si se coteja que el personal que ejerce la actividad tras el traspaso viene constituido por un núcleo esencial de la plantilla del cedente, se habrá producido una transmisión de empresa. En este sentido, deben entenderse las consideraciones que el TJUE hizo en la STJUE de 20 de enero de 2011, *Clece* (asunto C-463/09), sobre la reversión del servicio de limpieza por un Ayuntamiento español, en el que deja latente, aunque con una redacción un tanto confusa, que si se supeditara la asunción de una parte esencial de la plantilla a una decisión meramente voluntaria, sería fácil eludir las garantías de la Directiva²¹⁷.

1.3. La dicotomía de entidades económicas y la necesaria valoración previa del tipo de actividad empresarial

A) Tratando de recopilar lo dicho anteriormente, la entidad económica, de acuerdo con la noción flexible y funcional de empresa del TJUE, comprende el conjunto de personas y elementos que permiten el ejercicio de una determinada actividad para alcanzar un objetivo propio. Sin embargo, siguiendo la terminología empleada en sus más recientes sentencias, cabe diferenciar entre la entidad económica en empresas que desarrollan una «actividad que se apoya fundamentalmente en el equipamiento», frente a empresas de sectores en los cuales «la actividad se basa esencialmente en la mano de obra»²¹⁸.

B) Una vez delimitadas las dos posibles entidades económicas transmisibles, y la doctrina aplicable a cada caso –general o sucesión de plantillas-, al órgano judicial nacional le corresponde la disyuntiva previa de dirimir cuál de las dos aplicar²¹⁹. De nuevo, para ello, también proporciona pautas de intervención el Tribunal de Justicia.

En efecto, a la vez que creaba la doctrina de la sucesión de plantillas apuntaba una regla esencial para determinar cuando debía aplicarse. En concreto, estableció que “*para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, el órgano judicial nacional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate. De*

²¹⁶ Cfr. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, cit., p. 18/40 pdf descargado.

²¹⁷ “Poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas. En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores [...] quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedido” (ap. 37 y 38).

²¹⁸ Véase SSTJUE de 26 de noviembre de 2015, ADIF, asunto C-509/14, ap. 34-36.

²¹⁹ F. J. CALVO GALLEGU, “Transmisión de empresas, sucesión de contratos y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 214. En el mismo sentido: Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 288.

ello se deduce que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios que determinan la existencia de una transmisión [...] varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso los métodos de producción o de explotación utilizados por la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad²²⁰. Dicho con otras palabras, el tipo de empresa y la actividad ejercida son el factor de ponderación para determinar qué requisitos son relevantes a efectos de concluir que se ha producido una sucesión de empresa²²¹. Se trata, ni más ni menos, que de determinar si se ha transmitido el factor o factores de producción clave que permiten continuar explotando la actividad en los mismos términos que antes del traspaso.

a) Así, en aquellas actividades para cuyo desarrollo sean precisas instalaciones o medios materiales importantes –es decir, un conjunto de bienes patrimoniales y personales dotados de autonomía funcional–, lo determinante será que el nuevo empresario los adquiera o recupere para poder continuar con ellos la prestación del servicio. Y, por tanto, no bastará para excluir la existencia de transmisión el hecho de que no se haga cargo de la plantilla. Por el contrario, la contratación de una parte esencial de la misma, tampoco es suficiente para aplicar la Directiva si no se transfiere la infraestructura, ya que es el elemento esencial y necesario para el desarrollo de la actividad, y solo así podrá apreciarse que se mantiene la identidad de la entidad económica.

b) Mientras que en aquellos otros sectores en los que el desarrollo de la actividad solo precise un conjunto de trabajadores organizados, es necesario que el empresario principal o el nuevo contratista continúen desarrollando el servicio sin solución de continuidad y haciéndose cargo de una parte esencial de la plantilla de la anterior empresa contratista. En cambio, si contrata a nuevos efectivos de personal o emplea a los suyos propios en el servicio sucedido o recuperado, no podrá considerarse que la entidad económica empleada por cedente y cesionario sea la misma (no conservará la identidad). No habrá transmisión de empresa.

C) Como puede apreciarse en todas las sentencias del TJUE posteriores asunto *Süzen*, la valoración previa se reputa indispensable para determinar si debe aplicarse la doctrina de la sucesión de plantillas o su doctrina general, debiendo recordarse que la primera tiene un carácter subsidiario y que solo se aplicará en defecto de otros bienes de producción. Es importante esta labor en los casos en los que se contrata parte del personal del anterior empresario. Por ejemplo:

²²⁰ Por todas, STJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, asunto C-13/95; de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C- 51/00, etc. Pero idéntico juicio aparece desde entonces en todas las sentencias, incluso en aquellas en las que la actividad descansa en equipamiento patrimonial, como por ejemplo, SSTJUE de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C- 172/99; de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Abler*, asunto C-340/01.

²²¹ En este sentido, también: R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 12/27 pdf descargado; M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 29; R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 94. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Internalización de actividades sin «sucesión» de plantillas [Ref. LA LEY 3129/2011]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2011, p. 3/12 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 17 diciembre 2015.

a) En un supuesto de sucesión de concesionarias del servicio público de transporte de autobús urbano, en el que no aplica la Directiva a pesar de que 33 de los 45 trabajadores fueron contratados por la nueva concesionaria, pero sin que la operación estuviese acompañada la transmisión de los vehículos, pues “no puede considerarse [...] sea un actividad que descansa en mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones” que “contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad; el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo cesionario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que ésta no conserva su identidad” (STJUE de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C- 172/99, ap. 39- 42). No obstante, en mi opinión no tuvo en consideración el TJUE para resolver este asunto la presencia de otras circunstancias fácticas relevantes como el valor económico del contrato administrativo –al que considera activo material significativo–, la transmisión de clientela –que entiende que tiene un «carácter cautivo»–, o la experiencia y el conocimiento específico de la plantilla que permitieron garantizar la continuidad del servicio. Y, no menos importante, que los vehículos no fueron adquiridos en propiedad, pero se formalizó un contrato de arrendamiento temporal mediante el que el antiguo concesionario cedía el uso de aquellos al nuevo, en tanto en cuanto este adquiriría su propia flota de vehículos. En este caso, si bien podría haber determinado una solución contraria, el Tribunal entendió que los autobuses eran el factor productivo clave y quiso ponderar esta circunstancia en atención al interés del nuevo empresario de configurar su propia empresa²²².

b) En la actividad de transporte aéreo, en la cual, “la transmisión de materiales debe considerarse un elemento esencial para apreciar la existencia de una transmisión de centro de actividad”, de modo que aprecia la transmisión porque la cesionaria adquirió los contratos de *leasing* que le permitían disponer de los aviones, las instalaciones y bienes muebles que empleaba como oficina el cedente, la clientela –pues se subroga en los contratos de vuelos chárter con operadores turísticos–, y readmite a parte de los trabajadores que emplea en idénticas funciones (STJUE de 9 de septiembre de 2015, *Joao Filipe*, C-160/41, ap. 29).

c) Hay transmisión en la sucesión de concesionarios del servicio de restauración de un hospital público, que requiere un equipamiento importante (locales, suministros, equipos pequeños y grandes para la preparación de comidas y limpieza, etc.), y en el que además, se hace cargo de la clientela por tener esta un «carácter cautivo», sin puede condicionar la solución el que el nuevo empresario no se haga cargo del personal, pues no es una actividad basada en mano de obra (STJUE de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Ablor*, asunto C-340/01, ap. 36-37).

d) En el cambio de adjudicataria del servicio de seguridad, control de pasajeros y equipajes de un aeropuerto, que requiere de equipamiento especializado (arcos detectores, detectores manuales, cintas transportadoras, etc.) que es puesto a disposición por la entidad adjudicadora, no enerva la apreciación de la transmisión de la entidad económica el hecho de que aunque la

²²² Véase M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., pp. 33-35.

nueva adjudicataria solo asuma a 167 de 306 trabajadores (STJUE de 15 de diciembre de 2005, *Nurten Güney-Görres* y otros, asuntos C-232 y 233/04, ap. 31 y ss.).

e) Incluso, en supuestos donde no se aprecia transmisión de activos materiales, si bien, la nueva sociedad adquiere una unidad destinada a la investigación y desarrollo de activos inmateriales, adquiriendo los medios de producción básicos: los principales productos y todos los derechos de propiedad intelectual e industrial relacionados, así como la tecnología necesaria para su desarrollo, una lista de proveedores y clientes, y la transferencia de los trabajadores empleados en el departamento (STJUE de 12 de febrero de 2009, *Klarenberg*, C-466/07, ap. 15)²²³.

f) En cambio, son actividades que se basan esencialmente en la mano de obra y en las que cabe aplicar la doctrina de la sucesión de plantillas: el servicio de limpieza en un establecimiento educativo de enseñanza secundaria traspasado a otro contratista²²⁴; la reasunción del servicio de limpieza por una empresa fabricante de chicles y golosinas, por una empresa que tiene un establecimiento comercial de baños o por la empresa pública RENFE respecto de los trabajos de limpieza de una estación de ferrocarril²²⁵; las sucesiones de empresas concesionarias del servicio municipal de Ayuda Domiciliaria o del servicio de vigilancia y seguridad de un depósito dependiente del Ejército alemán²²⁶; el cambio de subcontratista de limpieza de las instalaciones industriales de la empresa automovilística Volkswagen²²⁷; el traspaso de trabajadores entre dos Empresas de Trabajo Temporal²²⁸; la extinción de la concesión y reasunción por el Ayuntamiento de los servicios de limpieza de colegios, limpieza viaria y jardinería²²⁹ y de dependencias públicas²³⁰; la sucesión de contratistas del servicio vigilancia y seguridad del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela²³¹; o de la nueva adjudicación de los servicios de limpieza y mantenimiento del Ayuntamiento de Gante (Bélgica) a dos contratistas tras dividir en lotes el contrato público que realizaba antes un único empresario²³².

D) En conclusión, se requiere una tarea previa de calificación de la actividad y, según se base la actividad en equipamiento o en mano de obra, unos indicios u otros serán determinantes para poder concluir que se ha transmitido una empresa²³³.

²²³ Similares características del supuesto de hecho, basado en tecnologías de la información, STJUE de 6 de marzo de 2014, *Amatori*, C-458/12.

²²⁴ STJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95.

²²⁵ STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, asuntos C- 127 y 229/96 y 74/97.

²²⁶ STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo y otros*, asuntos C-173 y 247/96.

²²⁷ STJUE de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C- 51/00.

²²⁸ Se entiende que la actividad de las ETT se caracteriza por la inexistencia de una estructura organizativa propia y estable (STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Mohamed Jouini*, asunto C- 458/05, ap. 33).

²²⁹ STJUE de 29 de octubre de 2010, *UGT-FSP*, asunto C-151/09.

²³⁰ STJUE de 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C-463/09.

²³¹ STJUE de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo*, asunto C-60/17.

²³² STJUE de 26 de marzo de 2020, *Govaerts*, asunto C-344/18.

²³³ En este sentido: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, "Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma", cit., p. 22/40 pdf descargado. En el mismo sentido, entre otros, F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, "Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contratos constituye sucesión de

La reciente STJUE de 19 de octubre de 2017, *Securitas* (asunto C-200/16) realiza una labor de sistematización de su doctrina y, con una exposición muy clara, vuelve a acentuar esta necesaria labor de calificación previa a efectos de calificar la transmisión de una entidad económica en virtud de esta polarizada doctrina (ap. 27-30). En el caso concreto, el TJUE respeta estrictamente el alcance de su competencia –excedida con frecuencia– y remite al órgano judicial nacional para que, a la luz de las circunstancias de hecho y de las pautas hermenéuticas proporcionadas en la sentencia prejudicial, resuelva el caso. El intérprete europeo se limita a determinar que queda comprendida en el campo de aplicación de la Directiva una situación por la que la empresa comitente resuelve una concesión de servicios de vigilancia y seguridad de instalaciones portuarias y celebra un nuevo contrato con otra empresa. No obstante, respecto a la valoración de si la actividad se basa en equipamiento o en mano de obra, formula algunas consideraciones que remite al tribunal nacional para su análisis y calificación final. Y es que, en el asunto, no queda claro si se transmite cierto equipamiento indispensable para la actividad ni cuál es su peso específico en la actividad: uniformes y equipos de radio vigilancia. Por eso el TJUE insta al tribunal remitente a que compruebe si la antigua concesionaria puso a disposición de la nueva los elementos esenciales para el desarrollo de la actividad.

1.4. La reciente permeabilidad de criterios, ¿hacia un abandono de la tradicional entidad económica dicotómica?

No obstante, pese a la insistencia de la necesidad de efectuar una valoración de conjunto, como señala CALVO GALLEGO, en la práctica puede comprobarse como a lo largo de todo este tiempo algunos elementos del activo patrimonial, especialmente los de carácter material (bienes muebles e inmuebles) han jugado un papel privilegiado en la calificación de la operación como sucesión de empresa²³⁴. Y es que, salvo supuestos muy excepcionales, aun concurriendo otros parámetros enumerados en la matriz de indicios (clientela, intangibles, plantilla...), los primeros han sido determinantes para concluir si hay o no hay traspaso de empresas. En este mismo sentido, también la profesora DE LA PUEBLA PINILLA resalta que, pese metodológicamente se remite al conjunto de circunstancias de hecho tradicional, en la práctica, la determinación de si hay o no traspaso se ajusta a un “*esquema o test de una cierta sencillez*” determinado por la relevancia de los elementos personales o, alternativamente, de los patrimoniales²³⁵. No obstante, muy recientemente, el Tribunal de Justicia ha dictado algunas sentencias que parecen estar

empresa”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, p. 99.

²³⁴ F. J. CALVO GALLEGO, “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 217.

²³⁵ Cfr. A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Novedades en la doctrina judicial europea sobre transmisión de empresas: La continuidad de la plantilla puede ser determinante de la sucesión empresarial incluso en actividades que requieren importantes elementos materiales”, en el blog «*Foro de Labos*» [03-03-20], fecha de consulta 8 marzo 2020, en <https://forodelabos.blogspot.com>.

permeabilizando sus consolidadas reglas y que avanzan hacia una entidad económica que pudiera ser no tan bipolar como la que venía entendiendo.

A) En primer lugar, la STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, asunto C-194/18²³⁶. Lo relevante de este caso para los efectos que interesan en este trabajo, es que proporciona un *tertium genus* a la tradicional comparación entre actividades materializadas y desmaterializadas.

En este caso, el tribunal considera que la actividad no requiere de elementos materiales significativos para su funcionamiento pero tampoco es una actividad que descansa sobre la mano de obra, sino que los factores de producción verdaderamente importantes para el desarrollo de la actividad y que posibilitan la continuación de la misma son los «elementos inmateriales». Con estos se refiere a instrumentos financieros y demás activos gestionados para los clientes, la gestión de la contabilidad, servicios de inversión y servicios accesorios, así como la tenencia de archivos como la documentación relativa a los servicios y las actividades prestadas a los clientes. Este conjunto de cosas, son las que constituían realmente la entidad económica y las que permiten apreciar la identidad con su traspaso, aunque no se transmitieran instalaciones, mobiliario o la plantilla (los contratos de los trabajadores fueron extinguidos).

Se trata de una actividad de servicios de inversión que, tras cesar en ella el Banco que los prestaba, los cede a otra entidad financiera al amparo de lo dispuesto en una Ley nacional que regula las transmisiones de estos instrumentos financieros. Sin embargo, la entidad cesante informó a sus clientes de la operación y de la posibilidad que tenían de dirigirse a la nueva empresa, ofreciéndoles ventajas particulares. De hecho, el 91% de los clientes accedieron. Y este es el verdadero *leit motiv* del asunto: la «cesión de la clientela», pese a que el tribunal se refiera en primer lugar los activos inmateriales. En este caso se considera que la cesión de la clientela es el elemento determinante para la calificación como transmisión de empresa (ap. 46)²³⁷.

B) En segundo lugar, mediante la STJUE de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle* (asunto C-298/18) incide sobre un supuesto fáctico muy similar ya resuelto por el TJUE (asunto *Oy Liikenne*), pero proporcionando una solución diametralmente opuesta. Vale la pena recordar de nuevo que en el primer asunto prejudicial, se consideró que no había sucesión de empresa en la nueva adjudicación de la concesión del servicio público de viajeros en autobús porque, a pesar de transmitirse ciertos elementos de escaso valor (como los uniformes) y buena parte de la plantilla, los automóviles no se transmitieron y se consideraban entonces el elemento indispensable para el funcionamiento de una entidad económica como esta basada en equipamiento.

²³⁶ Un comentario en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el art. 44 ET (STJUE 8/5/19, *Dodic*)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 06-06-2019*), fecha de consulta 14 junio 2019, en <https://ignasibeltran.com>.

²³⁷ Alguna autora ha calificado de paradójica la decisión del TJUE porque considera que no se transmite «nada»: A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, en el blog «Foro de Labos» [09-05-19], fecha de consulta 30 junio 2019, en <https://forodelabos.blogspot.com>.

En este nuevo conflicto tampoco se transmiten los vehículos porque no cumplían con las condiciones técnicas, sociales y medioambientales exigidas por el pliego de condiciones. Por ello, la antigua concesionaria no se presentó al concurso, al estimar que no podía presentar una oferta económica ventajosa. Mientras que la nueva adjudicataria rechazó adquirir o arrendar cualquier otro elemento patrimonial de la anterior (cocheras, instalaciones de explotación, servicio de taller), pero sí que contrató a la mayoría de conductores y personal de administración de la anterior, confiando en que el precedente antes citado determinaba que no se activaba la transmisión de empresa. En este orden de cosas, el tribunal remitente pregunta si la operación debe quedar incluida en el ámbito de la Directiva aun cuando no se hayan cedido activos significativos y si el hecho de que los antiguos autobuses ya no sean aprovechables para el servicio justifica la desvinculación de la doctrina sentada en el caso del año 2001. Pues bien, la respuesta del TJUE es tan sorprendente como coherente con su propia jurisprudencia.

Sorprendente porque efectúa un retroceso en su propia doctrina para desvincularse del carácter privilegiado que otorgaba a los elementos del activo material. Así pues tras reiterar que la mera cesión de la actividad no permite apreciar el mantenimiento de la identidad y que la actividad en cuestión no descansa fundamentalmente en la mano de obra sino en el equipamiento, formula dos precisiones: 1) que la calificación de la transmisión *“presupone un determinado número de comprobaciones fácticas y que corresponderá al órgano nacional apreciar esta cuestión «in concreto» a la luz de los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia”*; 2) que el hecho de que en el caso anterior determinara que no había transmisión *“constituye una circunstancia que debe tomarse en consideración, [pero] no cabe inferir [...] que la asunción de los autobuses deba considerarse «in abstracto» como el único factor determinante de una transmisión de empresa cuya actividad consiste en el transporte público de viajeros en autobús”* (ap. 25, 26 y 30).

Dicho con otras palabras, primero recalca que la matriz de indicios tradicionalmente usada tiene plena operatividad, debiendo concederse igual importancia a todos los elementos que contiene cuya ponderación dependerá solamente del caso concreto. Y después indica que en materia de transmisión de empresa difícilmente puede haber dos casos iguales o idénticos, de modo que un precedente sobre el mismo tipo de actividad no tiene por qué condicionar todos los asuntos posteriores similares. Siempre puede haber circunstancias de hecho que, no estando nombradas en la típica matriz de indicios, declinen la solución en uno u otro sentido.

Y es sorprendente también porque deja de emplear su doctrina judicial como partes separadas que se aplican a uno u otro tipo de entidad económica. En efecto, partiendo ahora de que la actividad se basa en equipamiento recurre a la doctrina de la sucesión de plantillas para recordar que, en ausencia de otros elementos, un grupo de trabajadores que ejerce una actividad duradera de forma estable puede constituir una entidad económica que puede transmitirse si el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial de la plantilla en términos de número y competencias. De modo que entiende que la inexistencia de adquisición de los autobuses no obsta al mantenimiento de la identidad por cuanto que el nuevo empresario se ha hecho cargo de la mayor parte del personal (ap. 39 y 40).

De esta forma, como primera conclusión puede extraerse que también cabe la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla fuera de las actividades basadas en la mano de obra. Eso sí, no puede formularse abstractamente, sino solo atendiendo a las concretas circunstancias del caso, y cuando así lo exijan para tutelar a los trabajadores.

Aquí es donde reside la coherencia del Tribunal. Y es que, de un lado, para determinar si la «no-transmisión» de vehículos permite aplicar la Directiva ha de tenerse en cuenta que los mismos eran totalmente inservibles por sus condiciones: el titular de la concesión no presentó oferta por esta razón y tampoco habría sido razonable económicamente que el nuevo adjudicatario los adquiriese para posteriormente desecharlos. Por tanto, no había forma posible de que se produjese su transmisión debido a las deficientes condiciones de los autobuses, por lo que no es razonable exigirlo como requisito por más que esta haya sido la tradición interpretativa. Y es que no permitan superar las exigencias técnicas y medioambientales exigidas por imperativos externos a la voluntad del nuevo empresario, siendo esta la diferencia con el caso *Oy Liikenne*.

Y del otro lado, aceptada esta premisa, afirma que deben buscarse otras circunstancias de hecho de las enumeradas en la matriz que permitan apreciar el mantenimiento de la identidad. Y entre ellas, el TJUE se refiere a la plantilla. A mi parecer, la ponderación en este caso de la plantilla no obedece a que sea una actividad basada en la mano de obra al uso, sino que se trata de una mano de obra cualificada y experimentada (tienen un conocimiento suficiente de las rutas, de los horarios de la zona cubierta y de las condiciones tarifarias, así como de las demás líneas de autobuses regionales, de las líneas de transporte ferroviario y de los transbordos existentes, no solo para poder garantizar la venta de los títulos de transporte, sino también para facilitar a los pasajeros la información necesaria para la realización del trayecto previsto). Este *know how* de la plantilla fue crucial para garantizar la continuidad y la calidad del servicio público. Así pues, acertadamente consideró que “*la contratación de la mayor parte de la plantilla y la continuación sin interrupción de la referida actividad, permiten caracterizar el mantenimiento de la identidad de la entidad económica de que se trata*” (ap. 37-41).

C) No pocos comentarios y consideraciones se han formulado en torno a esta nueva doctrina. Así, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, sobre la sentencia *Grafe y Polhe*, la ha calificado como «particularmente controvertida» por cuanto que “*difumina las fronteras entre los requisitos exigibles en las actividades materializadas y desmaterializadas, dificultando la identificación de las reglas específicamente aplicables para entender que se ha producido un traspaso*”²³⁸. Por su parte, DE LA PUEBLA PINILLA considera que ambas sentencias avanzan hacia la consolidación de una noción de entidad económica desmaterializada basada en elementos personales e intangibles²³⁹.

²³⁸ Cfr. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Pliego de servicio de transporte, autobuses obsoletos no transmisibles y aplicación de la Directiva 2001/23 por subrogación de plantilla (Asunto Grafe y Pohle)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [02-03-20]*), fecha de consulta 8 marzo 2020, en <https://ignasibeltran.com>.

²³⁹ A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Novedades en la doctrina judicial europea sobre transmisión de empresas: La continuidad de la plantilla puede ser determinante de la sucesión empresarial incluso en actividades que requieren importantes elementos materiales”, cit.

Y MOLINA NAVARRETE ha afirmando que la sentencia *Dodic* tiene un impacto innovador en nuestra jurisprudencia, por lo que va a determinar que se tenga que aplicar el artículo 44 ET ante la sola transmisión de un bien tan intangible como la clientela, lo que a la postre supondrá un nuevo impulso expansivo a la subrogación laboral y a la estabilidad en el empleo²⁴⁰.

A mi juicio, no hacen sino mantener la coherencia expansiva que afecta a la jurisprudencia del TJUE desde sus comienzos. Al fin y al cabo, de lo que se trata es, atendiendo a los objetivos de la Directiva, de proteger a los trabajadores de un cambio de titularidad en la entidad económica en la que prestaban servicios, cuando el nuevo empleador pueda continuar la actividad gracias a algún o algunos elementos de producción que utilizaba el anterior empresario. De modo que, de no usarlos, o bien no podría continuar la explotación actividad en los mismos términos, o bien no podría garantizar la continuidad y la calidad del servicio o, muy importante, se vería sometido a la incertidumbre del mercado al no conservar la clientela del anterior operador económico.

2. La «no tan flexible» noción de entidad económica para el TS

2.1. El histórico criterio patrimonialista

Para comenzar debe señalarse que la doctrina clásica del Tribunal Supremo ha mostrado ciertas reservas al aplicar los criterios del TJUE. Tradicionalmente, el principio básico que desencadena la aplicación de la norma laboral se ha considerado que es la transmisión patrimonial (A). Ello ha comportado una exclusión generalizada de cambios de titularidad en el marco de las contratas y concesiones, ya que difícilmente se cumple tal presupuesto (B). Y evidentemente, estos planteamientos se han trasladado a las reversiones de contratas y concesiones (C).

A) El artículo 44 ET identifica el objeto de la transmisión como una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma. La doctrina científico-laboralista más clásica sobre la sucesión de empresas ha estudiado la diferencia entre estas diversas realidades objetivas²⁴¹.

Bajo la vigencia de la LCT ya se cuestionaba la posibilidad de transmitir solo una parte de la empresa, pero la jurisprudencia mayoritaria apreciaba la transmisión cuando englobaba su totalidad. En este sentido, la STS de 6 de mayo de 1971 confirmaba que *“la subrogación consiste en sustituir al titular de la empresa por otro para continuar el mismo tráfico mercantil o industrial, estando integrada la empresa por el empresario, técnico, trabajadores, maquinaria, medios financieros, medios de tráfico, constituyendo una unidad socioeconómica de producción que pasa legalmente a un nuevo titular sin que cambie en nada sustancialmente la vida de la industria*

²⁴⁰ C. MOLINA NAVARRETE, “Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo”, cit., p. 9 y 11.

²⁴¹ Con mayor detalle: L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 40-48.

*transferida que se mantiene con absoluta autonomía e inalterable unidad cualquiera que sea la persona física o jurídica que tenga su titularidad*²⁴².

Con la incorporación de las nociones de centro de trabajo y unidad productiva autónoma en la LRRL –y posteriormente con el artículo 44.2 ET introducido por la Ley 12/2001– queda meridianamente claro que el legislador tiene una voluntad de admitir las transmisiones parciales de las diferentes realidades productivas que la componen la empresa²⁴³.

Así las cosas, la transmisión de la «empresa» en su conjunto comprenderá el “ente unitario económico de producción”²⁴⁴ susceptible de ser objeto de tráfico jurídico y comprensivo del “conjunto organizado de elementos personales y patrimoniales que integran el concepto unitario de empresa”²⁴⁵. Nótese que estas definiciones del Tribunal Supremo en términos muy similares a las del TJUE son mucho anteriores a las sentencias de este último.

Pero también puede transmitirse un «centro de trabajo» o una «unidad productiva autónoma», que son dos realidades diferentes entre sí²⁴⁶. El primero, definido por el artículo 1.5 ET, es aquella unidad productiva con organización específica dada de alta ante la autoridad laboral. Se entiende que es una noción inferior a la de la empresa e integrada en la organización económica de aquella, sin que sea relevante si es independiente o autónomo en sentido económico o que cuente con un fin técnico propio, y que suele identificarse con un establecimiento industrial o comercial de la empresa, con un componente claramente físico o material²⁴⁷. La doctrina lo ha calificado como “una unidad de carácter material con trabajadores”²⁴⁸. En realidad, el centro de trabajo “contempla los diversos modos de ser de la empresa”²⁴⁹. Por su parte, la «unidad productiva autónoma» sí que debe tener un «auto-fin productivo» separable de la actividad de la empresa y susceptible de una explotación unitaria, aunque no necesariamente tiene que corresponderse con el centro de trabajo, en el sentido de un establecimiento que precisa alta ante la autoridad laboral²⁵⁰. La unidad productiva, además, puede tener un ámbito transversal en

²⁴² En el mismo sentido STS de 27 octubre 1986.

²⁴³ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 222.

²⁴⁴ Cfr. SSTS de 27 de marzo de 1980; de 16 de junio de 1983; de 9 de octubre de 1984; de 9 de marzo de 1985; de 29 de marzo de 1985.

²⁴⁵ Cfr. SSTS de 15 de abril y de 25 de septiembre de 1980.

²⁴⁶ STS de 18 de julio de 1986.

²⁴⁷ En el ámbito de las AAPP, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (BOE» n.º 144 de 17-06-87) establece en su DA 5, a efectos de las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las AAPP, rezaba que constituye un único centro de trabajo “la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo” situados en la misma provincia.

²⁴⁸ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 105.

²⁴⁹ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 241.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 240-241.

toda la empresa superando el alcance del centro de trabajo, puesto que puede estar conformada por diversos centros de trabajo o por una función de la empresa presente en varios de ellos²⁵¹.

En todo caso, para el Tribunal Supremo, en materia de transmisión, las tres nociones llevaban (y llevan) implícita la necesidad de traspasar un conjunto de elementos patrimoniales organizados. Así, consideraba que el ámbito objetivo del artículo 44 ET “*se refiere al establecimiento empresarial entendido como conjunto patrimonial integrado –con diverso alcance y significación económica según los casos– por distintos bienes y derechos –instalaciones, medios de producción, materias primas, relaciones de servicios profesionales y comerciales ...–, al centro de trabajo o a una unidad productiva autónoma, es decir, a un conjunto de elementos que permita la continuidad de la actividad económica*” (STS de 16 de enero de 1990). En cambio, se ha puesto de manifiesto entre la doctrina que lo que caracteriza tanto a la empresa como a sus diversas partes autónomas no son en realidad los elementos patrimoniales que puedan incluir sino “*la existencia de una actividad organizada soporte de una organización laboral, de manera que cabe la existencia de una empresa que carezca de elementos materiales significativos (tanto desde el punto de vista económico como desde el prisma estrictamente jurídico) y tenga solamente organización de los recursos humanos y de las actividades o servicios desplegados objeto de la empresa*”. No son, en consecuencia, “*elementos constitutivos necesarios que hayan de concurrir y estar presentes en toda realidad jurídico-económica de empresa*”²⁵².

Para un sector de la doctrina, el concepto de unidad productiva autónoma podría ser identificable con una contrata de obras o servicios o con una concesión de servicio público. No obstante, para el Alto Tribunal, “*ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET*”²⁵³. Y es que, en no pocas ocasiones ha puesto en valor su carácter patrimonial, por lo que no puede, en consecuencia, asimilarse *per se* a cualquier tipo de contrata o concesión. En este sentido, es un criterio harto reiterado que “*la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del artículo 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado*”²⁵⁴.

En cualquier caso, además de estar compuesta por un conjunto organizado de elementos patrimoniales, para que la unidad productiva autónoma pueda ser objeto de transmisión ha de tener, valga la redundancia, «autonomía», siendo lo esencial “*que se trate de una unidad productiva diferenciada susceptible de poder disgregarse de la empresa y de actuar de modo autónomo, aunque haya de dotársele de aquellos soportes, complementarios de ese quehacer*

²⁵¹ Véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 95.

²⁵² Cfr. *Ibid.*, pp. 93-94.

²⁵³ Entre otras: SSTS de 5 de abril de 1993, rec. 702/92; de 10 de julio de 2000, rec. 923/99; de 11 de mayo de 2001, rec. 4206/00; de 12 de febrero de 2013, rec. 4379/11; de 21 de abril de 2015, rec. 81/14.

²⁵⁴ Cfr. STS de 27 de octubre de 1994, rec. 3724/93. Reiterada por SSTS de 20 de octubre de 2004, rec. 4424/03; de 29 de mayo de 2008, rec. 3617/06; de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07; de 14 de febrero de 2011, rec. 130/10.

autónomo y diferenciado, susceptible de vida propia, que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada". Sin que quepa exigir para que opere la transmisión que la autonomía previa al cambio de empresario fuera total y absoluta, o que entre la unidad cedida y el resto de la empresa no hubiera una única dirección es sus aspectos generales y de personal, o un control económico y contable común, o no se desarrollase en el mismo centro de trabajo²⁵⁵

En otro orden de cosas, en el ámbito interno también se exige la «continuidad» de actividad tras el cambio de titular y, aunque no sea nuestra jurisprudencia tan taxativa como la comunitaria, entiende que dicha continuidad es indiciaria del mantenimiento de la identidad de lo transmitido. En efecto, como señalaba la doctrina científica tras analizar una antiquísima jurisprudencia sobre transmisión de empresas, asume que la identidad debe entenderse como la permanencia de forma unitaria de todos los factores técnicos, organizativos y patrimoniales, de manera que la empresa se mantenga en su misma consideración objetiva y solo se produzca un cambio de su titular. Dicho con otras palabras, la identidad se deduciría de la posibilidad de que el nuevo empresario pueda continuar la misma actividad gracias al empleo los elementos de producción que empleaba el anterior. Por ello, para que pueda calificarse un supuesto como sucesión de empresa lo primero que tiene que haber es la continuación efectiva de la actividad²⁵⁶.

Con estas bases expuestas, la identidad se apreciaría solamente tras *“la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permite la continuidad de la actividad empresarial, es decir, la permanencia de esta comunidad en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, unidad socio-económica de producción que configura la identidad del objeto transmitido”* (STS de 27 de octubre de 1986). En caso contrario, sin este desplazamiento patrimonial, las partes han podido pretender la cesión de una actividad pero si el nuevo empresario no recibe el conjunto de elementos productivos necesarios para ello, no puede haber una verdadera transmisión de empresa y, por tanto, requiere del consentimiento de los trabajadores²⁵⁷.

En definitiva, con carácter general, se precisa que lo transmitido sea una *“unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada”*, sin que sea suficiente *“la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial procedente”*. Es decir, han de transmitirse *“los elementos necesarios y por sí mismos suficientes, para continuar la actividad empresarial”*, con la aptitud para ofrecer los concretos bienes y servicios al mercado²⁵⁸. Además, ha de tratarse de una explotación empresarial viva, dotada de autonomía funcional, y que permita

²⁵⁵ STS de 25 de abril de 1988. Véase: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., p. 156.

²⁵⁶ I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 16-17. El autor cita sentencias antiquísimas del Tribunal Supremo que interpretan la LCT (SSTS de 30 de septiembre de 1943; de 15 de junio de 1955; de 13 de mayo de 1957; de 30 de enero de 1960; de 1 de diciembre de 1962)

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁵⁸ Cfr. SSTS de 23 de septiembre de 1997, rec. 300/97; de 6 de febrero de 1998, rec. 3054/97; de 3 de octubre de 1998, rec. 5057/97; de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00; de 14 de febrero de 2011, rec. 130/10, etc.

la inmediata explotación una vez consumada la transmisión, sin que haya transmisión cuando la empresa ya hubiera sido liquidada, o cuando se transmitan elementos patrimoniales aislados²⁵⁹.

B) Si la jurisprudencia nacional sobre sucesión de empresas alberga precedentes mucho más antiguos que los comunitarios, no iba a ser diferente en supuestos de contrata y concesiones. Desde finales de los años setenta, y sobre todo en la década de los ochenta, la posibilidad de que el cambio de titular de las contrata y concesiones motivara una transmisión de empresa era una cuestión que llegaba con elevada frecuencia a la justicia ordinaria, sin que por otro lado esta diera una respuesta unívoca. A consecuencia esta disparidad de criterios, el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre una posible vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), ante dos sentencias contradictorias del extinto Tribunal Central de Trabajo, con supuestos de hecho considerablemente parecidos o equiparables²⁶⁰.

En este orden de acontecimientos, la STC n.º 66/1987, de 21 de mayo marcó un punto de inflexión²⁶¹ y sentó las bases para una posterior interpretación restrictiva en torno a la aplicación de la norma sucesoria a los cambios de contrata. Así las cosas, tras considerar que no hubo la pretendida diferencia de trato y que la diferencia entra ambas SSTCT se debía a un cambio de criterio interpretativo *ad futurum*, afirmó que “*los supuestos contemplados por el art. 44 ET nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamiento otorgados por terceros*”. El TC entendió que, al ser empresas independientes entre sí, que no han sido absorbidas ni sustituidas por otras, no hubo una sucesión de la titularidad relevante a efectos laborales.

A raíz esta sentencia, el criterio de que la sucesión de contrata no definía un supuesto de transmisión de empresa se impuso como mayoritario, pero todavía había una línea interpretativa menor de signo contrario, lo que condujo a que el Tribunal Supremo tuviese que pronunciarse en

²⁵⁹ SSTS de 25 de febrero de 2002, rec. 4293/00; de 16 de julio de 2003, rec. 2343/02; Aunque el elemento que se transmita aislado sea el principal, como en el caso del inmueble de un hotel sin el resto de inmobiliario y enseres adjudicados en ejecución hipotecaria: SSTS de 24, 25 y 26 de septiembre de 2012, rec. 3665, 3023, 4150/11; de 7 de noviembre de 2012, rec. 4138/11; de 5 de junio de 2013, rec. 988/12.

²⁶⁰ Analizaba un cambio de postura del TCT en la adjudicación del servicio de comedor de Siemens, SA. La STCT de 26 de febrero de 1980 estimó que había sucesión de empresa con base en los arts. 18.2 LRL y 79 LCT en la sustitución de la concesionaria Segresa por Marriot Barcelona, SA. Años más tarde, la STCT de 15 de octubre de 1985 condena a Marriot a asumir las consecuencias del despido improcedente de una trabajadora en incapacidad laboral transitoria no subrogada ex art. 44 ET –con idéntica redacción- en el momento de la sustitución por Comefa, y sus posteriores sucesoras Comlab y Mediterránea de Restaurantes, SA. Así, tras recordar el TC que no puede exigirse al órgano judicial un mantenimiento indefinido de sus propios precedentes, y que lo que impone el principio de igualdad es que en la aplicación de la Ley la diferencia de tratamiento no sea arbitraria ante supuestos comparables, estima que no puede considerarse violado dicho principio cuando la diferencia resulte justificada por un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal y que no responda a un mero voluntarismo selectivo.

²⁶¹ Por todos, E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios [Ref. LA LEY 544/2001]”, cit., p. 3/27 pdf descargado. D. MONTOYA MEDINA, *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, cit., p. 396. F. J. GÁRATE CASTRO, “Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contrata de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la «propia actividad»”, cit., p. 184. Un análisis detallado en M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 40 y ss.

unificación de doctrina²⁶². Fue la STS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/92) la que cumplió este cometido, consolidando una doctrina iniciada con las anteriores SSTS de 22 de enero de 1990 y de 13 de marzo de 1990, y que se ha mantenido casi inalterada hasta la actualidad²⁶³. La más antigua de ellas, sobre la externalización del servicio de limpieza de una Mutua; la segunda, sobre la reversión del servicio del servicio público de recaudación y su asunción directa por el Ministerio de Hacienda; y la más reciente, que recopila las bases argumentales de las anteriores, sobre la sucesión de concesionarios del servicio público de limpieza viaria del Ayuntamiento de Altea.

De las bases apuntadas se desprendían dos ideas: por un lado, que constituye un requisito esencial para que opere el artículo 44 ET que la transmisión de empresa debe entenderse no solo como el cambio en la titularidad de la empresa prestadora, sino que también debe conllevar la transmisión al cesionario, ya sea nuevo adjudicatario o empresario concedente a quien revierte el servicio, de *“los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación”*.

Y por el otro, que cuando lo transmitido no comprenda el sustrato patrimonial que permita el funcionamiento de la actividad de forma organizada, la subrogación legal devendrá inviable. En estos casos, como ya analizábamos en un apartado anterior, para el Tribunal Supremo se produce *“una simple sucesión temporal en la actividad, a la que no acompaña ningún acto traslativo de los elementos patrimoniales o de otra índole, que actúen como soportes de aquella actividad”*. Esta decisión judicial, parece estar amparada tal y como muestra la doctrina científica, en proteger mejor los intereses de los trabajadores permitiéndoles quedar vinculados a la empresa que mantiene el sustrato patrimonial, evitando así lo que se ha denominado como «descentralizaciones estratégicas». Aunque, parece que la jurisprudencia olvida que la falta de actividad puede motivar la adopción de medidas de reestructuración de plantillas por la empresa cedente²⁶⁴.

Con todo, todavía podría tener lugar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores si la autonomía colectiva, en su respectivo ámbito de aplicación, o el pliego de condiciones, en el marco de una contratación administrativa, impusieran el deber de subrogación al nuevo empresario²⁶⁵. Ahora bien, si ninguna de estas premisas se dan –transmisión de infraestructura patrimonial, imposición por el convenio colectivo o el pliego de cláusulas administrativas– lo que *“únicamente acaece es la finalización de una contrata, –que se extingue por el transcurso del plazo de concesión o adjudicación– y la entrada de un nuevo empleador –sea un nuevo contratista o el*

²⁶² Véase: F. J. GÁRATE CASTRO, “Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la «propia actividad»”, cit., p. 183 y ss.

²⁶³ Por ejemplo: SSTS de 12 de febrero de 2014, rec. 2028/12; de 25 de febrero de 2014, rec. 646/13; de 19 de noviembre de 2014, rec. 1845/13; de 16 de diciembre de 2014, rec. 1198/13, etc.

²⁶⁴ A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, cit., p. 246.

²⁶⁵ “Por ese motivo, en las contratas sucesivas de servicios en que no se transmite una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET” (SSTS de 23 de mayo de 2005, rec. 1674/04; de 14 de marzo de 2005, rec. 6/04; de 14 de abril de 2003, rec. 4228/00; de 18 de marzo de 2003, rec. 3404/01).

*empresario principal a quien revierte el servicio o actividad–, no ligada con el anterior por ningún título traslativo respecto los elementos materiales y organizativos de la empresa*²⁶⁶.

C) Traslados estos criterios a las reversiones de contratos y concesiones públicas el Alto Tribunal consideraba que para poder aplicar las previsiones sobre sucesión de empresas y *“decidir sobre las consecuencias laborales de la reversión producida en el ámbito de la gestión indirecta que viene realizándose por medio de concesiones administrativas, es de evidente utilidad distinguir, según las circunstancias de la encomienda, pues, en unos casos, se entrega al concesionario la infraestructura u organización básica para la explotación del servicio, mientras que en otros no concurre esta puesta a disposición. Respecto a las primeras, la posterior asunción directa por la Administración normalmente genera la aplicación del citado precepto estatutario; no así en cuanto a las segundas, dado que no concurren los presupuestos necesarios para apreciar sucesión de empresas”* (SSTS de 13 de marzo de 1990, de 24 de julio de 1990, de 10 de junio de 1991, rec. 719/90; de 9 de julio de 1991, rec. 146/91; de 3 de octubre de 1998, rec. 5067/97)²⁶⁷.

En estos asuntos, se valoraba un histórico y conocido supuesto de reversión de servicio público cuya normativa permitía que fuese gestionado indirectamente a través de concesiones a sujetos privados denominados «Recaudadores de Zona». A raíz de un cambio normativo, se inicia un proceso de reversión de estas unidades de recaudación para ser integradas en el Ministerio de Hacienda. Pero al no traspasarse ningún tipo de bien patrimonial –ya que los recaudadores gestionaban el servicio con medios y organización propios que no fueron facilitados por la Administración y adquiridos por ellas tras la reasunción de la gestión–, se desestimaron las pretensiones de los trabajadores de aplicación de las garantías estatutarias. Con todo, el personal sí que fue subrogado *ope legis* mediante una normativa específica que fue entendida por el Tribunal como una «mejora» sobre las garantías del artículo 44 ET, que no cubría esta operación.

En síntesis, con anterioridad a la incorporación de la doctrina de la sucesión de plantillas de origen comunitario el estado de cosas para la aplicación del artículo 44 ET en el ámbito nacional dependía de que la transmisión afectara *“a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados”*²⁶⁸.

a) En consecuencia, estimó que había sucesión de empresa en la asunción directa de un servicio municipal de autobuses cuyas instalaciones y bienes fundamentales fueron aportados por el Ayuntamiento concedente, al que *“reverte dicho servicio con un soporte empresarial básico una vez concluida la concesión administrativa de referencia sin que a ello se oponga dada las*

²⁶⁶ SSTS de 6 de febrero de 1997, rec. 1886/96; 17 de junio de 1997, rec. 1553/96; 27 de diciembre de 1997, rec. 1727/97.

²⁶⁷ Sobre las diferentes consecuencias que comportaba: L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 115 y ss. Más recientemente y con cita de una abundante jurisprudencia: R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 158 y ss.

²⁶⁸ De nuevo, STS de 13 de marzo de 1990.

*características del servicio ni el que la concesionaria retire determinado mobiliario y enseres claramente accesorios en la explotación*²⁶⁹.

b) También la de un servicio de atención mujeres en el que se puso a disposición de la Asociación concesionaria los locales debidamente equipados, transmitiendo así, *“en virtud del contrato administrativo un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser inmediatamente explotados para la prestación del servicio cuya gestión el Ayuntamiento cedía*²⁷⁰.

c) En cambio, considero que no había transmisión en la reversión a los Ayuntamientos del servicio de recaudación de tributos locales, mediante procesos muy similares a los habilitados para los Recaudadores de Zona antes aludidos, y en los que los precedentes de estos influyeron en la solución de los más modernos, pero de forma errónea, como luego se indicará²⁷¹.

d) Sí que apreció la transmisión en la integración de las de las escuelas ikastolas privadas en el sistema educativo público de la administración autonómica vasca, aunque no fue propiamente una reversión sino la publicación de los centros educativos habilitados por Ley y previo convenio celebrado entre la Consejería correspondiente y sus titulares²⁷². En cualquier caso, aquí, aunque la subrogación e integración de personal fuese dispuesta por normativa específica, las circunstancias del caso describían a la perfección el supuesto de hecho jurisprudencial, pues comportaban el trasvase de todo el equipamiento patrimonial correspondiente a los colegios afectados, por lo que el legislador autonómico no tuvo más opción que arbitrar una solución normativa, tal y como puso de relieve el Tribunal Constitucional años después en la STC n.º 252/2005, de 11 de octubre.

d) Y en la recuperación del arrendamiento de una explotación hotelera por el Ayuntamiento de Melilla, tras la muerte del concesionario, que se encontraba en plenas condiciones para el

²⁶⁹ STS de 21 de marzo de 1992, rec. 697/91. Aunque la sentencia no proporciona información sobre el servicio, a través de la STSJ Castilla y León de 24 de enero de 1991 (rec. 14/91), recurrida en casación para unificación de doctrina, se sabe que el servicio adjudicado es una *“concesión de los locales del estacionamiento municipal de autobuses, para la explotación de los servicios de mantenimiento, vigilancia, consignación, facturación y demás servicios derivados de dicha concesión”*, en definitiva, se encargaba de la explotación integral del estacionamiento. Por otro lado, resulta interesante como se resuelve en este caso la posible vulneración del art. 103.3 CE. Así, establece *“una cosa es que la contratación temporal dentro de las AAPP, incluso la irregularmente concertada, no puede convertirse en instrumento viabilizador de un acceso a la función pública, fuera de los cauces previstos por el art. 103.3 CE y otra, muy distinta, es que dichas AAPP, dentro del ámbito laboral, propiamente dicho, en el que, también, pueden desenvolverse para la obtención de cierto tipo de servicios –como pueden ser los prestados por los demandantes en los presentes autos– no hayan de asumir la responsabilidad impuesta por el art. 44 ET”*.

²⁷⁰ STS de 5 de febrero de 1991.

²⁷¹ SSTs de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00; de 17 de junio de 2002, rec. 4405/00; de 19 de junio de 2002, rec. 4225/00; de 25 de junio de 2002, rec. 813/01; de 14 de abril de 2003, rec. 4228/00.

²⁷² STS de 3 de abril de 1996, rec. 3098/95; de 15 de diciembre de 1998 (10), rec. 4424, 4514, 4690, 4756, 4979, 4294, 5118 y 5119/97, y 94 y 579/98; de 1 de febrero de 1999 (2), rec. 4561 y 4293; de 26 de abril de 1999, rec. 2731/98.

desarrollo de la actividad, hasta el punto que había clientela en el mismo, pasando la propiedad íntegra a manos públicas con todos sus enseres y elementos de explotación²⁷³.

e) Por el contrario, en este periodo no se aplicaba el precepto estatutario cuando no se constataba un desplazamiento patrimonial, lo que afectaba fundamentalmente a actividades basadas en la mano de obra. Así pues, respecto de la reversión de la contrata de limpieza de viales, fosos, locales y locomotoras de talleres que RENFE empieza a realizar con su propio personal²⁷⁴. O la asunción directa por parte de la Junta de Andalucía del servicio de limpieza antes subcontratado para limpiar las instalaciones de la Delegación de Trabajo²⁷⁵. Pero si bien en estos dos supuestos no hay nada reprochable por cuanto que tampoco se asume la plantilla, igual solución se impone cuando la sucesión de actividades iba seguida de la asunción de mano de obra, por imponerlo el convenio colectivo, el pliego de condiciones o, incluso, una normativa específica legal o reglamentaria que determine la integración de personal en la Administración como los recaudadores mencionados, que siguieron trabajando con el mismo local y equipamiento. En tales casos tampoco se activa el artículo 44 ET, la subrogación tendrá los efectos que la norma legal-especial, reglamentaria, convencional o el pliego dispongan²⁷⁶.

f) Más allá de la concreta decisión de cambio de forma de gestión indirecta a directa los planteamientos se reproducen en cualquier vicisitud que opere en las contratas y concesiones del sector público o privado. Por citar solo algún ejemplo, en la externalización por un Hospital del servicio de limpieza, lavandería y plancha externalizado, porque se considera –muy discutiblemente– que carece de «un mínimo soporte patrimonial» y aunque los trabajadores se integraran en la empresa contratista²⁷⁷. En el mismo sentido, la externalización de los servicios de limpieza y cocina de un colegio, aunque hay una clara transferencia de elementos patrimoniales, si bien, se cede el derecho al uso y no la propiedad²⁷⁸; y, por supuesto, las actividades de

²⁷³ STS de 16 de mayo de 1990.

²⁷⁴ SSTS de 6 de febrero de 1997, rec. 1886/96; 17 de junio de 1997, rec. 1553/96; 27 de diciembre de 1997, rec. 1727/97. Por cierto, que incorporan una interpretación errónea de la doctrina del TJUE (asunto *Ole Rygaard*) al confundir cualquier tipo de contrata con la subcontratación de obras –y no de servicios– para ejecutar una obra determinada, sin ninguna vocación de permanencia ni organización estable más allá de su finalización: “*La jurisprudencia comunitaria cuando contempla, en interpretación de este precepto, los supuestos de traspaso de empresa [...], se está refiriendo a empresas en el sentido de explotación o actividad con identidad económica propia, y ya se ha dicho que en el objeto de una contrata no concurre dicha circunstancia. Más concretamente, la Sentencia de 19 septiembre 1995, del Tribunal Europeo, asunto C.48/1994, dictada en aplicación de la citada normativa –como también se recuerda en la actual sentencia de comparación–, declaró que «no hay transmisión, en el sentido del número 1.1 de la Directiva, (...) en un caso en que una empresa prosiguió hasta su total ejecución y con el acuerdo del comitente, una obra comenzada por otra empresa, incluso habiéndose hecho cargo de dos aprendices y un empleado que habían trabajado en la obra y del material que se encontraba en las mismas».*”

²⁷⁵ STS de 13 de octubre de 1999, rec. 3001/98.

²⁷⁶ SSTS de 29 de enero de 2002, rec. 4749/00; de 14 de marzo de 2005, rec. 6/04; de 23 de mayo de 2005, rec. 1674/04.

²⁷⁷ STS de 30 de diciembre de 1993, rec. 3218/92.

²⁷⁸ STS de 25 de octubre de 1996, rec. 804/96, F.J.2º. Véase *infra* 2.3.1.2.

limpieza²⁷⁹, vigilancia y seguridad²⁸⁰ o mantenimiento²⁸¹, frecuentes en el ámbito de la sucesión de concesiones administrativas, con asunción del personal en algunos de los casos, bien por disponerlo la normativa sectorial, el pliego, o por voluntad del adjudicatario entrante, pero sin que opere por ello la normativa legal al no haber presencia de elementos materiales significativos.

C) En definitiva, como apuntaban CRUZ VILLALÓN y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, en esta etapa de la jurisprudencia interna sobre la sucesión de empresa aplicada a las contrataciones y concesiones la transmisión del soporte patrimonial mínimo “*supone la elevación a categoría jurídica*” determinante en virtud de un “*un contumaz apego al componente material y físico objeto de traspaso*”, en lugar de ser un mero indicio instrumental como venía entendiéndose en los pronunciamientos que estaba emitiendo el TJUE de forma simultánea²⁸². Así pues, un nutrido grupo de comentaristas califican la postura del Tribunal Supremo en torno a la transmisión de empresas como “*eminente patrimonialista*”²⁸³, lo que supone la adopción de una «perspectiva más estrecha» que la del tribunal comunitario²⁸⁴.

Sin embargo, esta idea de que «la empresa» relevante a efectos del artículo 44 ET es una empresa patrimonializada en un sentido más bien mercantilista no parece consistente con la definición de empresario que proporciona el artículo 1.2 ET y su interpretación jurisprudencial. Como es sabido, este último precepto estatutario contiene una definición de empresario de carácter «reflejo», como persona física o jurídica o comunidad de bienes que reciben la prestación de servicios de trabajadores en el sentido del artículo 1.1. En este sentido, como apunta la doctrina, no parece que sea necesario encontrar una noción correlativa de empresa a la noción de

²⁷⁹ SSTS de 22 de enero de 1990, RJ 180; de 5 de abril de 1993, rec. 702/92; de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/97; de 29 de diciembre de 1997, rec. 1745/97; de 9 de febrero de 1998, rec. 167/97; de 30 de septiembre de 1999, rec. 3983/98; de 29 de enero de 2002, rec. 4749/00.

²⁸⁰ SSTS de 14 de diciembre de 1994, rec. 469/94; de 22 de abril de 1997, rec. 2303/96; de 8 de junio de 1998, rec. 2178/97; de 10 de julio de 2000, rec. 923/99; de 18 de septiembre de 2000, rec. 2281/99.

²⁸¹ STS de 23 de febrero de 1994, rec. 1065/93.

²⁸² Cfr. J. CRUZ VILLALÓN; P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, cit., p. 19.

²⁸³ Cfr. E. GARRIDO PÉREZ, “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en supuestos de sucesión y rescate de contrataciones de servicios: la discutible aplicación de la Directiva 77-187 y del artículo 44 ET”, *Revista de derecho social*, n.º 7, 1999, p. 106. En el mismo sentido: M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*, cit., p. 159; M. C. LÓPEZ ANIORTE, *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Laborum, Murcia, 2003, p. 105; D. MONTOYA MEDINA, *Trabajo en contrataciones y protección de los trabajadores*, cit., p. 393; F. CAVAS MARTÍNEZ, “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario [Ref. BIB 2005/2804]”, cit., p. 10/11 pdf descargado. A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*, cit., p. 157; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., p. 158. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 83 y 87; J. L. MONEREO PÉREZ; C. SERRANO FALCÓN, *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, cit., p. 30; F. J. CALVO GALLEGO, “Transmisión de empresas, sucesión de contrataciones y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 209; J. GÓMEZ ARBÓS, “La sucesión de empresas supuestos convertidos en la aplicación del artículo 44 ET”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 185, 2016, p. 232.

²⁸⁴ J. L. GOÑI SEIN, “El concepto de sucesión de empresa. Divergencias doctrinales entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo Español”, cit., p. 46.

empresario laboral o empleador que proporciona la norma. Así, con frecuencia, se pone de manifiesto que, a lo largo del Estatuto de los Trabajadores, pueden encontrarse nociones de «empresa» diversas. Unas veces, se usa como equivalente a la figura de empresario o empleador. Y otras, como expresión referida al marco de la relación jurídica entre empleado y empleador, es decir, equivalente al «ámbito de organización y dirección» que alude el artículo 1.1 ET. Ámbito de organización y dirección este que de ninguna norma se desprende que deba estar compuesto por elementos patrimoniales o, que estándolo, deba el empresario laboral ostentar su titularidad.

Pues bien, se ha considerado que esta última es la noción de empresa a la que se refiere el artículo 44, entendida como una “*unidad organizada, y organizadora a la vez, de un conjunto de medios materiales y humanos, dirigida por el empresario y tendente a la obtención de un fin, normalmente, la producción y/o mediación de bienes y/o servicios para el mercado*”²⁸⁵. Dicho de otro modo, a efectos del artículo 44 no debería interesar tanto la empresa en su sentido clásico o mercantil, como negocio, industria o explotación, sino como una unidad de trabajo susceptible de tener vida propia en la realización de una actividad²⁸⁶.

2.2. La aceptación (forzosa) de la sucesión de plantillas

A la vista de estado de cosas en la jurisprudencia descrita, no solo la doctrina científica venía llamando la atención de que en la subrogación legal en operaciones de descentralización productiva la transmisión de un sustrato patrimonial no podía ser una condición *sine qua non*, sino que también entre los Tribunales Superiores de Justicia se empezaba a poner de manifiesto ciertos desajustes entre la jurisprudencia del TS y del TJUE²⁸⁷. En efecto, el modelo funcional del segundo rompía de manera radical con el uniforme modelo patrimonialista del primero. No obstante, ello no impedía que algún sector doctrinal entendiese que la concepción de empresa del TJUE presentaba bastantes flancos abiertos a la crítica²⁸⁸.

²⁸⁵ Cfr. L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 24.

²⁸⁶ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 60 y 66. Según el autor, “*lo relevante para la aplicación de la normativa sucesoria, como en general en la concepción de la empresa en el ámbito laboral, es que se produzca un cambio de titularidad de una unidad productiva de medios materiales (o inmateriales), soporte o marco de relaciones de trabajo y, en suma, de una organización laboral*”. En este sentido, afirma que “*ha de hacerse notar que lo que caracteriza a la empresa no es tanto los elementos materiales o patrimoniales, como la existencia de una actividad organizada. De hecho cabe perfectamente la existencia de una empresa que no tenga elementos materiales, sino solamente organización*”. Esta concepción de la empresa es la que mejor casa con la noción que proporciona el artículo 1 ET: «ámbito de organización y dirección». En este sentido, L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 22.

²⁸⁷ Así, por ejemplo SSTSJ Castilla La Mancha de 30 de enero de 1999 (rec. 1043/95), por la que se plantea la cuestión prejudicial que resuelve la STJUE *Sánchez Hidalgo*, y que estima que existe “*cierta divergencia jurisprudencial*” o la STSJ País Vasco de 23 de noviembre de 2002 (rec. 2291/02) que pone de manifiesto como a pesar de que “*la descripción de la transmisión de empresa en nuestro derecho interno resulta ser una copia literal de [...] la Directiva*” el TJUE mantiene un “*criterio claramente opuesto a la doctrina mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*”.

²⁸⁸ A. DESDENTADO BONETE, “*La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia*”, cit., p. 250 y 253.

Sin embargo, este criterio uniforme se mantuvo hasta las SSTS de 20 y 21 de octubre de 2004 (rec. 4424 y 5075/03) en las que reconoce expresamente apartarse del mismo y «acatar» la doctrina comunitaria debido al carácter vinculante que tiene²⁸⁹, no sin antes exponer «ciertas reservas» por las que considera que “*difícilmente puede ser la asunción de plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento jurídico*”. Aunque, finalmente, en estas dos sentencias no aplicó la doctrina de la sucesión de plantillas por considerar la subrogación no era «pacífica, efectiva y real». Es decir, declara expresamente su incorporación al conjunto de criterios jurisprudenciales sobre transmisión de empresa en el ámbito español, pero no la aplica porque considera que no se dan los presupuestos necesarios para ello. Si embargo, una semana más tarde, en la STS de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/02), ya no tuvo más remedio que aplicarla.

Debe llamarse la atención de que, a diferencia de lo que ocurrió en sede judicial comunitaria, en la que primero se aplicó la doctrina de la sucesión de plantillas en supuestos de cambio de contratista o reasunción de la actividad por la empresa principal de forma voluntaria y más tarde se extendió la misma solución a supuestos de asunción del personal obligatorios por convenio colectivo, esta aplicación progresiva no se dio en el ámbito interno. En efecto, no hubo un pronunciamiento previo del Tribunal Supremo sobre la aplicación de esta jurisprudencia de origen europeo a los casos en los que un contratista privado, un concesionario público o una empresa principal pública o privada contratan o se hacen cargo de una parte esencial de la plantilla en términos de número y competencias. Estos primeros pronunciamientos ya conocen supuestos en los que la obligación de subrogación esta prescrita por un pliego de condiciones (los primeros) o por un convenio colectivo sectorial (el último), por lo que sus críticas se centraron en las distorsiones que se darían entre el régimen jurídico de las distintas fuentes normativas que imponen la obligación de subrogación: el de la sucesión convencional o subrogación ex pliego, de un lado, con el de la sucesión legal, del otro. Por tanto, estas reservas o críticas se comentarán más adelante al analizar estos otros dos tipos de obligaciones de subrogación.

2.3. El posterior alineamiento de la jurisprudencia nacional y europea

Con todo, una vez superadas las iniciales resistencias a la aplicación de la sucesión de plantillas, la jurisprudencia posterior viene aplicándola de forma más o menos pacífica en supuestos de asunción o contratación del personal del anterior empresario contratista, como muestran numerosas sentencias del Tribunal Supremo en las que se acoge fielmente los

²⁸⁹ Enfatizan que este fue el verdadero motivo de la incorporación a la jurisprudencia interna: T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Sucesión de contratos y transmisión de empresa. A propósito de la STS, 4ª, de 27 de octubre de 2004 [Ref. TOL528.906]”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n.º 14, 2005, p. 5/6 pdf descargado, fecha de consulta 19 febrero 2016, en la BD Tirant Online. L. M. CAMPS RUIZ, “La subrogación entre contratistas sucesivos: algunas reflexiones”, en AAVV (Coords. Luis M.Camps Ruiz; Juan M. Martínez Ramírez; Tomás Sala Franco) *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 271.

parámetros proporcionados por el TJUE –cuestión a parte la subrogación convencional que ha motivado varios vaivenes jurisprudenciales hasta fechas recientes–.

En definitiva, la alineación se produce tanto en la sucesión de entidades económicas en sus versiones «patrimonializada» o «de personal». Una buena muestra representativa constituye la STS de 28 de abril de 2009 (rec. 4614/07) que determina que *"de la doctrina contenida en las sentencias anteriormente consignadas se desprende que en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continúa con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad"*²⁹⁰.

La aceptación es tan solo «más o menos pacífica» puesto que, en mi opinión personal, por un lado, el análisis judicial de la concurrencia de los requisitos comienza casi siempre con la afirmación de que la contrata o la concesión no es una unidad productiva autónoma, que se reitera en la jurisprudencia reciente²⁹¹. Así como que el simple cambio de titular de la contrata o su reversión al anterior no constituye sucesión de empresas²⁹². A mi parecer –de nuevo–, se trata de parámetros de comparación de que son neutros para la aplicación de la subrogación laboral. Ni la contrata o concesión son *per se* una unidad productiva autónoma, ni debe excluirse generalizadamente que lo sea. Y ni el cambio del titular de la contrata o concesión determina sucesión de empresa en todo caso, ni tampoco en todo caso su exclusión. Este ideario repetido como un *mantra* determina en no pocas ocasiones una errónea aplicación de los criterios objetivos verdaderamente relevantes para apreciar si hay o no transmisión²⁹³.

Por ejemplo, entre otras muchas sentencias puede citarse la reciente STSJ Andalucía, Granada, de 10 de mayo de 2018 (rec. 1471/17) sobre la reversión de un servicio de recogida de

²⁹⁰ También por todas las demás: SSTS de 4 de abril de 2005, rec. 899/02; de 29 de mayo de 2008, rec. 3617/06; de 17 de junio de 2008, rec. 4426/06; de 27 de junio de 2008, rec. 4773/06; de 23 de octubre de 2009, rec. 2684/08; de 7 de diciembre de 2009, rec. 2686/08; de 12 de julio de 2010, rec. 2300/09; de 7 de diciembre de 2011, rec. 4665/10; de 28 de febrero de 2013, rec. 542/12; de 5 de marzo de 2013, rec. 3984/11; de 8 de julio de 2014, rec. 1741/13; de 9 de diciembre de 2014, rec. 109/14; y de 27 de abril 2015, rec. 348/14, etc.

²⁹¹ Entre otras, SSTS de 19 de septiembre de 2012, rec. 3056/11; de 2 de febrero de 2012, rec. 2698/11; de 25 de febrero de 2014, rec. 646/13; de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 9 de febrero de 2016, rec. 400/14.

Constata también este hecho: F. RAMOS MORAGUES, "La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo-ADAPT*, vol. 6, n.º 3, 2018, p. 119.

²⁹² Por ejemplo, STS de 27 de enero de 2015, rec. 15/14.

²⁹³ Parece que este es el sentir que se desprende también de las palabras de M. Á. FALGUERA BARÓ, "Sucesión de empresas y contrata: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos Aira Pascual y Securitas", cit., p. 154.

basuras que descansa en equipamiento (contenedores y camiones recolectores) proporcionados por el Ayuntamiento y luego recuperados. Concluye la sala que no hay transmisión de empresa porque nada tiene que ver “*con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros, de forma que en la sucesión de contratos o concesiones administrativas para la prestación de servicios públicos sólo se produce subrogación empresarial si se transmite la unidad productiva; en otro caso, sólo si lo determina la norma sectorial, o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión; pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación»*”

Y por el otro lado, esta conceptualización patrimonialista de la empresa, del centro de trabajo o de la unidad productiva autónoma producen igualmente ciertas distorsiones en la aplicación práctica de la jurisprudencia comunitaria como se analizará más adelante. No obstante, con carácter general, hay una pacífica aceptación de que la doctrina sobre la sucesión de plantillas se aplica en sectores desmaterializados en tanto en cuanto en ellos constituye “*el activo principal de la prestación de servicios que se contrata*” (STS de 9 de mayo de 2018, rec. 3357/16). Con todo, esta aceptación pacífica no entraña una aplicación igualmente pacífica, habida cuenta de los numerosos conflictos interpretativos suscitados en los tribunales²⁹⁴.

En definitiva, podría decirse, como más recientemente ha afirmado CRUZ VILLALÓN, que el “*Tribunal Supremo no acaba de asumir del todo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del juego de otros elementos adicionales, más allá de los meramente patrimoniales, especialmente en determinadas actividades, a la hora de determinar si hay o no hay transmisión de empresa*”²⁹⁵. Pues bien, esta dificultad de adaptación plena y sin matices de la jurisprudencia comunitaria permiten apreciar una tendencia gradual al «vaciamiento relativo» de supuesto de hecho de la transmisión de empresas aplicada a los cambios en las formas de empresas a consecuencia de la creciente tercerización y desmaterialización de la economía²⁹⁶.

²⁹⁴ En esta cuestión es imprescindible en análisis de I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, cit., p. 21/40 y ss. Análisis que se encuentra constantemente actualizado en su blog: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Contratas, cesión legal e ilegal y subrogación de empresa (Índice de jurisprudencia sistematizada)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales*), 2021, fecha de consulta 31 mayo 2021, en <https://ignasibeltran.com/contratas-subcontratas-cesion-legal-e-ilegal-subrogacion-empresa/>.

²⁹⁵ J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 40.

²⁹⁶ J. L. MONEREO PÉREZ, “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Extra 5, 2017, La Ley, p. 4/42 pdf descargado, fecha de consulta 30 diciembre 2017, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6214629>.

La reversión de contratas públicas como transmisión de empresa (II): cuestiones específicas y estado actual

I. REVERSIONES DE CONTRATAS Y CONCESIONES PÚBLICAS EN LA ACTUALIDAD: LA INICIAL CONVERGENCIA ENTRE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EUROPEA

A) Una vez delimitados los supuestos en los que la normativa sobre sucesión de empresas se aplica a las Administraciones Públicas y cómo tienen encaje en la misma las contratas y concesiones, corresponde ahora conocer cuál es el estado actual en la jurisprudencia sobre la reasunción de una actividad pública externalizada para ser prestada directamente por la Administración o por un ente dependiente de aquella. Y es que la oleada de reversiones de contratas públicas que ha tenido lugar en los últimos años ha planteado nuevos problemas en torno a la identificación del supuesto de hecho normativo y jurisprudencial.

Aunque con carácter general puede afirmarse que las líneas interpretativas seguidas por el tribunal comunitario y máximo intérprete español ha seguido una misma dirección¹, descendiendo a la práctica judicial todavía pueden encontrarse algunos aspectos conflictivos que han ocupado y ocupan a los órganos judiciales internos. Algunas veces, derivadas de ciertos desajustes entre la jurisprudencia nacional y europea en torno a la aplicación de concretos parámetros y criterios doctrinales. Otras, evidencian diversas líneas interpretativas en el seno de la jurisprudencia española que aplican criterios diversos a estas operaciones respecto a cualquier otro tipo de transmisión de empresa –lógicamente, se trata de una diversidad no justificada a mi juicio–. Y en fin, también pueden identificarse algunas lagunas de protección que se solventarían con una mejor ponderación de las circunstancias concurrentes en ciertos supuestos.

B) El Tribunal de Justicia no presenta variación alguna en los casos en los que resuelve sobre una reversión de contratas con la consiguiente asunción de la entidad por una Administración o un ente instrumental de aquella respecto a cualquier otro supuesto de transmisión. Los requisitos exigibles para determinar que se ha transmitido una entidad económica son siempre los mismos con independencia del tipo de traspaso de que se trate.

a) Cuando se trate de una actividad económica que descansa en equipamiento patrimonial, será necesario que el mismo pase del contratista o concesionario cesante a la entidad pública que

¹ Comparten este parecer: F. J. CALVO GALLEG0, "Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10", cit., p. 219; J. CRUZ VILLALÓN, "Claves laborales de la participación privada en la actuación pública", cit., p. 41; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, "Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma", cit., p. 19/40 pdf descargado.

pasa a gestionar el servicio, siendo irrelevante además que la titularidad originaria de los bienes fuese pública y que el ente solo recupere su poder de gestión con la extinción del contrato público.

i) La STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF* (asunto C-509/14), es paradigmática por cuanto que establece la doctrina básica para los casos de reversión. En ella se analiza un caso español en la que la entidad pública empresarial ADIF pretende asumir la gestión de la actividad de manipulación de unidades de transporte intermodal que requiere de grúas e instalaciones y que estaba adjudicada a una empresa privada mediante un «contrato de gestión de servicio público» (arts. 8 y 275 y ss. TRLCSP-2011). Tras su extinción la empresa pública recupera el equipamiento que había cedido a la concesionaria, por lo que el TJUE estipula no puede impedir la aplicación de la Directiva el hecho de no se haga cargo del personal y pretenda explotar la actividad con sus propios efectivos de personal, pues el mantenimiento de la entidad económica se aprecia por la recuperación del equipamiento considerado esencial para el desarrollo de la actividad.

ii) De forma muy similar resuelve la STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza* (asunto C-60/17)², empleando idénticos criterios. La sentencia prejudicial conoce sobre la reversión y posterior adjudicación de una escuela municipal de música, también mediante «contrato de gestión de servicios públicos» por el que el Ayuntamiento de Valladolid puso a disposición del adjudicatario todos los medios materiales necesarios (instrumentos de música, instalaciones y locales). El supuesto, altamente complejo y con una larga trayectoria judicial, tanto en sede laboral, como mercantil y administrativa³, pretende dirimir si tras la finalización del concesionario dos meses

² Un comentario en A. BORJA ALBIOL, “Los cambios de contratas en la Administración Pública. Problemática laboral, legislación y jurisprudencia reciente. Especial análisis de la sentencia del TJUE 7 de agosto de 2018 respecto a los cambios de contratas en la Administración Pública”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n.º 68, 2018, fecha de consulta en la BD Tirant Online.

³ Hasta el año 1997, la Escuela Municipal de Música del Ayuntamiento de Valladolid (en adelante, «la Escuela») había sido gestionada directamente por el ente público que contaba con su propio personal laboral para prestar el servicio. Para el curso escolar 1997/98, se acordó la gestión indirecta, y se adjudicó el contrato a la empresa Músicos y Escuela, SL (en adelante, «Músicos»), que contrató a parte de la plantilla.

Músicos fue fundada en julio de 1997 por dos socios que habían sido trabajadores de la corporación local, con la única finalidad de ser adjudicataria de las sucesivas concesiones del servicio. De hecho, no llevó a cabo más actividades a pesar de que su objeto social comprendía también la realización de actuaciones ante el público y la venta de instrumentos musicales. Desde entonces, ganó todos los concursos convocados y prestó ininterrumpidamente el servicio hasta 2013. Los contratos se suscribieron al comienzo del curso escolar en los años 2000, 2004, 2008 y 2012. Este último, con vigencia hasta el 31-08-13 y posibilidad de prórroga por un curso más.

Las condiciones del último contrato administrativo suscrito fueron las siguientes: 1º) la empresa empleaba todos los elementos patrimoniales necesarios para la explotación del servicio que la Administración había puesto a su disposición desde el comienzo de la relación contractual (locales, instalaciones, muebles, instrumentos); 2º) la concesionaria se financiaba con los pagos trimestrales que efectuaban los usuarios del servicio (alumnos), aunque en el pliego de condiciones se preveía un «precio de licitación» —consistente en una estimación de horas de docencia y un precio por hora—, y en la medida en que los ingresos por matriculación resultaran inferiores a aquel, podría girar trimestralmente al ente público facturas por la diferencia; 3º) la actividad externalizada tenía la consideración servicio público prestado a la ciudadanía (Escuela Municipal de Música); 4º) se ofertaron 600 plazas de alumnos y contaba con 26 trabajadores en la plantilla (23 profesores y 3 personal administrativo), 4 de ellos, contratados en la etapa de gestión directa por el ente público.

Durante ese último curso se produjo una disminución del número de alumnos —267 matriculados, frente a los 600 de media desde 2007— que provocó una diferencia entre las cuotas ingresadas y el precio de licitación, por lo que Músicos reclamó al consistorio facturas que superaban los 100.000€ en compensación de los dos primeros trimestres. Este, las denegó y, además, reclamó una deuda a su favor por el segundo trimestre.

antes de que acabe el curso, que despide colectivamente al personal, y restituye los bienes al Ayuntamiento, constituye una transmisión cuando vuelve a adjudicar para el curso siguiente el contrato a otra empresa proporcionándole los mismos medios materiales.

Debe apuntarse que el Tribunal Supremo español determinó que la reversión no producía sucesión de empresa debido a la falta de continuidad de la actividad por el Ayuntamiento, por lo que declaró ajustado a derecho el despido colectivo del personal adscrito al servicio, en tanto en cuanto hubo un desequilibrio económico derivado del incumplimiento de la Administración de las condiciones económicas pactadas en el pliego de condiciones⁴. Ahora bien, cuando se están sustanciando los procesos judiciales de impugnación individual del despido aparecen dos circunstancias de hecho nuevas: 1) que la jurisdicción contencioso-administrativa condenó al Ayuntamiento por el incumplimiento contractual con obligación de reparación; y 2) que el servicio ya había sido reanudado por otro concesionario.

El TJUE sigue fielmente su doctrina: 1) identifica la entidad económica como necesariamente patrimonial; 2) atendiendo a su matriz de indicios considera que se transmite una entidad económica aunque no se transmita la propiedad de los bienes que la conforman; 3) no se mantiene la identidad en la reversión al Ayuntamiento (primera transmisión) por cuanto que no reanudó efectivamente la actividad, pero sí en la adjudicación a la nueva cesionaria (segunda transmisión), aunque hayan pasado 5 meses desde que se despidió a la plantilla y el servicio permaneciera cerrado. Ahora bien, pese a apreciar una real y efectiva transmisión de empresa, considera que no debe haber una subrogación en los contratos de trabajo puesto que los mismos

En consecuencia, se suceden cronológicamente los siguientes acontecimientos:

- El 19-02-13 Músicos solicita la resolución indemnizada del contrato administrativo por incumplimiento del Ayuntamiento, que no solo fue desestimada, sino que, además, el consistorio inició un expediente de resolución por incumplimiento del contratista, le denegó la devolución de la fianza y le requirió para que continúe prestando el servicio hasta finalizar el curso.
- El 04-03-13 inició el procedimiento de despido colectivo, cuyo preceptivo periodo de consultas con los representantes de los trabajadores finalizó sin acuerdo. El 27-03-13 adoptó la decisión de despedir a toda la plantilla.
- El 31-03-13 cesó la actividad y reintegró la infraestructura material cedida al Ayuntamiento (diligencia de recepción de 01-04-13)
- El 04-04-13 entregó a la plantilla carta de despido alegando causas económicas y productivas, con efectos extintivos a 08-04-13.
- El 30-07-13 la empresa fue declarada en concurso de acreedores y disuelta por auto del Juzgado de lo Mercantil de septiembre de 2013.
- En agosto de 2013 el Ayuntamiento dictó resolución de extinción del contrato administrativo por abandono del concesionario, incautó la fianza y le reclamó una indemnización por los daños causados por el incumplimiento contractual.

El mismo mes de agosto se volvió adjudicar de nuevo la gestión de la Escuela a la Sociedad Cooperativa In-pulso Musical (en adelante, "In-pulso"), que se constituye un mes antes, también, con el único objeto de ser adjudicataria de la gestión del servicio. El ente local entregó a In-pulso las mismas instalaciones, instrumentos y medios que previamente había empleado el anterior contratista para explotar el servicio. La nueva adjudicataria reanudó la explotación de la Escuela de Música en septiembre de 2013 —5 meses después de su cierre— sin hacerse cargo de ningún trabajador de Músicos. En junio de 2014, ganó el siguiente concurso y suscribió un nuevo contrato de gestión de servicio público para los cursos 2014/15 y 2015/16.

⁴ STS de 17 de noviembre de 2014, rec. 79/14.

fueron válidamente extinguidos por razones económicas, técnicas o de organización ex artículo 4.1 Directiva 2001/23/CE.

iii) También ha entendido que hay transmisión en el traspaso de actividades que venía desempeñando una empresa pública, parcialmente, a un municipio y, parcialmente, a otra empresa de propiedad municipal (STJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16). Es decir, se plantea la reversión desde una sociedad de capital público a una empresa matriz y, a la vez, la sucesión entre «concesionarias» públicas. Tras determinar que las actividades ejercidas por la empresa pública cedente no podían ser consideradas como un traspaso de funciones administrativas en tanto que consistían en ofrecer bienes y servicios al mercado, repasa todos los criterios que ya hemos expuesto: 1) en cuanto al requisito subjetivo, recuerda que carece de relevancia que sea una decisión unilateral de poder público y que Administración matriz fuera su única accionista; 2) respecto al objetivo, aprecia una continuación efectiva de la actividad, no obstante, a falta de datos que permitan la calificación de las actividades como materializadas o desmaterializadas remite al órgano nacional para que pondere, en atención al tipo de actividad, si se han transmitido los elementos necesarios para considerar que la entidad conserva su identidad; 3) En fin, tampoco ve obstáculos en la división de las actividades y su continuación por diferentes cesionarias, pues lo que determina el mantenimiento de la identidad no es la conservación de la organización específica de los factores de producción impuesta por el cedente, sino el vínculo funcional de interdependencia y complementariedad que se da entre ellos.

b) Cuando la actividad económica descansa fundamentalmente en la mano de obra, habrá reversión cuando el ente público se haga cargo de una parte esencial de la plantilla, en términos de número y competencia. Si bien es constatable la contribución del Estado español elevando cuestiones prejudiciales sobre la aplicación de la Directiva 2001/23/CE, en el caso de reversión de actividades desmaterializadas para su gestión pública y la eventual aplicación de la «sucesión de plantillas» las únicas tres sentencias que hay provienen de España.

i) En primer lugar, la STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros* (asuntos C- 127 y 229/96 y 74/97), que comprendía tres asuntos acumulados sobre reversión de contratadas desmaterializadas, dos de ellos españoles, de los cuales, uno, en el sector público: la reversión del servicio de limpieza por RENFE de la estación de trenes de Pontevedra. No obstante, aunque de una primera lectura pudiera parecer lo contrario, el TJUE no resuelve los casos, y es que ni siquiera dispone de información sobre si en los asuntos enjuiciados se ha contratado a una parte esencial de la plantilla por la empresa principal. Simplemente fija la doctrina aplicable a estos supuestos de actividades desmaterializadas, recuerda los requisitos para apreciar la sucesión de empresas y sintetiza en el fallo los criterios que debe tomar en cuenta el juez nacional.

ii) Mediante la cuestión prejudicial, al Juzgado de lo Social del Algeciras le interesaba conocer si a efectos del artículo 6.1 Directiva 2001/23/CE (mantenimiento de la función y mandato de la representación de los trabajadores) se cumple el requisito de «conservación de la autonomía» que fija el precepto, en un supuesto en el que Ayuntamiento de la Línea de la Concepción había rescatado 4 concesiones públicas que venían siendo encomendadas a 4

empresas diferentes y había subrogado la plantilla integrándola en su estructura orgánica (STJUE de 29 de octubre de 2010, *UGT-FSP*, asunto C-151/09). La sentencia analiza, sobre todo, si se cumplen las exigencias normativas para la aplicación de la garantía de carácter colectivo. Sin embargo, antes de proceder a ello, comprueba si ha existido una transmisión. Tras constatar la asunción de la plantilla y que en los servicios objetos de concesión (conserjería y limpieza de los colegios públicos, limpieza viaria y mantenimiento de parques y jardines) no se empleaban activos patrimoniales para su prestación, concluye que ha habido una sucesión de empresas⁵.

iii) En cambio, en la STJUE de 20 de enero de 2011, *Clece* (asunto C- 463/09), concluyó que la rescisión del contrato de limpieza de colegios y dependencias públicas que no exigía “*el empleo de especiales elementos materiales*” para ser prestado directamente por el Ayuntamiento de Cobisa, no describía un supuesto de sucesión de empresas. Y es que el ente local, en lugar de hacerse cargo de la plantilla contrató a cinco trabajadoras de una bolsa de trabajo, por lo que el TJUE concluyó que la Directiva “*no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal*”. Y es que no puede mantenerse la identidad de una entidad económica que descansa esencialmente en la mano de obra si la entidad pública cesionaria no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla (ap. 41).

C) Siguiendo la misma línea interpretativa, el Tribunal Supremo, al hilo de sus más recientes pronunciamientos ha manifestado que si con carácter general la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye por sí misma un supuesto de subrogación empresarial, “*no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas [...]. Como es también inatendible el criterio general cuando [...] la transmisión vaya referida a cualquier «entidad económica que mantenga su identidad» después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria»; o el «conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio»*”. Basta citar como ejemplo la reciente STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 1916/17), que recoge numerosas resoluciones anteriores.

⁵ Un comentario reciente en T. SALA FRANCO, “Transmisión de empresa derivada del rescate de una concesión administrativa”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacions e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020.

a) Así las cosas, el Tribunal Supremo ha entendido que hay sucesión de empresas por reversión de contratos y servicios públicos en los siguientes casos:

i) En la reversión del servicio de retirada de vehículos (grúa municipal) por el Ayuntamiento de Sevilla que estaba adjudicado a una empresa concesionaria para ser encargado posteriormente a una empresa municipal que, a su vez, lo encargó a una sociedad de economía mixta de la cual era accionista mayoritaria. La reversión conllevó la recuperación de todos los medios materiales que en su día fueron incautados al anterior contratista (en cuya posición se subrogó la ahora empresa cedente), en tanto en cuanto constituyen una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada y, por tanto, de configurar una transmisión de empresa (STS de 30 de mayo de 2011, rec. 2192/10). Además, el Tribunal Supremo declaró existencia de Fraude de Ley, por cuanto que la sociedad pública encargó el servicio a la sociedad mixta sin cumplir con los requisitos establecidos en la LCSP, con o sin anuencia de la corporación municipal que había adoptado por acuerdo del Pleno adjudicarlo a la primera. Por tanto, se deduce una voluntad de perjudicar los intereses de los trabajadores.

ii) En la reasunción por el Ayuntamiento de Membrio (Cáceres) de la gestión de un centro geriátrico residencial, con el inmueble, enseres y equipamiento necesario y asumiendo la plantilla empleada en el servicio recuperado (STS de 26 de enero de 2012, rec. 917/11).

iii) En la reversión de los servicios de restauración de varios acuartelamientos del Ejército de Tierra en la provincia de Burgos, que vuelven a ser gestionados por el Ministerio de Defensa, recuperando las instalaciones y el equipamiento que habían sido cedidas a las contratistas (SSTS de 19 de septiembre de 2017 (4), rec. 2612, 2629, 2650 y 2832/16; de 19 de diciembre de 2017 (2), rec. 2657 y 2800/16; de 24 de enero de 2018, rec. 2774/16; de 20 de abril de 2018, rec. 2764/16; de 5 de junio de 2018, rec. 2641/16; de 17 de julio de 2019, rec. 2628/16; de 18 de julio de 2018, rec. 2720/16; de 10 de octubre de 2018, 2767/16; de 17 de enero de 2019, rec. 2637/16).

iv) De nuevo, sobre la reversión de un servicio de limpieza viaria y recogida de residuos al Ayuntamiento de Lora del Río (Sevilla) con recuperación de la infraestructura necesaria para su prestación de titularidad municipal (SSTS de 4 de julio de 2018 (2), rec. 1168 y 2609/17).

v) Las SSTS de 26 de marzo de 2019 (rec. 1916/17) y de 12 de marzo de 2020 (rec. 1916/17), ambas sobre el mismo supuesto de reversión (y entre las mismas partes⁶) del servicio de comedor de escuelas infantiles dependientes del Ayuntamiento de Murcia con reversión de la infraestructura patrimonial.

vi) Y, en fin, las SSTS de 25 de noviembre de 2020 (rec. 684/18) y de 10 de junio de 2021 (rec. 4926/18). El asunto versa sobre la extinción del Convenio de colaboración entre la Asociación Española Contra el Cáncer (AECC) para la prestación del servicio público de Unidad de Cuidados

⁶ Se dictó auto de nulidad de actuaciones de la primera resolución por falta personación de la corporación municipal por problemas de notificación ajenos a su voluntad. Se reitera el pronunciamiento.

Paliativos en el Hospital Comarcal de Melilla, que conlleva las funciones de asistencia hospitalaria, consultas externas y asistencia domiciliaria. Tras la extinción, la gestión fue asumida directamente por el Hospital dependiente del INGESA, celebrando nuevos contratos con dos de los tres trabajadores que prestaban servicios para la AECC y continuando la prestación con los mismos medios materiales que ya se empleaban, propiedad del Hospital, por lo que es clara la existencia de transmisión de empresa⁷.

b) En cambio, no ha apreciado la transmisión de una entidad económica con el mantenimiento de la identidad tras el traspaso en las siguientes sentencias:

i) En la reversión del servicio de alimentación a pacientes de un Hospital público (SSTS de 21 de febrero de 2008, rec. 4680/06; de 28 de mayo de 2008 (2), rec. 4531 y 4672/06; de 29 de mayo de 2008, rec. 5050/06; de 12 de junio de 2008, rec. 57/07). Y es que, en este particular caso, entre la concertación y extinción de la contrata, medió un traspaso de funciones y servicios en materia sanitaria de la Diputación Provincial de Palencia a la Junta de Castilla y León, incluyendo la cesión de los inmuebles que conforman el complejo hospitalario, a excepción de ciertas instalaciones que continuarían siendo titularidad de la cedente, entre ellas, las utilizadas para desempeñar la actividad de restauración. De modo que, finalizado el encargo, estas revirtieron a la Diputación que ya no desarrollaba ninguna actividad en el hospital, y la administración autonómica decidió continuar la actividad de restauración con su propio personal y en las dependencias de otro hospital próximo que ya era de su titularidad, por lo que tampoco recibió la infraestructura patrimonial. Así pues, el ente que actuaba como empresa principal no recibió el conjunto operante de elementos esenciales.

ii) En la asunción directa por el Ayuntamiento de Yunkera de Henares (Guadalajara) de la ejecución del servicio público de limpieza viaria realizado por la anterior empresa concesionaria, porque se considera que ni el convenio impone la subrogación, ni ha habido contratación voluntaria de la plantilla, ni se han transmitido elementos patrimoniales (SSTS de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10).

iii) Ni en el asunto resuelto por la STS de 26 de julio de 2012, rec. 3627/11. En la misma, se analizaba la reversión de un servicio del servicio público de Limpieza, Barrido, Vigilancia, Apertura y Cierre y Mantenimiento del Punto Limpio Municipal asumida su gestión por el Ayuntamiento de La Roda (Albacete). Consideró la Sala Cuarta inaplicable el artículo 44 ET por cuanto que no hubo transmisión patrimonial y tampoco hubo subrogación convencional.

iv) En la reversión del servicio de escuela municipal de música del Ayuntamiento de Valladolid porque no hubo continuación de la actividad, por lo que *“la simple reversión de medio no implica transmisión y subrogación”* (STS de 17 de noviembre de 2014, rec. 79/14). La sentencia

⁷ La sentencia de contraste conoce de un caso prácticamente idéntico, pero respecto de la reversión del servicio antes encargado a la AECC a un Hospital de Granada (STSJ Andalucía, Granada de 8 de febrero de 2012, rec. 2804/11).

resuelve sobre el proceso de impugnación de despido colectivo. En los procedimientos individuales de despido se elevará cuestión prejudicial que dará lugar a la STJUE *Colino Sigüenza*.

v) Por el mismo motivo, tampoco en las reversiones del servicio de cafetería en la sede de la Intervención General del Estado (STS de 21 de abril de 2015, rec. 91/14) y del Palacio de Congresos de Madrid perteneciente del Instituto de Turismo de España (STS de 19 de mayo de 2015, rec. 358/14), ambos, organismos autónomos dependientes del Ministerio de Hacienda el primero, y del Ministerio de Industria, Energía y Turismo el segundo.

vi) Tampoco fue aplicable la transmisión en la reversión del servicio de mantenimiento y conservación de centros escolares dependientes de la Consejería de Educación de Canarias, en la que la Administración recuperó el objeto de la contrata que pasó a prestar con trabajadores de su plantilla y empleando sus propias herramientas, útiles y demás materiales⁸ en tanto en cuanto se realizaba un nuevo proceso de adjudicación del servicio que tuvo lugar 7 meses después, por lo que tampoco esta operación determinó la existencia de transmisión porque hubo una solución de continuidad (SSTS de 9 de febrero de 2016, rec. 400/14; de 16 de junio de 2016, rec. 2390/14).

vii) Ni en la reversión del servicio de monitoras de comedor de un centro escolar, en tanto que desde la rescisión de la contrata el servicio es cubierto por personal del centro y por madres y padres que asumen voluntariamente esta labor y sin que el convenio imponga la subrogación (STS de 12 de julio de 2016, rec. 349/15).

viii) La reversión del servicio de cocina de un Instituto de Enseñanza Secundaria tampoco fue considerada transmisión, porque no se asumió la plantilla ni el convenio imponía la subrogación. Aunque, como se analizará más adelante, se trata de un pronunciamiento erróneo debido a una mala calificación de la actividad y condicionado por la solución dada al caso anterior (SSTS de 9 de diciembre de 2016, rec. 1674/15; de 26 de enero de 2017 (2), rec. 2982 y 2847/15; de 25 de enero de 2018, rec.3213/15).

ix) Ni la reasunción por la entidad pública empresarial ADIF del servicio de atención al cliente y servicios auxiliares de la estación de Atocha en Madrid, que pasa a realizar con su propio personal auxiliar sin subrogar a la plantilla (STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/15).

x) Así como la reversión del servicio de limpieza de la escuela de pesca del Instituto Marítimo Pesquero de Formación Profesional de Canarias en Lanzarote, dependiente de la Consejería de Agricultura y Pesca, en el que las trabajadoras fijas discontinuas adscritas a la contrata no fueron llamadas al inicio del curso, porque el Instituto afrontó el servicio con personal de la propia

⁸ Además, de acuerdo con el pliego de condiciones, el contratista estaba obligado a poner a disposición del personal que realice el servicio objeto de la contratación cuantos elementos, herramientas y útiles en general sean necesarios para la ejecución y siendo también a su cargo la maquinaria que precise y la conservación de la misma.

Consejería en tanto en cuanto se realizaba un nuevo proceso de adjudicación, y sin que fuese aplicable la subrogación convencional (STS de 13 de octubre de 2020, rec. 2126/18).

En definitiva, cuando la Administración Pública revierta un servicio público desde la empresa concesionaria y acuerde seguir prestándolo directamente y sin solución de continuidad con la misma infraestructura y plantilla que empleaba la empresa privada, habrá subrogación laboral y se aplicarán todas las garantías del art. 44 ET. Las sentencias señaladas incluyen solo los pronunciamientos del Tribunal Supremo durante los últimos diez años, pero son una parte insignificante de la abundante doctrina judicial que hay sobre sucesión de empresa en supuestos de reversión y gestión directa pública. Una buena muestra de todas las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia será analizada en los apartados siguientes. Asimismo, pese a la existencia de una convergencia de doctrinas entre TS y TJUE –en líneas generales–, siguen algunas disconformidades en la aplicación de ciertos criterios que también se irán apuntando en las sucesivas páginas.

II. SINGULARIDADES DE LAS REVERSIONES DE CONTRATAS PÚBLICAS BASADAS EN EQUIPAMIENTO PATRIMONIAL

1. La puesta a disposición de bienes de dominio público

Un elemento que otorga una singularidad importante a los supuestos de reversión de contratas y servicios públicos es que la Administración suele ceder al concesionario bienes de dominio público en el momento de la adjudicación del contrato que, lógicamente, son recuperados tras la recuperación de su prestación⁹.

A) De acuerdo con el artículo 3 de la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*¹⁰, este está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos de cualquier naturaleza y cualquiera que sido su título de adquisición (excepto derechos y obligaciones de contenido económico). En definitiva, el patrimonio de las AAPP está compuesto por «bienes públicos» materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, en el sentido dado por los artículos 333 y ss. Código Civil y cuya propiedad les pertenezca¹¹.

Hay dos grandes categorías de bienes públicos que integran su patrimonio pero quedan sometidos a diverso régimen jurídico (art. 4 LPAP): los «bienes de dominio público o demaniales» y «los bienes de dominio privado o patrimoniales». Los primeros, tal y como establece el artículo 339 del Código Civil son, de una parte, los destinados al uso público, como caminos, canales, ríos, torrentes, puertos, puentes, riberas, playas, etc. Y, de otra parte, aquellos que, sin ser de uso común, pertenecen privativamente al Estado y están destinados a algún servicio público o al

⁹ En este sentido también F. RAMOS MORAGUES, “La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales”, cit., p. 122.

¹⁰ BOE n.º 254 de 04-11-03 (en adelante LPAP).

¹¹ Siguiendo a G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 377 y ss.

fomento de la riqueza nacional. Los bienes de dominio privado, por eliminación, son todos los demás pertenecientes al estado en que no concurren las circunstancias anteriores (art. 340 Código Civil). La Carta Magna consagra dicha distinción, sumando a los bienes de dominio público los «bienes comunales»¹², estando ambos regidos por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación (art. 132.1 CE). Y haciendo referencia a los «bienes del Patrimonio Nacional» que, junto con el Patrimonio del Estado, remite al legislador para que regule su administración, defensa y conservación (art. 132.3 CE). Y, por fin, lo que más interesa ahora, establece que *“son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”*.

Pues bien, es al amparo de esta reserva legal que se aprueba la LPAP. En este sentido, su artículo 5.1 delimita que son bienes de dominio público, con carácter general, lo que *“siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público”*. Estas dos notas características, titularidad y afectación, determinan su consideración como bienes demaniales. La primera, puede recaer sobre cualesquiera entes públicos estatales, autonómicos o locales (STC n.º 227/1998, de 29 de noviembre, FJ 14), pero no sobre entidades del sector público con personalidad jurídico-privada. No obstante, dicha titularidad es común tanto a los bienes de dominio público como a los bienes patrimoniales del Estado. En cambio, la segunda, es lo que permite distinguir unos de otros, ya que esa afectación al uso general o al servicio público determina su exclusión del tráfico jurídico y una especial protección por el ordenamiento jurídico, tal y como indica la STC n.º 166/1998, de 15 de julio. En ella, el TC subraya que *“en el caso de los bienes singularmente afectados a un servicio público, hemos declarado que tal afectación se haya íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material”* (FJ 11)¹³.

Con todo, como recuerda el Constitucional, los bienes de dominio público no se agotan con los enumerados en el artículo 132.3 CE (STC n.º 227/1998), sino que es el cometido del legislador definir y delimitar, sin alejarse de los parámetros del precepto constitucional, la determinación de los bienes de dominio público. En esta función, por ejemplo, el artículo 5.3 LPAP determina que *“los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público”*. Por su parte, el artículo 4 del RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se

¹² Que el texto constitucional no describe y el TC solo ha determinado que tienen *“una naturaleza jurídica peculiar, pero tampoco ha realizado mayores consideraciones”* (STC n.º 4/1981, de 2 de febrero, FJ 14). Por lo que corresponde al legislador su concreción. El artículo 2.3 del RD 1372/1986, de 13 de junio los define como *“aquellos bienes que siendo de dominio público, su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos”*

¹³ El art. 65 LPAP determina que *“la afectación determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público”*. Mientras que el 69.1 del mismo cuerpo legal confirma que *“los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público”*.

aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales¹⁴ incluye entre los “bienes de servicio público los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos”. En cualquier caso, se trata de enumeraciones no exhaustivas¹⁵. Además, para la identificación de dichos bienes de dominio público no es necesaria en todo caso la afectación por Ley estatal o autonómica al servicio público, sino que también puede producirse por acto administrativo expreso (art. 66.1 LPAP), no expresa pero implícita como la expropiación forzosa o la usucapión (art. 66.2.b y c LPAP), o presunta, cuando haya una utilización pública, notoria y continuada por la Administración o sus organismos dependientes de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general (art. 66.2.a LPAP)¹⁶.

B) Siendo ello así, la existencia de bienes de dominio público afectos a un servicio público conlleva que necesariamente con la externalización del servicio se pongan a disposición del concesionario para que pueda prestar dicho servicio. Debe aclararse que lo mismo ocurrirá respecto de actividades que no sean constitutivas de servicio público, pero que estén ubicadas en edificios administrativos¹⁷. En todo caso, el artículo 84.3 establece que los títulos habilitantes para dicha puesta a disposición son la autorización y la concesión. Más concretamente, esta última será el título específico que determina el legislador cuando se conceda el uso privativo de los bienes demaniales que constituyan obras o instalaciones fijas y que determine la ocupación por el sujeto que prestará el servicio público, así como también cuando afecte a instalaciones desmontables o bienes muebles si el aprovechamiento o uso excede de cuatro años (art. 86). Concesión que deberá formalizarse de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público (art. 89 LPAP).

Pues bien, esta última confirma lo establecido en la Ley patrimonial del Estado. Respecto al contrato de concesión de obras, el concesionario tiene derecho a explotar las obras durante el periodo de la concesión, lo que conlleva el derecho a utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de las obras. Por su parte, el concesionario tiene la obligación, además de ejecutar la

¹⁴ BOE n.º 171 de 07-07-86.

¹⁵ G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 390.

¹⁶ Con mayor detalle: *Ibid.*, pp. 391-397.

¹⁷ **Artículo 89 LPAP. Ocupación de espacios en edificios administrativos** [los subrayados son míos].

“La ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado podrá admitirse, con carácter excepcional, cuando se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos, o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos.

Esta ocupación no podrá entorpecer o menoscabar la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en él, y habrá de estar amparada por la correspondiente autorización, si se efectúa con bienes muebles o instalaciones desmontables, o concesión, si se produce por medio de instalaciones fijas, o por un contrato que permita la ocupación formalizado de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

obra, de explotarla asumiendo el riesgo operacional de su gestión con continuidad y permitir su utilización por los usuarios de las mismas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono, en su caso, de una tarifa, haciéndose cargo de su uso y explotación en la forma legalmente establecida (arts. 257.a y c, 258 y 259 LCSP). Respecto a los contratos de concesión de servicios y de servicios, no es tan explícita la Ley pero igualmente pueden conllevar la cesión al concesionario de bienes de dominio público. No a otra conclusión deben llevar la plasmación legal del principio de inembargabilidad propio de los bienes de dominio público que prescribe el artículo 132.1 CE en los artículos 312.c y 291.3 LCSP. El primero, alusivo a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía proscribire que los bienes afectos al servicio sean objeto de embargo. El segundo, en los mismos términos, respecto de los bienes afectos a la concesión de servicios que vayan a revertir a la Administración.

C) Si la adjudicación del contrato público conlleva la puesta a disposición de bienes demaniales, la extinción del mismo implica que aquellos son recuperados por la entidad adjudicadora. Así, con carácter general, los contratos públicos se extinguen por su cumplimiento, cuando el contratista haya realizado la totalidad de la prestación encomendada, habilitándose un plazo de 30 días para que la Administración levante un acta de conformidad o recepción del servicio y los bienes afectos al mismo (art. 210.1 y 4). Con todo la Ley también recoge unas causas tasadas de resolución generales (art. 211) que deben complementarse, al igual que en el caso de los efectos de la terminación, con lo previsto para cada contrato. De todos modos, tendrá el mismo efecto, salvo ante un número reducido de causas de resolución de entre las comprendidas en el precepto citado, al tiempo de incoarse el expediente de resolución del contrato se inicie también un nuevo procedimiento de adjudicación condicionado al primero (art. 213.6 LCSP).

a) En cuanto a la extinción del «contrato de concesión de obras», esta se producirá de forma normal cuando transcurra el plazo inicialmente establecido y, en su caso, sus prórrogas (art. 278), quedando en dicho momento el concesionario *“obligado a hacer entrega a la Administración concedente, en buen estado de conservación y uso, de las obras incluidas en la concesión, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación y de los bienes e instalaciones incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción”*. Aunque el contrato también puede ser resuelto durante su vigencia en atención a las causas de resolución tasadas por el artículo 279, debiendo abonar la Administración en los casos en la que la resolución contractual le sea imputable el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión (art. 280.1). No obstante, en aquellos casos en que la causa no sea imputable al ente público, se establece un sistema de valoración de la concesión que deberá abonar el nuevo concesionario tras la realización de un nuevo proceso de adjudicación (art. 281 LCSP).

b) Por lo que respecta al «contrato de concesión de servicios» *“finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados”* (art. 291.1). Por otro lado, idénticas consecuencias tendrá la

resolución de este contrato que las previstas para el contrato de concesión de obras, tanto en lo relativo al abono de inversiones y adquisición de los bienes necesarios para la explotación del servicio cuando sea imputable a la Administración, como cuando no le sea imputable que se aplicarán también las reglas previstas en el artículo 281 (arts. 294 y 295.1 LCSP).

c) Alguna especialidad adicional tiene el «contrato de servicios». Tradicionalmente, bajo la regulación del TRLCSP-2011 y sus predecesoras, mediante este tipo contractual se encomendaban actividades que consistían en prestaciones de hacer que descansaban esencialmente en la mano de obra y cuyo destinatario era siempre el propio ente concedente, por lo que difícilmente podía identificarse la transmisión de empresa en la reversión de estas actividades, habida cuenta de que la situación más habitual era que no se transmitiera una entidad económica basada en equipamiento. La nueva configuración de contratos basada en la asunción del riesgo operacional acabó con esta distinción. El contrato de servicios ya no se orienta en todos los casos a la prestación de una actividad a la comitente pública, sino que también puede prestarse un servicio directamente a la ciudadanía, un verdadero servicio público, con el único requisito de que en tal caso para poder celebrar este negocio jurídico sea la Administración la que asuma el riesgo operacional (es lo que lo diferenciaría de la concesión de servicios).

Dicho esto, en este concreto caso no es en absoluto infrecuente que el servicio público lleve adjuntos los bienes de dominio público afectos. Es más, la regulación especial prevista en el artículo 312 así lo confirma, pues su letra f) reza que *“con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante”*¹⁸. Ahora bien, no puede desconocerse en este contrato que, a salvo de estos supuestos que conllevan la transmisión de activos patrimoniales materiales –e inmateriales como se verá en el siguiente apartado–, siguen canalizando un importante volumen de encargos basados en la mano de obra. Así, el artículo 311.6 LCSP declara *“los contratos de mera actividad o de medios se extinguirán por el cumplimiento del plazo inicialmente previsto o las prórrogas acordadas, sin perjuicio de la prerrogativa de la Administración de depurar la responsabilidad del contratista por cualquier eventual incumplimiento detectado con posterioridad”*.

C) Pues bien, además de los efectos de la terminación normal de los contratos conviene resaltar algunas causas de resolución comunes a todos ellos que tienen trascendencia a efectos de la apreciación de una real transmisión de empresa en la reversión de contratos públicos. Las causas de resolución comunes a todos ellos –como se dijo– se encuentran en el artículo 211

¹⁸ A renglón seguido introduce unas cautelas para evitar la declaración de cesión ilegal de trabajadores: *“Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones”*.

LCSP. A partir de aquí, la regulación específica de cada contrato suprime o modula estas causas o bien añade otras específicas.

a) De las generales vale la pena destacar ahora que, una de ellas, es el impago de los salarios del contratista a sus trabajadores o el incumplimiento de las condiciones establecidas en el Convenio Colectivo. No obstante, esta causa solo será aplicada a instancias de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista. Si bien, cuando respecto a los trabajadores afectados por el impago de salarios proceda la subrogación ex artículo 130 LCSP y el importe de la deuda salarial supere el 5% del precio de adjudicación del contrato, la resolución podrá ser acordada de oficio por el órgano de contratación (arts. 211.i y 212.1 LCSP). De esta manera, la Ley de Contratos normaliza la subrogación de personal tanto en los supuestos de sucesión de concesionarios como de reversión y vuelta a la gestión directa.

b) Entre las causas específicas previstas para los dos contratos de concesión, de obra y de servicio, y para el contrato de servicios «únicamente» cuando conlleve la prestación de un servicio público directamente a la ciudadanía, cabe destacar el «rescate de la explotación de obras o del servicio» y el «secuestro o intervención de la concesión». Se trata de dos fórmulas de recuperación de la gestión que resultaban aplicables únicamente al «contrato de concesión de obras» y a la modalidad de «concesión» del «contrato de gestión de servicios públicos» bajo el TRLCSP-2011 y que quedan extendidas también ahora a algunos «contratos de servicios».

i) De acuerdo con los artículos 279.c y 294.c para los contratos de concesiones de obras y servicios –respectivamente–, cuyo régimen es extendido por el artículo 312.g a los contratos de servicios mediante los que se preste un servicio público, el rescate de la explotación de las obras o del servicio consta de cuatro notas o requisitos básicos: 1) la declaración unilateral del ente contratante de dar por terminada la relación contractual; 2) que la decisión se adopte por razones de interés público, sin que intervenga la mala o buena gestión del concesionario¹⁹; 3) que se adopte única y exclusivamente para su gestión directa por la Administración; y 4) tras la aprobación de la LCSP de 2017, se requiere además que se acredite que el rescate de la concesión y la consiguiente gestión directa es más eficaz y eficiente que la gestión concesional. Pues bien, lo característico de esta figura, además de su causa y de la posible indemnización que puede llevar aparejada, es que la reversión se produce únicamente para que el servicio sea prestado de forma directa por el ente público. En este sentido, el Tribunal Supremo determinó que “*condiciona la*

¹⁹ No es una figura jurídica que tenga naturaleza sancionadora para el concesionario, sino que tiene un carácter expropiatorio, por ello lleva aparejada una indemnización resarcitoria hacia este. Véase: D. BLANQUER CRIADO, *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1377; J. M. GIMENO FELIÚ, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, cit., p. 55; J. PONCE SOLÉ, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, cit., p. 76; J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 9, 2017, p. 5/19 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 18 mayo 2017.

*causa de extinción de la concesión a que la Administración concedente gestione directamente el servicio por sí o por medio de un ente público*²⁰.

ii) También puede adoptar la Administración el secuestro o intervención de la concesión. De acuerdo con los artículos 263 y 293 LCSP las notas características de esta figura son: 1) la causa reside en una imposibilidad del concesionario de hacer frente a la explotación de la obra o servicio, bien sea por razones ajenas al mismo o por un incumplimiento grave de sus obligaciones, de forma que la continuidad de la explotación por aquel puede causar un grave daño social; 2) a diferencia del rescate tiene carácter temporal, cuya duración, a determinar por el ente público, no podrá exceder de tres años incluidas sus prórrogas, y que durará hasta que el concesionario acredite estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra o servicio; y 3) al igual que el rescate, la Administración concedente deberá continuar la explotación del servicio o la obra, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario, designando a tal efecto uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la concesionaria.

Ahora bien, cuando el secuestro de la concesión supere el plazo máximo de tres años al que se refiere el artículo 263.3 sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, será causa de resolución del contrato de concesión de obras y de concesión de servicios ex artículos 279.f y 294.f LCSP. Causa de resolución que será igualmente aplicable a los contratos de servicios mediante los que se encomiende la prestación de un servicio público (art. 312.g). En este sentido, aunque la Ley no diga nada al respecto de una aplicación inicial de esta institución jurídica al contrato de servicios, es obvio que si puede causar resolución contractual por la superación del plazo de 3 años del secuestro es porque el artículo 263 LCSP es aplicable en su totalidad²¹. En este sentido, a diferencia que el rescate cuya gestión directa inmediata no comporta la asunción del personal salvo que se transmita una entidad económica basada en equipamiento, en el secuestro la Administración sustituye la posición de empleador empleando el mismo personal del concesionario, lo que efectivamente produce una sucesión de plantillas. Sucesión de plantillas esta que, si transcurre el plazo de tres años señalado, producirá una transmisión de empresas de carácter definitivo.

E) Expuestas todas las principales formas de extinción de los tres contratos públicos analizados, es patente que su principal consecuencia a efectos laborales será la transmisión de una entidad económica que se empleaba para la explotación de la obra o servicio objeto de concesión o para la prestación del servicio público objeto del contrato²². Así lo han entendido algunas sentencias. Atendiendo a la propia configuración del contrato administrativo se ha puesto de relieve que la reversión debería comportar la subrogación de personal. Por ejemplo, en sede

²⁰ Cfr. STS (CA) de 5 de abril de 1999, rec. 7541/94.

Algunos supuestos recientes de sucesión de empresa por rescate: SSTSJ Andalucía, Granada, 9 de julio de 2014, rec. 1123/14; de 10 de mayo de 2018, rec. 1471/17.

²¹ Sobre la aptitud del secuestro como mecanismo de transmisión véase el apartado V.2.3.3

²² Además, como se ha mostrado, la transmisión se efectúa en muchas ocasiones a favor de la propia Administración concedente, aunque también en otros es posible incoar un nuevo procedimiento de licitación.

contencioso-administrativa, la SJCA n.º 3 de Valladolid de 14 de noviembre de 2017 (rec. 14/17) manifestó que lo dispuesto en el artículo 283 TRLCSP-2011 (actual art. 291 LCSP), esto es, la reversión del servicio a la Administración con entrega por parte del concesionario de las obras e instalaciones con el estado de conservación y funcionamiento adecuado, supone el traspaso de una «entidad económica» en el sentido del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE. Si embargo, esta reversión de los bienes de dominio público ha sido una cuestión especialmente controvertida en la jurisprudencia interna durante los últimos tiempos. En este sentido se han producido dos líneas de interpretación restrictivas en torno a la apreciación de la transmisión de la entidad económica: la primera ha venido entendiendo que el hecho de que los bienes sean de titularidad pública no produce transmisión patrimonial alguna; la segunda entiende que el hecho de que los bienes sean de titularidad pública significa que la contratista solo aporta mano de obra y, en consecuencia, la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra.

1.1. La falta de transmisión de la propiedad de la infraestructura patrimonial²³

1.1.1. La irrelevante transmisión de la propiedad para el TJUE

El tribunal de Luxemburgo ha sido contundente y constante al estimar que la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de relevancia a efectos de aplicar la Directiva. Como se vio, cuando delimitó en sus primeros pronunciamientos los negocios jurídicos que podían quedar incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma, reiteró, en diversas ocasiones, la innecesaria traslación del dominio de la explotación empresarial.

Así lo manifestó frente a diversos supuestos de arrendamiento de instalaciones para explotar un negocio o ante su eventual recuperación²⁴, y más cercano a los supuestos ahora estudiados, ante operaciones externalizadoras, mediante las cuales la empresa principal pone a disposición del contratista las instalaciones, infraestructura, material y el resto de activos esenciales para el ejercicio de la actividad²⁵. Y en el mismo sentido, en el marco de sucesivas adjudicaciones de contratos públicos, ha insistido en que “*la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueran*

²³ Véase: S. YAGÜE BLANCO, “Reversión de actividades externalizadas en el sector público y sucesión de empresa. Algunas cuestiones en torno a la delimitación del supuesto de hecho”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9, 2018, p. 996 y ss., que desarrolla algunos de los resultados alcanzados en mi Trabajo de Final de Máster inédito: S. YAGÜE BLANCO, “La sucesión de empresa en la reinternalización de actividades públicas: el supuesto de hecho”, 2017, Universitat de València, València, pp. 73-81.

²⁴ SSTJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86; de 10 de febrero de 1988, *Daddy’s Dance Hall*, asunto C-324/86; de 15 de junio de 1988, *Bork International*, asunto C-101/87.

²⁵ Así, respecto a la externalización del servicio de cantina-comedor de empresa (STJUE de 12 noviembre de 1992, *Watson-Rask*, asunto C-209/91) o la subcontratación de los trabajos de perforación en la construcción de viales subterráneos (STJUE de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, asunto C-234/98)

*puestos a su disposición por el primer empresario [refiriéndose a la entidad pública contratante] no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa*²⁶.

Más recientemente, se ha pronunciado sobre la aplicación de este criterio a la reversión de una contrata pública basada en equipamiento patrimonial al resolver el caso ADIF, sin que quepa contemplar ninguna especialidad. Así, el hecho de recuperar los elementos materiales indispensables que en su día la empresa pública puso a disposición del contratista y que nunca han dejado de pertenecer al ahora cesionario, no es óbice para considerar que no se ha transmitido una entidad económica y, por ende, excluir la aplicación de la norma. Por tanto, no establece un criterio diferente, sino que previsiblemente aplica el mismo que ya venía empleando pero de forma expresa al concreto supuesto de la reversión²⁷. Pues ya había declarado la irrelevancia de la transmisión de la propiedad de los bienes en supuestos de sucesivos adjudicatarios en la gestión de un servicio público. También, frente a la recuperación de la entidad económica tras la extinción de un contrato de arrendamiento privado. En todos los casos, con el mismo fundamento: “*se trata del mismo conjunto de bienes adscrito a idéntica finalidad productiva*”²⁸, de modo que quien ostenta su poder de disposición es quien se encuentra en condiciones de explotar la entidad económica, y quien consecuentemente, puede actuar como empleador.

1.1.2. El oscilante criterio de la jurisprudencia interna

Por su parte, la aplicación interna de este criterio del TJUE se ha llevado a cabo, como en otras ocasiones, de modo no uniforme. En un primer momento, debido a la evolución jurisprudencial que se había producido en torno al requisito subjetivo y la irrelevancia de la transmisión de la propiedad –especialmente relacionada con los arrendamientos de empresa y su reversión–, el Tribunal Supremo entendía que tanto la externalización de un servicio con puesta a disposición de inmovilizado material como su posterior reversión eran constitutivas de sucesión de empresas. Así lo entendió en la STS de 26 de mayo de 1987 en la que una empresa privada concedía a una contratista la gestión del servicio de comedor de empresa en la que la principal cedió el uso del local, utensilios, menaje, cocina, mesas e instalaciones de su propiedad e, incluso,

²⁶ STJUE *Carlito Abler*, citada, sobre el servicio de restauración colectiva dentro de un hospital, en el cual, “*la transmisión de los locales y de los equipos, puestos a disposición por el hospital, que es indispensable para la preparación y la distribución de las comidas a los pacientes y al personal del hospital, basta para caracterizar, en estas circunstancias, la transmisión de la entidad económica*”. En el mismo sentido, STJUE de 15 de diciembre de 2005, *Nurten Güney-Görres*, asuntos C-232 y 233/04, sobre el cambio de adjudicataria del servicio de seguridad, control de pasajeros y equipajes de un aeropuerto que requiere el uso de equipamiento especializado puesto a disposición por la entidad contratante (arcos detectores, cintas transportadoras, etc.).

²⁷ En algún momento, un sector doctrinal lo entiende como una «ruptura con la interpretación previa»: M. Á. FALGUERA BARÓ, “Sucesión de empresas y contratas: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos *Aira Pascual y Securitas*”, cit., p. 156. En el mismo sentido, entre otros, E. E. TALÉNS VISCONTI, “La reversión de servicio público y la subrogación de trabajadores cuando los elementos patrimoniales son de titularidad de la Administración Pública”, en AA.VV. (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 391.

²⁸ Cfr. R. SERRANO OLIVARES, “A vueltas con la delimitación del supuesto de hecho de la transmisión de empresa. Comentario a la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (*Güney- Görres*), asuntos acumulados C-232/04 y 233/04”, *Iuslabor*, n.º 1, 2006, p. 7/8 pdf descargado.

el personal que prestaba servicios antes para ella fue subrogado. Pues bien, en el momento de la reversión del servicio se consideró que también hubo una transmisión empresarial.

En este orden de acontecimientos, con anterioridad a que el Alto Tribunal acogiera la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas, para que el precepto estatutario surtiera efectos en el marco de una reversión de servicios públicos, diferenciaba entre concesiones en las que se entrega al concesionario la infraestructura básica para explotar el servicio, de aquellas otras en las que no se producía esta puesta a disposición. Recuérdese que decía que mientras que las primeras conllevaban la aplicación de la sucesión de empresa ante una posterior asunción directa con recuperación del equipamiento, las segundas no. De esta manera, no constituyó una transmisión ex art. 44 ET la asunción directa por el Ministerio de Economía y Hacienda del servicio de recaudación gestionado a través de concesiones a sujetos privados (Recaudadores de Zona), puesto que el concesionario había gestionado el servicio con medios y organización propios que no fueron facilitados por la administración ni retornaron a ella tras la reversión²⁹. Pero sí se estimó que debía activarse el precepto estatutario, en la recuperación de las instalaciones fundamentales con el soporte empresarial básico para prestar el servicio de estacionamiento municipal de autobuses por un Ayuntamiento³⁰, o en términos similares, de un servicio de atención a mujeres víctimas de malos tratos³¹. Como puede apreciarse, estos casos que ya se mencionaron en un apartado anterior, mostraban un criterio que estaba totalmente alineado con los pronunciamientos que el TJUE venía emitiendo en fechas similares³².

Pero años más tarde, comenzó a desvincularse de esta doctrina. Así, ante la asunción directa de un servicio recaudatorio por parte de una entidad local, en el que el inmueble ya era de titularidad pública y –consideró el Tribunal Supremo– que no “*constituían un soporte económico suficiente*” los bienes muebles y los equipos informáticos, por lo que no se apreció la concurrencia del elemento objetivo por faltar en la operación una transmisión patrimonial³³. En el mismo sentido,

²⁹ SSTS de 13 de marzo de 1990; de 24 de julio de 1990; de 10 de junio de 1991, rec. 719/90; de 9 de julio de 1991, rec. 146/91. Aunque en estos casos el personal se subrogó *ope legis*, pero vía normativa específica, que constituía “*una mejora sobre las garantías generales*” del art. 44 ET.

³⁰ STS de 21 de marzo de 1992, rec. 697/91. Aunque esta sentencia no proporciona información sobre el supuesto de hecho, puede conocerse a través de la sentencia recurrida en casación (STSJ Castilla y León, Burgos, de 24 de enero de 1991, rec. 14/91).

³¹ STS de 5 de febrero de 1991. También, en la recuperación del arrendamiento de una explotación hotelera por el Ayuntamiento de Melilla: STS de 16 de mayo de 1990.

³² En el mismo sentido, STS de 25 de febrero de 1988, sobre el cambio de adjudicatario del servicio de restauración del Banco de España en el que se pone a disposición de los concesionarios “*todo un conjunto de bienes de indudable entidad patrimonial -local, instalaciones, mobiliario, enseres, útiles, menaje, cubertería, vajilla, cristalería y todo cuanto fuese necesario para el mantenimiento del servicio adjudicado-*”. STS de 19 junio 1989, sobre el cambio de concesionario del servicio de fotografía adjudicado por un aeropuerto español con traspaso de los elementos necesarios. La doctrina científica también se hacía eco de la aplicación de dicho criterio pacíficamente por los tribunales nacionales: J. CRUZ VILLALÓN, “*Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratos y subcontratas [Ref. LA LEY 459/2001]*”, cit., p. 26/45 pdf descargado.

³³ SSTS de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00; de 17 de junio de 2002, rec. 4405/00; de 19 de junio de 2002, rec. 4225/00; de 25 de junio de 2002, rec. 813/01; de 14 de abril de 2003, rec. 4228/00; Con supuestos fácticos similares: SSTS de 25 de julio de 2001, rec. 3322/00; de 7 de junio de 2001, rec. 3686/00. Aunque como puso de manifiesto la doctrina científica, el supuesto debería haber conducido a una solución contraria, aunque seguramente

ante la externalización de los servicios de limpieza y cocina (actividad de restauración materializada) de un colegio público, en el que negó la sucesión empresarial por existir una mera cesión de uso y no de propiedad³⁴.

Aunque para estos últimos, con posterioridad, rectificó de nuevo expresamente en casación la doctrina de esta sentencia en un supuesto idéntico de externalización de un colegio privado, afirmando entonces que *“para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, constituyendo la cesión de bienes, antes relacionados, un negocio cuya titularidad se cede, en palabras del Estatuto y de la Directiva una entidad económica con propia identidad”*³⁵. Por eso, no parece que existan dificultades en aplicar la transmisión de empresa aunque no se transfiera la propiedad de los bienes si el cambio de titularidad se produce entre sucesivos adjudicatarios, como en el caso de la unidad de radiodiagnóstico de un hospital³⁶ o en la gestión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado público³⁷.

Pero la evolución en la aplicación de este parámetro interpretativo a los supuestos de reversión de actividades y servicios públicos no siguió la misma suerte que en los casos de externalización y sucesión de contratas³⁸. De hecho, en los últimos años, la postura ha sido

el tribunal estaba influido por el precedente de ámbito estatal, antes comentado (R. SERRANO OLIVARES, “A vueltas con la delimitación del supuesto de hecho de la transmisión de empresa. Comentario a la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (Güney- Görres), asuntos acumulados C-232/04 y 233/04”, cit., p. 7/8 pdf descargado. También, L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 39).

³⁴ STS de 25 de octubre de 1996, rec. 804/96; e igualmente, pero con un colegio privado, la STS de 12 de marzo de 1997, rec. 2639/96.

Véase la crítica formulada a este criterio en A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*, cit., p. 108 y ss.

³⁵ STS de 12 de diciembre de 2002, rec. 764/02. En este sentido también se ha pronunciado un sector doctrinal, entendiendo que la aplicación de la institución estatutaria responde a la concepción de empresario como *“sujeto que ha operado la actividad de creación, destinación y organización de los bienes produciendo en la realidad económica un factor de utilidad que presenta novedad y autonomía respecto de los bienes que conforman la empresa”*. Esto es, es empresario no el propietario de los instrumentos de producción, sino el que dispone del título jurídico que le permita organizarlos (R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 2/27 pdf descargado).

Sobre supuestos de hecho similares de externalización en el sector público: SSTSJ Andalucía, Granada, de 28 de mayo de 2014, rec. 741/14; de 13 de marzo de 2013, rec. 152/13; de 11 de octubre de 2012, rec. 1689/12. Si bien, no ha seguido un criterio uniforme en asuntos posteriores, volviendo a insistir en que cuando la actividad externalizada se lleva a cabo con medios facilitados por la Administración no hay transmisión de la entidad económica (STS de 4 de abril de 2005, rec. 2423/03, referida a la adjudicación del servicio de control de parking público).

³⁶ SSTS de 23 de octubre de 2009, rec. 2684/08; de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07: *“siendo irrelevante que el equipamiento e instrumentación de las radiofarmacias pasaran a ser propiedad del SAS y no de Iba Molecular como nueva adjudicataria [...] ya que lo relevante, a efectos de la sucesión de empresa, no es ser propietario de los activos necesarios para la explotación del negocio mediante su posesión, sin que la inexistencia de vínculo contractual directo entre el cedente o el concesionario revista importancia decisiva al respecto”*. En el mismo sentido respecto al cambio de adjudicatario de explotación de la cafería de hospitales públicos en la doctrina judicial: SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 21 de abril de 2010, rec. 362/10; de 10 de marzo de 2010, rec. 227/10.

³⁷ STS de 11 de abril de 2013, rec. 679/12.

³⁸ También advierte de la existencia de un criterio contrato cuando se aplica en el sector privado: J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 21, 2019, p. 48.

entender que, si los medios necesarios para desempeñar la actividad son de titularidad pública, no opera la subrogación *ex lege* cuando se recuperan. Así lo manifestó –primero– *obiter dicta* en la STS de 30 de mayo de 2011 (rec. 2192/10), sobre un servicio de retirada de vehículos (grúa municipal), al concluir con la existencia de transmisión, y “*sin que pueda argumentarse –en contra de esta conclusión– que los elementos patrimoniales ya eran propiedad municipal y que ello nos sitúa frente a una simple reversión de medios [no determinante de sucesión empresarial], que no transmisión de los mismos, puesto que el argumento únicamente sería válido si se tratase de una propiedad municipal originaria, y no es viable cuando [...] los citados componentes materiales habían sido previamente incautados*” a la anterior contratista. Quizás por ello, en las posteriores SSTS de 17 de junio de 2011 (rec. 2855/10) y de 11 de julio de 2011 (rec. 2861/10), sobre la reversión de un servicio de limpieza viaria no considera que haya transmisión de empresa al constar entre los hechos probados que la barredora utilizada es de propiedad municipal. Así como que parece recurrir a la doctrina de la sucesión de plantillas para justificar la inexistencia de transmisión. Igual metodología se reproduce en la STS de 26 de enero de 2012 (rec. 917/11), sobre la reversión de una residencia geriátrica con la recuperación del inmueble, enseres y equipamiento necesario, en la sí entiende que ha habido una transmisión empresarial, pero en la que no queda claro si lo relevante para la transmisión es la recuperación de la infraestructura patrimonial o la asunción de una parte esencial de la plantilla.

Y también ha quedado latente esta postura en varias ocasiones en las que no ha apreciado contradicción con las sentencias de contraste aportadas cuando los bienes recuperados en el asunto recurrido eran públicos. Es el caso de la STS de 17 de mayo de 2016 (rec. 2701/14), sobre un supuesto similar al anterior de inmovilización, traslado y depósito de vehículos al Ayuntamiento de Santurce, en el que ponía a disposición de las distintas adjudicatarias el inmueble y vehículos necesarios para su prestación³⁹. O de las SSTS de 26 de enero de 2017 (rec. 2982 y 3847/15), sobre la asunción de la gestión por un centro educativo dependiente de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla-La Mancha del servicio de comedor a los alumnos, con las instalaciones, mobiliario, electrodomésticos, menaje y otros elementos previamente cedidos a la contratista.

Al amparo de esta nueva postura, entre las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia pueden encontrarse soluciones contradictorias. Algunas, están en sintonía con criterio que venía aplicando el Tribunal Supremo, al considerar que la reversión de activos previamente cedidos no supone ningún tipo de transmisión de entidad económica patrimonial. Por citar solo algunos ejemplos, no hay subrogación cuando la Administración recupera un centro de día de atención a personas mayores⁴⁰; tampoco, si recupera el inmueble e instalaciones necesarios para explotar un parking público municipal y que va a ser prestado directamente por una sociedad municipal que tiene la condición de medio propio y servicio técnico⁴¹; el servicio de inmovilización, traslado y depósito de vehículos y gestión del depósito municipal de esos vehículos, empleando

³⁹ Igualmente: AATS de 5 de noviembre de 2014, rec. 1185/14; de 10 de diciembre de 2014, rec. 1257/14.

⁴⁰ STSJ Madrid de 2 de junio de 2014, rec. 402/14.

⁴¹ STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2014, rec. 489/14.

inmuebles y vehículos del consistorio⁴²; así como cuando revierten las instalaciones para la explotación de un servicio de piscina cubierta climatizada⁴³ —aunque en casos semejantes a este último sí se haya estimado la subrogación empresarial por otros órganos judiciales⁴⁴—.

Otros tribunales, con posicionamientos más próximos a la doctrina comunitaria, han considerado irrelevante la transmisión de propiedad, pues lo verdaderamente importante es el poder de uso y gestión de la entidad económica, por lo que su retorno a manos públicas supone transmisión del conjunto de medios organizados necesarios para explotar la actividad. En este sentido, en casos de reversión de residencias geriátricas⁴⁵ y, como no podía ser de otra manera, las sentencias que resolvieron el asunto ADIF tras el pronunciamiento del TJUE a la cuestión prejudicial planteada⁴⁶; también hay transmisión en la reversión a un consorcio público de la gestión integral de explotación, mantenimiento y conservación de estaciones de tratamiento de aguas, depuradoras y unidades de control y vigilancia⁴⁷, o de los elementos necesarios para la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento (entramado de redes urbanas, pozos, depósitos, depuradoras, etc., y locales necesarios)⁴⁸; como en la recuperación de la gestión y explotación de un campo de golf municipal cuyas instalaciones e infraestructura ya eran de propiedad municipal⁴⁹, o las correspondientes un camping municipal⁵⁰; igualmente, ante el acuerdo de gestión directa por un Ayuntamiento del servicio de rescate, salvamento y vigilancia del litoral y unidad contra incendios⁵¹; así como, la reversión a la administración autonómica de la actividad docente de los estudios de formación profesional de mantenimiento aerotécnico, previamente externalizado, y que acuerda prestar de forma directa con recursos materiales e

⁴² SSTSJ País Vasco de 26 de noviembre de 2013, rec. 1960/13; de 30 de diciembre de 2013, rec. 2106/13; de 28 de enero de 2014, rec. 28/2014.

⁴³ STSJ Asturias de 25 de julio de 2014 (2), rec. 1573 y 1575/14; En el mismo sentido, el servicio de piscina e instalaciones deportivas: STSJ C. Valenciana de 31 de octubre de 2012, rec. 2231/12.

⁴⁴ Reversión al Ayuntamiento de la gestión y explotación de las piscinas, de las instalaciones deportivas y de ocio municipales de San Andrés del Rabanedo: SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 17 de septiembre de 2015, rec. 1280/15; de 23 de septiembre de 2015 (2), rec. 1285 y 1275/15; de 24 de septiembre de 2015, rec. 1286/15; de 1 de octubre de 2015, rec. 1341/15; de 22 de octubre de 2015, rec. 1344/15; 29 de octubre de 2015 (2), rec. 1276 y 1726/15. Si bien es cierto, no queda claro si todas las instalaciones eran desde un principio del Ayuntamiento, pues aunque consta en el pliego que además de la gestión y explotación, comportaba la construcción y explotación de nuevas instalaciones deportivas y de ocio anejas, nada más se vuelve a decir en las sentencias más que *“el día 31 de diciembre de 2013 Gexin pierde la posesión de tales instalaciones, que entrega al Ayuntamiento recurrente”*.

⁴⁵ SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 22 de noviembre de 2006, rec. 1859/06; de 17 de enero de 2007, rec. 2206/06; de 21 de febrero de 2007, rec. 2358/06; Burgos, de 18 de febrero de 2008, rec. 707/08; Extremadura de 3 de febrero de 2011, rec. 645/10; de 15 de marzo de 2011, rec. 29/11; de 11 de diciembre de 2014, rec. 483/14. Pero en sentido contrario: SSTSJ Cataluña de 27 de octubre de 2013 (rec. 3221/14) en las que el servicio de asistencia técnica geriátrica nocturna de la Llar d'Avis municipal se realizaba con medios materiales que ya eran de propiedad municipal, por lo que no se transmitió nada.

⁴⁶ SSTSJ País Vasco de 22 de diciembre de 2015, rec. 1285/14; de 2 y 9 de febrero de 2016, rec. 1452 y 1470/14.

⁴⁷ STSJ País Vasco de 22 de marzo de 2016, rec. 39/14, que también presentó una cuestión prejudicial que no mantuvo tras el pronunciamiento del TJUE en el caso ADIF por la similitud del supuesto de hecho. No obsta que el ente público no recibiera determinados medios materiales del concesionario de carácter accesorio.

⁴⁸ STSJ Cantabria de 2 de mayo de 2014, rec. 201/14.

⁴⁹ STSJ I. Canarias, Las Palmas, de 31 de marzo de 2015, rec. 706/14.

⁵⁰ STSJ Andalucía, Sevilla, de 13 de enero de 2009, rec. 1252/08.

⁵¹ STSJ I. Canarias, Las Palmas, de 30 de junio de 2014, rec. 319/14.

inmueble públicos⁵², y en similares condiciones, otros servicios educativos, como el de guardería infantil⁵³ o enseñanzas musicales⁵⁴.

Como se pone de relieve, la casuística entre los TSJ es amplia y no faltan supuestos en los que, ante unas circunstancias similares o equiparables, se llega a pronunciamientos opuestos. Por el contrario, no ha suscitado dudas entre dichos órganos judiciales cuando los medios materiales nunca fueron de propiedad pública o, cuando además de los aportados por la entidad, se recuperan otros que anteriormente no existían —siempre y cuando tengan una entidad suficiente dentro del conjunto—, ya sea porque el contrato administrativo comprendía la construcción⁵⁵ o porque mediante el mismo se comprometía el adjudicatario a adquirir nuevos elementos⁵⁶.

En consecuencia, no es extraño que, incluso la más solvente doctrina dudase sobre si la recuperación de la infraestructura puesta a disposición por la Administración pudiera activar los efectos de la transmisión de empresa en sede nacional como sí lo hacía en el ámbito europeo⁵⁷.

1.2. «Confusión» en la valoración entre actividades materializadas y desmaterializadas: la omisión de la necesaria ponderación de las circunstancias de hecho relevantes⁵⁸

A) El hecho habitual de que sea la Administración la que pone a disposición del contratista la infraestructura necesaria para explotar el servicio, puede inducir a pensar que lo que se contrata es solamente una actividad que descansa en el elemento personal. Debe diferenciarse —de nuevo—

⁵² STSJ Castilla La Mancha de 19 de marzo de 2013, rec. 641/13; de 6 de febrero de 2014, rec. 547/13; de 10 de febrero de 2014, rec. 1036/13.

⁵³ SSTSJ Galicia de 15 de julio de 2005, rec. 2187/05; de 18 de julio de 2005, rec. 2395/05; de 1 de septiembre de 2005 (2), rec. 2161 y 2382/05.

⁵⁴ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 25 de julio de 2012, rec. 1280/12.

⁵⁵ STSJ Asturias de 31 de octubre de 2014 (rec. 1668/14), en la que cuando el Ayuntamiento de Oviedo recupera la concesión de la explotación del Palacio de Exposiciones y Congresos por incumplimiento de la adjudicataria, entra en posesión de las infraestructuras que había encomendado construir a esta en virtud del contrato administrativo de concesión de obra pública.

⁵⁶ Así, en el servicio de retirada de vehículos en el cual el solar donde se efectuaba el depósito de los vehículos retirados fue cedido por el ayuntamiento, pero las instalaciones ubicadas en el mismo y las grúas debían ser aportadas por la empresa concesionaria, y al finalizar el contrato, fueron transmitidos al consistorio (SSTSJ Extremadura de 12 de enero de 2012, rec. 571/11). Con un supuesto de hecho similar: STSJ C. Valenciana de 17 de junio de 2011 (rec.901/11). O la reversión de la gestión y recogida de residuos y del mantenimiento de zonas verdes, en la que el Ayuntamiento se hizo cargo de activos patrimoniales por importe superior a los 2 millones de euros (vehículos, máquinas y camiones, etc.) que, no solo estaban compuestos por los que en el momento constitutivo aportó la corporación, sino también los adquiridos por la sociedad mixta vigente el contrato, lo que unido a la subrogación de otro grupo de trabajadores, implica que se transmitió en los términos del art 44 del ET una entidad económica (STSJ Andalucía, Granada, de 2 de julio de 2015, rec. 1019/15).

⁵⁷ A. DE LA PUEBLA PINILLA, "Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 17, 2016, p. 3/11 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 17 junio 2016.

⁵⁸ Con mayor detalle: S. YAGÜE BLANCO, "Reversión de contratos públicas. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 40, 2018, p. 81 y ss., que desarrolla algunos de los resultados alcanzados en mi Trabajo de Final de Máster inédito: S. YAGÜE BLANCO, "La sucesión de empresa en la reinternalización de actividades públicas: el supuesto de hecho", cit., pp. 87-92.

esta cuestión con la que se acaba de explicar: en el apartado anterior se analizaba cómo algunos órganos judiciales entendían que la titularidad originaria de los bienes de producción no produce transmisión patrimonial alguna identificable al requisito objetivo de la transmisión cuando el ente público recupera el servicio. Ahora, de lo que se trata es de que algunos tribunales deducen que como lo único aportado por el contratista o concesionario es la mano de obra (los bienes son públicos), la actividad es desmaterializada. En este sentido, como en alguna ocasión ha destacado el profesor GOERLICH PESET, se produce una «separación» de los bienes y los servicios objeto de la concesión de servicio público⁵⁹. Separación que, como se verá, es artificiosa.

Y es que, generalmente, estos bienes o infraestructura patrimonial puestos a disposición cedidos por el ente público comitente constituyen el equipamiento necesario para poder ejecutar la prestación objeto del contrato público. Por consiguiente, esta interpretación afecta a la estabilidad en el empleo del personal ocupado en la contrata o concesión desde el momento en que relega la posibilidad de continuidad de los trabajadores a que sea aplicable la doctrina de la sucesión de plantillas. Algo que, como más adelante se comprobará, es prácticamente inviable en el supuesto de reversión de contratos públicos, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia aplicable. Por tanto, esta es una de las más relevantes especialidades que tiene la aplicación de la normativa sucesoria al supuesto de reversión de una actividad externalizada en el sector público.

B) De ahí la importancia de seguir la metodología empleada por el Tribunal de Luxemburgo: primero, calificar el tipo de actividad y, luego, apreciar en virtud del tipo de actividad económica de que se trate cuáles son las circunstancias de hecho relevantes para la transmisión de empresa⁶⁰. Y es que determinar la naturaleza de la actividad puede ser una cuestión relativamente sencilla en sectores de actividad basados en la mano de obra paradigmáticos como la jardinería, limpieza, vigilancia, etc.⁶¹. Y en sectores basados en equipamiento típicos como los servicios deportivos y de piscina municipal⁶²; servicio residencial geriátrico⁶³; servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento⁶⁴, etc. A pesar de que, como vimos, la titularidad originaria de los bienes haya determinado con frecuencia la exclusión de la transmisión patrimonial. Sin embargo, hay supuestos fronterizos con presencia activos atípicos o en los que la propia configuración del objeto del encargo dificulta su calificación, por lo que una inadecuada valoración puede llevar a no fijar con precisión los requisitos exigibles y que no se tomen en consideración los indicios determinantes para la aplicación del artículo 44 ET, frustrando la conservación del empleo.

⁵⁹ J. M. GOERLICH PESET, “Aspectos laborales de la reversión de contratos”, en *XV Foro Aranzadi Social celebrado en el Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Valencia [14-12-17]*, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 2017.

⁶⁰ Véase apartado IV.1.3.

⁶¹ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, cit., p. 21/40 pdf descargado.

⁶² STSJ Castilla y León, Valladolid, de 17 de septiembre de 2015, rec. 1280/15.

⁶³ STSJ Extremadura de 15 de marzo de 2011, rec. 23/11.

⁶⁴ STSJ Cantabria de 2 de mayo de 2014, rec. 201/14.

En efecto, cuando un ente público aporta ciertos elementos patrimoniales para el desarrollo de un servicio externalizado, resulta necesario identificar el papel que estos desempeñan para poder determinar el tipo de actividad de que se trata. Pues no es lo mismo que la infraestructura o instalaciones se pongan a disposición de la empresa adjudicataria para que pueda prestar un servicio mediante su utilización o explotación, a que el objeto de la contrata conlleve su mera conservación o mantenimiento. La contraposición es evidente en la STSJ Extremadura, de 23 de febrero de 2006 (rec. 803/05), en la que se afirma que mediante el contrato de gestión de servicio público asistencial “no se puso a disposición de la adjudicataria los pisos tutelados para el mantenimiento de los mismos, sino para que procediera a la actividad económica asistencial”.

En otras palabras, se trata de dirimir si los activos patrimoniales de propiedad pública y con los que trabaja la contratista son el «instrumento» necesario para la explotación de la actividad o son un mero «objeto pasivo» sobre el que recae la misma. Esta cuestión ya fue señalada prontamente por la profesora VICENTE PALACIO en el marco de una sucesión de concesiones administrativas⁶⁵: mientras que en el segundo caso, se trata de actividades basadas en la mano de obra –como el mantenimiento o la limpieza, etc.– que pueden recaer sobre bienes inmuebles o muebles –como instalaciones, maquinaria, vehículos, etc.–; en el primer supuesto, los elementos utilizados son esenciales para llevar a cabo la actividad, como ocurre cuando se ceden unas instalaciones para explotar un servicio de piscina municipal o de residencia geriátrica⁶⁶.

Recientemente la STJUE de 19 de octubre de 2017, *Securitas* (asunto C-200/16), tras recordar que el hecho de que los bienes patrimoniales necesarios para el desarrollo de la actividad no pertenecieran al concesionario saliente sino que fueran puestos a su disposición por la entidad contratante no afecta a la consideración de transmisión, y que el órgano judicial debe determinar en primer lugar si la actividad descansa sobre la mano de obra o sobre el equipamiento patrimonial, incide en la cuestión que se acaba de analizar remarcando que “únicamente el equipamiento que se utilice en realidad para prestar los servicios de vigilancia, excluidas las instalaciones objeto de tales servicios, debe, en su caso, tenerse en cuenta para acreditar la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23” (ap. 33).

⁶⁵ Véase A. VICENTE PALACIO, “Transmisión de empresa y concesiones administrativas: necesidad de que la concesión lleve aparejada la entrega de la infraestructura empresarial básica [Ref. BIB 1999/976]”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 8, 1999, p. 6/9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 16 diciembre 2015.

⁶⁶ Siguiendo esta distinción y aplicándola al supuesto de la reversión: S. YAGÜE BLANCO, “Reversión de contrata públicas. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, cit., p. 86 y ss. En el mismo sentido: J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrata y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, cit., p. 108 y ss. La doctrina laboralista también ha encontrado otras formas de explicar este fenómeno. Así, por un lado, distinguiendo aquellas concesiones en las que el contrato cede el derecho a explotación de las instalaciones y el equipamiento, de aquellos otros en los que la actividad consta únicamente en el simple y mero mantenimiento de los bienes públicos (R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 86). Más recientemente, R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 158.

C) Así, habrán supuestos, como los enjuiciados en las SSTs de 9 de febrero de 2016 (rec. 1674/15) y de 16 de junio de 2016 (rec. 2390/14), en los que no hay dudas que la finalización de la contrata y recuperación del servicio de mantenimiento de centros educativos externalizado no constituye un supuesto típico de transmisión de empresa. En efecto, el servicio es intensivo en mano de obra, y ante la falta obligación convencional e inexistencia de pliego que imponga la subrogación de la plantilla no se traspasa ninguna entidad económica, ya que la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias continuó la actividad con sus propios efectivos y herramientas. Y no puede afirmarse que hubiera transmisión de soporte patrimonial por el hecho de que la contratista dejó de realizar sus labores de mantenimiento sobre las instalaciones educativas y pasó a realizarlas el ente público, pues dichos activos son el «objeto pasivo» de la encomienda. Es decir, el bien patrimonial sobre el que se realizaba una actividad que únicamente precisaba de la plantilla y de útiles de escaso valor para su ejecución.

Pero por el contrario, cuando revierte a un centro educativo dependiente de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha el servicio de comedor a los alumnos, esto es, una actividad de restauración, que precisa para su realización de instalaciones, mobiliario, electrodomésticos, menaje y otros elementos puestos a disposición por el centro público, no puede considerarse que la actividad esté basada en la mano de obra por el hecho de que sea la administración la que aporte la infraestructura. Esencialmente, porque dicho conjunto de bienes son el «instrumento» imprescindible y, sin el cual, no se podría prestar el servicio de comedor escolar. Por tanto, si el centro público recupera y continúa la explotación de la actividad de restauración con los mismos medios materiales, debería concluirse que hay transmisión.

Sin embargo, este no es el criterio que se siguió en la STS de 9 de diciembre de 2016 (rec. 1674/15)⁶⁷, que para resolver el asunto, reprodujo la fundamentación de la STS de 12 de julio de 2016 (rec. 349/15), sobre la reversión de un servicio de catering de otro centro escolar. Sin embargo, los supuestos fácticos de ambas sentencias son diametralmente distintos. En este último, la comida se preparaba en las instalaciones del contratista, sin emplear las pertenecientes al centro, y solo prestaban servicios en el centro escolar (Liceo Politécnico) las demandantes, dos monitoras de comedor que asistían a los alumnos. Por tanto, al revertir el servicio para su prestación directa no hubo ningún tipo de transmisión de equipamiento respecto al servicio de catering-restauración (actividad basada en equipamiento), y por lo que respecta al servicio de monitoras (actividad basada en mano de obra) tampoco hubo sucesión de plantillas, puesto que el trabajo que realizaban lo continuó prestando después de la reversión el personal interno del

⁶⁷ Sobre estas sentencias, un análisis en I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Reversión del servicio de comedor de escuela pública y no aplicación de la subrogación de empresa ‘ex’ art. 44 ET: objeciones a la STS 9/12/16”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 09-02-2017*), fecha de consulta 10 marzo 2017, en <https://ignasibeltran.com>. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “¿Una reversión del servicio de comedor escolar no puede describir una sucesión de empresa? ¿Ni a la luz del caso Abler?”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 22-03-2017*), fecha de consulta 23 marzo 2017, en <https://ignasibeltran.com>. También critica la respuesta judicial J. L. MONEREO PÉREZ Y OTROS, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, cit., p. 45.

colegio y los padres de los alumnos voluntariamente. En cambio, en el asunto juzgado en la sentencia de diciembre, los elementos materiales empleados por las trabajadoras de la contratista fueron los aportados por el centro educativo (IES Universidad Laboral), que luego recuperó y siguió empleando para la prestación del servicio, por lo que hubo una efectiva transmisión de una organización productiva de carácter patrimonial y concurre el requisito de la identidad, ya que la entidad económica empleada es la misma antes y después de la reversión. Sin embargo, al resolver el asunto aplicando la doctrina empleada en la sentencia de julio, se le dio un tratamiento de actividad intensiva en mano de obra, y como no hubo una asunción de la plantilla⁶⁸, no se apreció la concurrencia del requisito objetivo.

El problema descrito no es un caso aislado constituido por la comentada sentencia del Tribunal Supremo. Entre los supuestos recientes de reversión de contratos públicos que antes hemos apuntado se observa esta –si se me permite la expresión– «confusión» en la calificación de la actividad, aunque no en todas ellas es tan manifiesta como en el último caso estudiado.

Así, ya hemos señalado antes que en el caso de la reversión de una residencia geriátrica la fundamentación final parecía determinar que hubo transmisión por asumir una parte esencial de la plantilla, pese a la transmisión de todo el equipamiento patrimonial que envolvía la actividad (STS de 26 de enero de 2012, rec. 917/11). Y es que, a mi juicio, no tiene una argumentación precisamente clara sobre si la sucesión se produce por la recuperación de la infraestructura patrimonial –que sería lo correcto en este caso– o por la subrogación del personal, pues parece que la Sala configura la resolución como un caso de sucesión de plantillas⁶⁹. En este sentido, aunque la sentencia de suplicación recurrida determinó que existía transmisión de empresa por haber transmisión de activos patrimoniales⁷⁰, el Supremo desestimó el recurso de casación presentado por la Administración, pero afirmando que *“no cabe duda que en el presente caso nos hallamos ante un claro supuesto de sucesión empresarial [...], en cuanto está acreditado que el Ayuntamiento, tras cesar la empresa concesionaria en la gestión y explotación del servicio público de asistencia geriátrica que se le había concedido [...] asumió directamente dicha gestión y explotación sin solución de continuidad y haciéndose cargo de todos los trabajadores...”*. Lo que implicaría que considera la actividad como desmaterializada, en contraste con otras sentencias sobre reversión de centros residenciales, en los que se considera determinante la instalación y

⁶⁸ Con todo, fue desestimado el incidente de nulidad de actuaciones formulado contra la sentencia por incongruencia (ATS de 17 de mayo de 2017, rec. 1674/15). Sobre el mismo supuesto, entre la misma empresa y la misma institución pública, se han dictado con posterioridad dos nuevas sentencias por el Tribunal Supremo – SSTS de 26 de enero de 2017 (2), rec. 2982 y 3847/15—, pero en este caso, no entran a conocer sobre el fondo por no apreciar contradicción con la sentencia de contraste (STSJ Cataluña de 8 de febrero de 1997, rec. 6225/96) —a pesar de que es la misma que se aportó también en el primer pronunciamiento— y es que se pone de manifiesto, en estos casos, que al ser los elementos patrimoniales de propiedad pública no se produce transmisión alguna cuando los recupera tras la reversión del servicio. Si bien, parece ser que este criterio del Tribunal Supremo queda corregido, y alineado con el del TJUE tras las SSTS de 19 de septiembre de 2017 (4), rec. 2612, 2629, 2650 y 2832/16.

⁶⁹ Esta misma lectura se hace en la STSJ Extremadura de 18 de febrero de 2019, rec. 22/19.

⁷⁰ STSJ Extremadura de 3 de febrero de 2011, rec. 645/10.

equipamientos⁷¹. Lo que a mi juicio, podría deberse al pronunciamiento emitido pocos meses antes por el Supremo en el cual *obiter dicta* afirmaba la existencia de transmisión, y sin que cupiese alegar lo contrario puesto que los bienes recuperados no eran de propiedad municipal⁷².

Y, en el mismo sentido, los supuestos de reversión del servicio de limpieza viaria con recuperación de los vehículos barredores municipales y de la infraestructura del servicio público de «ecoparc». En el primero de ellos se desestimó la transmisión porque ni el convenio imponía la subrogación, ni hubo contratación voluntaria de la plantilla, ni se transmitieron elementos patrimoniales (SSTS de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10). Si bien, en la segunda sentencia, que aporta algunos datos más y contiene una fundamentación más completa, se considera la actividad como basada en la mano de obra, desde el momento en que traslada a este asunto la doctrina de la STJUE de 20 de enero de 2011, *Clece* (asunto C-463/09), sobre el servicio de limpieza de dependencias públicas. Sin embargo, en el conflicto resuelto por el Tribunal Supremo consta que se transmitió una barredora de propiedad municipal. De hecho, la trabajadora demandante en el segundo de los procesos tenía la categoría profesional de conductora⁷³. En el caso del servicio público de Limpieza, Barrido, Vigilancia, Apertura y Cierre y Mantenimiento del Punto Limpio Municipal («ecoparc») también se negó la aplicación del artículo 44 ET por idénticos motivos y recurriendo de nuevo a la doctrina del asunto *Clece* (STS de 26 de julio de 2012, rec. 3627/11). Además, se hace referencia a la actividad de limpieza viaria y recogida de basuras, porque esta era la actividad de la empresa concesionaria y este era también el servicio que prestaba para el municipio. Pero, en concreto, las dos trabajadoras afectadas prestaban sus servicios en el «punto limpio» del municipio, constando en la sentencia que *“para la prestación del servicio de punto limpio el Ayuntamiento había creado la infraestructura necesaria, acondicionado el lugar y dispuesto de contenedores de recogida selectiva y caseta para operarios, así como el horario de apertura y cierre de dichas instalaciones y control de las actividades desarrolladas de punto limpio”*. Así como que la actividad no se reducía a la mera limpieza de estas instalaciones, sino que además conllevaba también el mantenimiento, vigilancia, apertura y cierre. Es decir, el trabajo de las demandantes implicaba realizar todo lo necesario para que el servicio funcionara⁷⁴.

D) Como no podría ser de otra forma, esta diversidad de elección de los parámetros decisivos para apreciar si se ha transmitido una entidad económica en el marco de una reversión

⁷¹ Por ejemplo, STSJ Castilla y León de 18 de diciembre de 2008, rec. 707/08; de 15 de marzo de 2011, rec. 29/11; STSJ Madrid de 2 de junio de 2014, rec. 102/14.

⁷² STS de 30 de mayo de 2011, rec. 2192/10.

⁷³ *“Al parecer, según se desprende de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia -y sobre tal cuestión, según nos informa la resolución recurrida en unificación, ninguna referencia se hizo en el trámite de suplicación-, no se produjo en el caso transferencia alguna de plantilla ni de activos patrimoniales (“se descarta por la sentencia [de instancia] en cuanto a una barredora propiedad del Ayuntamiento y de la que en su momento sólo había cedido el uso a Urbaser, no haciéndose ya por la recurrente en el recurso referencia alguna a transferencia patrimonial”: FJ 4º de la sentencia impugnada)”*.

⁷⁴ Como se pone de manifiesto en la STS de 13 de octubre de 2020, rec. 2126/18, en la cual es aportada como sentencia de contraste, la Sala continúa haciendo referencia a la actividad de limpieza viaria desmaterializada, además de poner de manifiesto los numerosos avatares procesales que han tenido lugar.

de servicio público se reproduce entre la doctrina judicial cuando la administración contratante pone a disposición instalaciones para la ejecución del servicio externalizado que luego recupera⁷⁵.

Uno de los sectores de actividad que más divergencias interpretativas ha ocasionado es el de restauración y hostelería⁷⁶. Así, pueden encontrarse precedentes sobre la reversión de estas actividades para la gestión pública directa que las consideran actividades intensivas en mano de obra. Por tanto, se resuelve con la inexistencia de sucesión empresarial ante la inaplicación de norma sectorial eficaz que imponga la contratación del personal⁷⁷. Y pueden encontrarse otras en las que se clasifica como intensiva en equipamiento y, por tanto, acertadamente considera que lo determinante será la transmisión del mismo⁷⁸. En unos y otros casos, puede constatarse en los hechos probados la presencia de importantes instalaciones y medios materiales aportados por la administración, que posteriormente recupera y continúa empleando en la ejecución del servicio.

⁷⁵ Por ejemplo, respecto al servicio de estación gestión integral, explotación y mantenimiento de estaciones depuradoras: SSTSJ Cataluña de 03 de mayo de 1999, rec. 9256/98; Andalucía, Sevilla, de 20 de febrero de 2003, rec. 4484/02.

⁷⁶ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, "Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma", cit., p. 39/40 pdf descargado.

⁷⁷ En este sentido, la STSJ Cataluña de 17 de noviembre de 2015 (rec. 4216/15; inadmitido recurso de casación por ATS de 3 de noviembre de 2016, rec. 259/16), que considera que el supuesto en el que la administración penitenciaria recupera la explotación de la actividad de atención de los servicios de restauración de un centro penitenciario (servicio de restauración a internos y explotación de cafetería y comedor de funcionarios), para cederla a una empresa pública vinculada e instrumental, que sin solución de continuidad sigue desarrollándola utilizando en la explotación los medios productivos propios del centro de trabajo que ha implementado, es una actividad "en que la esencia y grueso de la actividad económica empresarial descansa casi en exclusiva en la aportación y organización de los servicios personales de los trabajadores adscritos a la atención del servicio de cafetería y comedor". Sobre un caso similar en el que participa la misma Administración: ATS de 27 de junio de 2017, rec. 3371/16, que inadmite el recurso contra la STSJ Cataluña, de 15 de julio de 2016 (rec. 2933/16), al considerar que no hay contradicción con la STJUE ADIF, en tanto en cuanto aquí la administración recupera su propia infraestructura patrimonial, por lo que llega a la conclusión de que la actividad contratada y recuperada, "la atención del servicio de cafetería y comedores, descansa casi en exclusiva en la mano de obra". Con el mismo criterio: STSJ Galicia de 30 de noviembre de 2015 (rec. 4216), con cita de otros supuestos entre las mismas partes —SSTSJ Galicia de 4 de marzo de 2015, rec. 4493/15; de 7 de abril de 2015, rec. 85/15; de 15 de mayo de 2015, rec. 877/15; de 4 de junio de 2015, rec. 961/15— en el que al igual que la sentencia recurrida entiende que "la actividad productiva de cafetería descansa fundamentalmente en la mano de obra", por lo que para que haya transmisión empresarial, ha de producirse mediante la modalidad de la asunción de plantilla, "propia de aquellos sectores en los que, como el actual, prima la actividad personal y la organización".

⁷⁸ Entre otras SSTSJ Castilla y León, Burgos, de 14 de julio de 2016, rec. 362/16; de 15 de junio de 2016, rec. 328/16; de 22 de junio de 2016, rec. 360/16; de 5 de julio de 2016, rec. 364/16; de 14 de julio de 2016, rec. 362/16 (luego casadas en unificación de doctrina). En estas, se pone de manifiesto "que el servicio de restauración colectiva, contratada, no está fundamentado exclusivamente en la mano de obra, pues para su desarrollo es necesario unos medios materiales "patrimoniales" que el Ministerio del Ejército puso a disposición de la mencionada empresa, medios materiales necesarios para el desarrollo de la citada actividad, —restauración colectiva— que de no existir aquellos no podría ser desarrollada en los términos pactados. Como son, no solamente los locales, que, por sí mismos, no sería suficiente elemento determinante para declarar la existencia de una transmisión patrimonial, en los términos exigidos en el art. 44 ET. Sino que, además, y sobre todo, puso a disposición de UCALSA, todos los demás medios necesarios para desarrollar la actividad [...] mobiliario, cocinas, frigoríficos y demás utensilios necesarios para el desarrollo de la actividad, de tal manera que sin estos no se podría realizar la actividad en los términos contratados. Y siendo necesarios los mismos y la aportación relevante en términos de cuantificación económica no podemos llegar a la conclusión que la actividad objeto del contrato se sustente exclusivamente en la mano de obra".

Además, sobre esta actividad ya se pronunció el TJUE ante un supuesto de sucesión de contratistas del servicio de restauración colectiva de un hospital, estimando que “no puede considerarse como una actividad que se base esencialmente en mano de obra, en la medida en que exige unos equipamientos importantes”⁷⁹. Y con anterioridad, el propio Tribunal Supremo, pero en estos casos, para excluir la existencia de transmisión empresarial, pues las instalaciones donde se realizaba el servicio de restauración para un hospital revirtieron a otra administración distinta de la que asumió la gestión directa del mismo, por lo que el servicio se continuó prestando con una entidad económica compuesta por unos activos patrimoniales distintos⁸⁰.

Aunque las dificultades también pueden aparecer en sectores en los que ha presencia de activos patrimoniales de difícil valoración⁸¹, sin necesidad de que previamente hayan sido cedidos por el ente contratante. Esto ocurre, sobre todo, en supuestos en los que no se transmiten bienes materiales importantes, sino bienes de carácter intangible o patrimonial. En estos casos, se extiende el problema analizado cuando el órgano juzgador no efectúa una calificación adecuada y considera que la actividad descansa en la mano de obra, como se tratará posteriormente.

E) El problema se plantea cuando haya elementos de activo material o inmaterial que se utilicen en la actividad y que sean de difícil valoración (sobre los intangibles ya se ha dicho que se tratarán de forma separada). En estos casos, se han utilizado dos criterios para determinar la importancia que tienen estos elementos sobre el conjunto de la actividad y así determinar si la actividad descansa sobre el equipamiento o sobre la mano de obra.

a) El primer criterio más extendido es de carácter cuantitativo: el «valor económico» de los elementos de producción materiales. Así las cosas, claramente la actividad se basará en equipamiento cuando la inversión realizada por el empresario tenga un elevado coste. Por ejemplo, por citar algunas sentencias, me referiré a dos supuestos recientes que se retomarán más tarde y sobre los que, además, las actividades realizadas por la plantilla son altamente especializadas y requieren de un importante *Know How*. El primero es el referido en la STS de 24 de septiembre de 2020 (rec. 300/18), sobre el cambio de adjudicatario del servicio de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles del aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas. Aunque la contratista asumió prácticamente toda la plantilla, aportó su propia infraestructura para la que realizó una importante inversión económica, por lo que se concluyó que

⁷⁹ STJUE de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Abler*, asunto C-340/01, en la que además se ponía de manifiesto que la actividad contratada conllevaba la obligación de preparar las comidas en la cocina del hospital y, por lo tanto, los elementos materiales puestos a disposición por la comitente eran «indispensables» para la preparación y la distribución de las comidas a los pacientes y al personal (ap. 36).

⁸⁰ Casos también citados antes en los que, entre la concertación y extinción de la contrata, medió un traspaso de funciones y servicios en materia sanitaria de la Diputación Provincial de Palencia a la Junta de Castilla y León, incluyendo el traspaso de los inmuebles que conforman el complejo hospitalario a excepción de ciertas instalaciones que continuaron siendo titularidad de la Diputación, entre ellas, los locales que se empleaban para desarrollar el servicio -cocinas, almacén, etc.- (SSTS de 21 de febrero de 2008, rec. 4680/06; de 28 de mayo de 2008 (2), rec. 4531 y 4627/06; de 29 de mayo de 2008, rec. 5050/06; de 12 de junio de 2008, rec. 57/07).

⁸¹ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de contrata y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, cit., p. 21/40 y ss. pdf descargado.

la actividad descansa en equipamiento. Parecidas circunstancias que conducen a igual conclusión en la STS de 26 de octubre de 2018 (rec. 2118/16), sobre el servicio de maniobras de amarre de Barcos Petroleros a Monoboyas de extracción de petróleo que incluye funciones de inspección, mantenimiento y control anticontaminación, pero el valor económico de la infraestructura aportada por el nuevo contratista es determinante para la valoración de la actividad. Y, en sentido diverso, al valorar los útiles necesarios para llevar a cabo las labores objeto de una contrata de limpieza, se destacó la *“importancia relativa de dichos elementos en el desarrollo de la actividad empresarial, importancia, además, que sólo cabría medir con certeza calculando su coste porcentual dentro del total que conlleva el funcionamiento del negocio”*⁸².

b) El segundo criterio es de carácter cualitativo y hace referencia a la «necesidad» o «imprescindibilidad» de los mismos para el desarrollo de la actividad. Se trata de un argumento que se ha utilizado frecuentemente en el sector de *contact center* o *call center* que desarrolla el servicio de atención telefónica al consumidor final respecto al producto o servicio ofrecido por la empresa principal. La STS de 27 de enero de 2015 (rec. 15/14), sin perjuicio de que el tribunal diera una respuesta acertada al asunto por cuanto que verdaderamente había una infraestructura patrimonial muy importante (edificios, ordenadores, teléfonos, etc.) aportada por la contratista, enunció un criterio que presenta una elevada ductilidad: *“Lo importante no es el coste de las inversiones en medios materiales, sino la necesidad de los mismos, ya que, la importancia de los factores que intervienen en la producción no se mide en términos cuantitativos, sino cualitativos, esto es atendiendo a la necesidad de los mismos para el funcionamiento de la actividad”*.

Como ha puesto de relieve la doctrina se trata de un criterio un tanto controvertido que puede distorsionar la valoración⁸³. Y es que no en todos los casos de externalización de *contact center* se dan las mismas circunstancias fácticas. Para empezar hay que cuestionarse el papel que desempeñan los bienes inmuebles y muebles en los que se realiza la prestación, ya que en ocasiones se desarrolla el servicio en centros de trabajo del contratista, pero en otros casos en las instalaciones de la empresa principal o incluso en casa del trabajador mediante teletrabajo. Así que parece que lo verdaderamente relevante para su prestación es el equipo informático y la centralita telefónica usada. Por ello, este criterio corre el riesgo de ser generalizado y extendido multitud de supuestos, incluso a otras actividades, pues tan imprescindibles y necesarios son los útiles empleados por el personal de limpieza o de mantenimiento de instalaciones como los que usan los trabajadores del sector de *call center* para su actividad, y nadie duda que las primeras actividades son desmaterializadas por el escaso valor que tienen los elementos empleados en relación con el factor humano. Por tanto, el criterio aludido desvirtúa la valoración de la actividad económica y deja un grado de discrecionalidad demasiado amplio al juzgador⁸⁴. Por tanto, me

⁸² STSJ Islas Baleares de 12 de septiembre de 2005, rec. 235/05.

⁸³ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, cit., p. 23/40 pdf descargado.

⁸⁴ Parece que considera válido este criterio: C. L. ALFONSO MELLADO, “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, *Revista de Derecho Social*, n.º 82, 2018, p. 21. Igualmente, J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, Tirant lo

parece más seguro el criterio usado por la STS de 7 de diciembre de 2011 (rec. 4665/10) que, refiriéndose a una serie de actividades típicamente identificadas como desmaterializadas (jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, facturación, etc.) esgrime que “no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano”.

Esta actividad de atención telefónica se ha externalizado con frecuencia por parte de las Administraciones Públicas⁸⁵, planteándose en no pocas ocasiones su reversión⁸⁶, donde se encuentra con el hándicap –como luego se verá– de la difícil aplicación de la sucesión de plantillas.

1.3. El nuevo ajuste a la doctrina comunitaria: las SSTS de 19 de septiembre de 2017

Pues bien, sobre estas cuestiones se pronunció el Tribunal Supremo en las SSTS de 19 de septiembre de 2017 (rec. 2612, 2629, 2650, 2832/16)⁸⁷. Y es que, habida cuenta de la diversidad de criterios empleados por los órganos judiciales inferiores, que se planteara una contradicción que reuniera los requisitos necesarios para fundamentar un recurso de casación para la unificación de doctrina era solo cuestión de tiempo. Aunque, como se verá, la respuesta judicial dada en estas sentencias afecta más al primer conflicto interpretativo analizado que a al segundo.

En estas sentencias que valoraba el Tribunal Supremo se trataba de la reversión del servicio de restauración en varios acuartelamientos del Ejército de Tierra en la provincia de Burgos, que vuelven a ser gestionados directamente por el Ministerio de Defensa recuperando las instalaciones y el equipamiento necesario para prestarlo previamente aportados por la entidad adjudicadora. Con estas circunstancias fácticas, tanto las correspondientes sentencias de instancia como las de

Blanch, Valencia, 2019, pp. 51-52. En sentido contrario, se insiste en que la valoración no puede depender de un criterio únicamente cualitativo, sino que debe ponderarse con la necesidad de los mismos para realizar la actividad: M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en AAVV (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 148.

⁸⁵ Véase D. MARTÍNEZ SALDAÑA, “Cambio de adjudicataria en el servicio de atención telefónica de un ayuntamiento: inexistencia de sucesión de empresa y de sucesión de plantillas y correcta aplicación del artículo 18 del convenio colectivo del contact center [Ref. LA LEY 7424/2012]”, *Anuario Laboral para Abogados 2011*, n.º 1, 2012, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.

⁸⁶ J. J. DE VAL ARNAL, “El caso del 010 del Ayuntamiento de Zaragoza como ejemplo de la dificultad de la vuelta a la gestión directa de las contrataciones de servicios”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 164, 2019.

⁸⁷ Un comentario en A. TODOLÍ SIGNES, “Reversión de servicios públicos y relevancia de los elementos patrimoniales para la sucesión de empresa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2017, rec. 2612/2016”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 417, 2017, p. 222 y ss. También: Y. CANO GALÁN, “La saga del asunto «Aira Pascual»: reversión del servicio y transmisión de elementos patrimoniales propiedad de la empresa contratante”, *Diario La Ley*, n.º 9119, 2018.

suplicación apreciaron la concurrencia del elemento objetivo, esto es, la transmisión de una unidad productiva, y por tanto, una efectiva sucesión empresarial⁸⁸.

A) Frente a esta solución presenta el citado Ministerio el recurso para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contraste la STSJ Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2015 (rec. 878/15). La sentencia de suplicación versa sobre el supuesto de reversión de comedor de un centro educativo público de Albacete –es decir, el conocido asunto IES Universidad Laboral resuelto en la posterior STS de 9 de diciembre de 2016 (citada)–, en el que también se reintegraron en la administración las instalaciones y equipos empleados que fueron puestos a disposición previamente, pero en este caso, no se consideró que se hubiese transmitido una unidad productiva autónoma porque los bienes materiales ya eran de la Consejería. Debe destacarse que en sede suplicacional se desestimó la sucesión porque se consideró que los elementos de titularidad pública no producían el necesario desplazamiento patrimonial. Mientras que en sede casacional, también se desestimó pero porque se consideró una actividad basada en la mano de obra.

También es relevante decir que, sobre este mismo caso del IES Universidad Laboral se habían planteado antes recursos de casación para la unificación de doctrina que fueron desestimado por las SSTS de 26 de enero de 2017 (citadas), en las que no se apreció contradicción con la sentencia de contraste, afirmando que en esta *“concorre un elemento decisivo, ausente en la recurrida, cual es la existencia de transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa”*.

Pues bien, en las tres sentencias del IES Universidad Laboral la sentencia de contraste fue la misma, en cuyos hechos probados se hacía referencia a un supuesto de reversión de la cafetería y comedor de un cuartel de la Guardia Civil en el que el equipamiento patrimonial pertenecía a la Dirección General de la Guardia Civil (STSJ Cataluña de 8 de febrero de 1997, nº 1111/97)⁸⁹.

⁸⁸ Entre otras: SSTSJ Castilla y León, Burgos, de 2 de junio de 2016 (4), rec. 278, 287, 288 y 293/16; de 15 de junio de 2016, rec. 328/16; de 22 de junio de 2016, rec. 360/16; de 5 de julio de 2016, rec. 364/16; de 14 de julio de 2016, rec. 362/16, etc. *“En primer lugar entendemos que la Directiva es aplicable al caso enjuiciado ya que abarcaría todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales de la persona física o jurídica responsable de la explotación, y que el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de citada Directiva. Que es lo que ocurre en el presente supuesto donde no existe una transmisión de elementos patrimoniales porque estos pertenecían, antes y después del contrato administrativo de servicios con la empresa codemandada al Ministerio de Defensa”*.

⁸⁹ Así pues, en esta sentencia de contraste constaba que *“son hechos probados incontestados y necesarios para la resolución de los recursos, los que siguen: 1.º Los trabajadores demandantes han venido prestando servicios por cuenta de la empresa «Administración de Servicios Hosteleros, SA», en la cafetería y comedor del acuartelamiento de la Guardia Civil de Travesera de Gracia de Barcelona, cuya gestión tenía encargada esta empresa por concesión administrativa desde febrero de 1994; 2.º En fecha 31 de diciembre de 1995, el Organismo demandado pone fin a la concesión y pasa a gestionar directamente el servicio de restauración; 3.º La Dirección General de la Guardia Civil es titular del local, los elementos materiales y toda la infraestructura empresarial necesaria para la realización del servicio, de modo que la empresa adjudicataria únicamente aportaba el personal”*

Y en las sentencias recurridas en casación del caso IES Universidad Laboral también era un hecho probado: *“CUARTO.- En el Pliego de Prescripciones Técnicas del Servicio de comedor se recoge en el punto 5 “Equipamiento*

En cualquier caso, en esta ocasión, sí se ha constatado la existencia de contradicción, y se ha resuelto el asunto aplicando la doctrina empleada por el TJUE: “*en efecto, el dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la administración que descentraliza y las entrega a la empresa contratista para que lleve a cabo la actividad o el servicio encomendado no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial encuadrable en el ámbito de aplicación de la directiva*”. Por tanto, con las comentadas sentencias se produce el necesario ajuste a la doctrina comunitaria, ya que el mantenimiento de la postura contraria resultaba difícilmente defendible, especialmente, tras la solución dada en el caso ADIF⁹⁰.

En consecuencia, parece que esta cuestión queda resuelta en la jurisprudencia española, ya que el criterio ha sido reiterado en otras muchas sentencias del mismo asunto del Ministerio de Defensa⁹¹, así como en la reversión del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos al Ayuntamiento de Lora del Río⁹², en la reversión del servicio de comedor de escuelas infantiles al Ayuntamiento de Murcia⁹³, y en el más reciente asunto de la reversión del servicio prestado por la Unidad de Cuidados Paliativos desde la AECC al INGESA (Hospital Comarcal de Melilla)⁹⁴. Con todo, alguna autora sigue defendiendo que no debería en estos casos aplicarse la normativa sucesoria por cuanto que se trata de una mera reversión de bienes ex LCSP⁹⁵.

También puede decirse ahora que es un criterio pacífico en las sentencias de suplicación. Por citar solo algunos ejemplos en los que se sigue fielmente esta doctrina, puede señalarse la STSJ Andalucía, Sevilla, de 19 de octubre de 2020 (rec. 1226/19), sobre la reversión al Ayuntamiento de Priego (Córdoba) del servicio de estacionamiento regulado; o la STSJ Madrid de 23 de julio de 2020 (rec. 1440/19), sobre la recuperación del servicio de cafetería, comedor y cocinas del Complejo de la Moncloa por parte del Ministerio de la Presidencia; la STSJ Aragón de 9 de marzo de 2020 (rec. 97/20), sobre la reversión de un servicio de restauración con recuperación de infraestructura; también la STSJ Madrid de 27 de septiembre de 2019 (rec. 289/19), sobre la reversión del arrendamiento de industria del aparcamiento de la empresa encargada de su explotación al Ayuntamiento de Alcorcón; o, en fin, la STSJ País Vasco de 6 de

del Comedor Escolar”: El centro público referenciado hace entrega a la empresa adjudicataria del servicio de la instalación de cocina y comedor, así como del equipamiento, electrodomésticos y menaje, con detalle de su estado de uso, conforme se relacionara en el Inventario que se elaborara al inicio de la prestación entre la dirección del centro y la empresa adjudicataria. Será la Empresa a partir de este momento la responsable de la buena utilización de los bienes cedidos” (STSJ Castilla-La Mancha de 3 de junio de 2015, rec. 373/15; de 5 de marzo de 2015, rec. 1/15; de 26 de octubre de 2015, rec. 786/15).

⁹⁰ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, *Documentación laboral*, n.º 106, 2016, p. 104.

⁹¹ SSTS de 19 de diciembre de 2017 (2), rec. 2657 y 2800/16; de 24 de enero de 2018, rec. 2774/16; de 20 de abril de 2018, rec. 2764/16; de 5 de junio de 2018, rec. 2641/16; de 17 de julio de 2019, rec. 2628/16; de 18 de julio de 2018, rec. 2720/16; de 10 de octubre de 2018, 2767/16; de 17 de enero de 2019, rec. 2637/16.

⁹² SSTS de 4 de julio de 2018 (2), rec. 1168 y 2609/17.

⁹³ SSTS de 26 de marzo de 2019, rec. 1916/17; y de 12 de marzo de 2020, rec. 1916/17.

⁹⁴ STS de 25 de noviembre de 2020, rec. 684/18.

⁹⁵ E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos [Ref. BIB 2018/11491]”, cit., p. 17/20 pdf descargado.

febrero de 2018 (rec. 94/18), sobre la reversión a la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado, SME SA del servicio externalizado de la gestión comercial de las apuestas deportivas.

En definitiva, lo relevante será que en momento genético de la externalización la Administración ponga a disposición de la empresa adjudicataria el equipamiento necesario para realizar una explotación autónoma de la contrata, lo que condicionará la transmisión de la entidad económica en el momento de la sucesión de concesionarios o en la eventual reversión⁹⁶.

B) Más compleja se sigue presentando la valoración previa de la actividad a efectos de identificar la entidad económica como una unidad organizativa basada en equipamiento o una unidad que descansa esencialmente sobre la plantilla. Hay que puntualizar, que la problemática se circunscribe al hecho de que los activos patrimoniales sean propiedad de la empresa principal puesta a disposición de la contratista, pues en otros casos no parece que suscite mayores complicaciones para los tribunales⁹⁷

En las SSTS de 19 de septiembre de 2017 (citadas) se pone de manifiesto que la actividad de restauración difícilmente puede considerarse como intensiva en mano de obra por cuanto que los elementos recuperados son “*absolutamente imprescindibles*” para la realización del servicio encomendado. En principio con esta calificación previa debería ser suficiente para no incurrir en el mismo error metodológico que se analizaba en el apartado anterior. Es más, un ejemplo cercano en el que el TS de nuevo vuelve a realizar este análisis del tipo de actividad es la STS de 26 de septiembre de 2017 (rec. 3533/15), sobre la reversión del servicio desmaterializado de atención al cliente, información y servicios auxiliares en la Estación de Atocha por ADIF.

No obstante, estas sentencias de septiembre de 2017 tienen algunos elementos que son llamativos y que hacen presagiar que la cuestión no queda suficientemente aclarada. El primero de ellos es cómo se sigue insistiendo en que la STS de 9 de diciembre de 2016 —IES Universidad Laboral (comedor escolar)- hace referencia a un supuesto diferente al ahora enjuiciado, ya que “*se centraba básicamente en la mano de obra*”. A pesar de que esta y la sentencia de contraste aportada —sobre la que se considera que “*se revela esencial la aportación de medios patrimoniales*”- versan sobre el mismo caso⁹⁸.

Y el segundo, que en todas ellas hay un voto particular que afirma que la resolución del caso requería la aplicación de la doctrina contenida en la STS de 12 de julio de 2016 —Liceo Politécnico (monitoras)—, es decir, que el asunto de la reversión del servicio de cocina y comedor

⁹⁶ J. L. MONEREO PÉREZ; J. A. FERNÁNDEZ BERNAT, “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.º 53, 2017, p. 6/42 pdf descargado.

⁹⁷ Véase SSTS de 26 de octubre de 2018, rec. 2118/16; de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16.

⁹⁸ Y en el HP 9º consta que “*finalizado el contrato, SERUNION, SA, entregó a la Administración las instalaciones de cocina con todos los equipos mobiliarios, menaje y demás elementos que en la misma se encontraban y que en su día fueron puestos a disposición de SERUNION, SA para la prestación del servicio de comedor concertado conforme a la Cláusula 5ª del Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato suscrito entre las partes*”.

de los cuarteles del Ejército de Tierra se debió resolver de la misma forma que el asunto IES Universidad Laboral: aplicando la doctrina de la sucesión de plantilla por tratarse de una entidad empresarial basada en la mano de obra⁹⁹.

En consecuencia, la cuestión no ha quedado resuelta¹⁰⁰. Prueba de ellos son las numerosas sentencias que siguen considerando el servicio basado en la mano de obra porque es lo único que aporta el contratista cuando la infraestructura es pública. Sin ánimo de exhaustividad, se narran a continuación solo algunos ejemplos, sobre los que cabe seguir subrayando la disparidad de criterios existente entre nuestra jurisprudencia en la medida en que son muy similares a otros servicios revertidos que ya se han examinado a lo largo de este capítulo:

a) STSJ Andalucía, Granada, de 7 de mayo de 2018, rec. 2785/17 (firme ATS 14 de mayo de 2019, rec. 3000/18): de nuevo se entiende que la reversión del servicio del servicio de gestión integral del centro deportivo y campo de fútbol a la Universidad de Almería no produce sucesión de empresa. De acuerdo con el pliego de condiciones la empresa concesionaria se comprometía a realizar las siguientes prestaciones: oferta de actividades deportivas, plan de comunicación, mantenimiento y conservación de las instalaciones, limpieza de salas, piscina, instalaciones y componentes. Las instalaciones comprendían el centro deportivo UAL (con el área de piscina, de sala deportivas, de entrada, sótano, área deportiva, espacio abierto), el campo de fútbol (con el área deportiva, edificio-modulo de vestuarios y espacio abierto) y la explotación de máquinas expendedoras de productos diversos y de material deportivo relacionados con la actividad objeto del contrato público. Con estas circunstancias la sentencia determina que no hay transmisión porque no se ha asumido una parte esencial de la mano de obra, el convenio sectorial no resulta aplicable a la Universidad y sin *“que se haya transmitido a la misma elementos patrimoniales o materiales suficientes para continuar la actividad objeto de la citada concesión”*.

b) STSJ Andalucía, Granada, de 10 de mayo de 2018, rec. 1471/17: conoce el rescate por razones de interés general llevado a cabo por el Ayuntamiento de La Puebla de Cazalla (Sevilla) de la gestión del servicio público de recogida domiciliar de basuras y residuos sólidos urbanos y su transporte al vertedero municipal. Para la prestación del servicio se usaban instalaciones del Consistorio, también los contenedores de residuos situados en la vía pública eran de su propiedad, así como dos camiones de recolectores de basuras que fueron recuperados. Aunque uno quedó obsoleto y fue desguazado, por lo que el Ayuntamiento adquirió dos nuevos y siguió usando el primer camión. El TSJ entiende que no hay transmisión porque esta nada tiene que ver con el

⁹⁹ López Balaguer también pone de relieve que son supuestos distintos: M. LÓPEZ BALAGUER, “Reversión de la contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTs de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016) [Ref. BIB 2018/5868]”, *Nueva Española de Derecho del Trabajo*, n.º 205, 2018, p. 4/8 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 5 septiembre 2018.

¹⁰⁰ En el mismo sentido: A. TODOLÍ SIGNES, “Reversión de servicios públicos y relevancia de los elementos patrimoniales para la sucesión de empresa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2017, rec. 2612/2016”, cit., pp. 226-227.

cambio de titularidad de una concesión, por lo que la única posibilidad de que resulte aplicable la subrogación al caso es que el convenio la imponga, lo que tampoco ocurre.

c) STSJ Castilla y León, Burgos, de 27 de febrero de 2019, rec. 70/19: sobre la reversión de un centro infantil (guardería) para la conciliación de la vida familiar y laboral creado por la Junta de Castilla y León, cuyo fin es atender a los hijos del personal al servicio de la Administración autonómica, y que pasa a ser gestionado directamente por esta. Basta en este caso con reproducir aquí las conclusiones que formula la Sala: “A) *No ha existido transmisión de infraestructura alguna por parte de la empresa cesante en la contrata administrativa a la Junta de Castilla y León; B) Que lo relevante en la concesión, al aportar dicha entidad pública todo el equipamiento necesario para el desarrollo de la actividad, era la prestación de la mano de obra; C) Finalmente, que en la gestión directa del servicio por parte de la Junta de Castilla y León en el centro de trabajo donde prestaba sus servicios la trabajadora demandante en la instancia no se ha asumido por aquella ningún personal que con anterioridad viniera prestando sus servicios para la empresa concesionaria, sino que el servicio se presta con personal propio de la recurrente*”.

d) STSJ C. Valenciana de 22 de mayo de 2018, rec. 1120/18: no aplica el artículo 44 en reversión de la gestión del servicio de Centro de Acogida de Menores desde una Fundación privada a la «Conselleria d'Igualtat i Polítiques Inclusives de la Generalitat Valenciana». Consta que el centro es titularidad de la Administración quien asume, además los gastos derivados de la atención residencial de los menores, los gastos de funcionamiento, mantenimiento y conservación del inmueble y de los bienes muebles, así como la totalidad de su equipamiento. A cargo de la Fundación corren los gastos de personal y de alimentación y vestuario de los menores. Concluye la sala que no hay sucesión de empresas cuando revierte el servicio con su equipamiento y que no es aplicable al caso ni la STJUE ADIF ni las SSTS de 19 de septiembre de 2017 que incorporan su doctrina, puesto que el ERE tramitado por la Fundación impide la asunción de plantilla. Sin decirlo, de nuevo valora la actividad como desmaterializada ya que en otro caso no habría óbice para que entienda aplicable el criterio de la irrelevancia en la titularidad del equipamiento.

C) En fin, la cuestión podría tornarse más compleja ahora tras la STJUE de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle* (asunto C-298/18), en la que una actividad que claramente descansa en equipamiento patrimonial, como es el servicio de transporte por autobús, puede desencadenar una sucesión de empresa en atención a otras circunstancias concurrentes, entre las cuales está la imposibilidad de adquirir dicho equipamiento y la sucesión de una parte esencial de la plantilla.

a) Nuestro Tribunal Supremo ya ha tenido la ocasión de pronunciarse en un supuesto de sucesión de concesionarias del servicio de explotación y mantenimiento de los sistemas de seguridad y control de gestión de túneles del aeropuerto Adolfo Suarez Madrid Barajas. En el caso, la contratista entrante asumió a una parte esencial de la plantilla (17 de 20 trabajadores) pero aportó la infraestructura necesaria cuya relevancia se desprende del alto coste económico que tuvo, pues alcanzó la suma de 192.214,50 € (STS de 24 de septiembre de 2020, rec. 300/18).

El Alto Tribunal continúa considerando que la sucesión de la plantilla no puede determinar la aplicación del artículo 44 ET cuando la actividad descansa en la infraestructura patrimonial, aunque afirma que no desconoce, a la hora de dictar su sentencia, la *“novedosa doctrina del TJUE a la que deberemos sujetarnos”*, aunque descarta su aplicabilidad al caso.

b) En este sentido, destaca cuál es el presupuesto aplicativo de esta nueva jurisprudencia: entiende que la *“premisa fundamental sobre la que descansa”* es que exista un «obstáculo legal» para que la nueva titular del servicio no pueda adquirir los medios materiales necesarios para su explotación. Aunque posteriormente también considera como «presupuesto previo» que los elementos materiales utilizados por la anterior empresa carezcan de cualquier valor económico, y tal caso se admitiría que lo esencial en la actividad es la mano de obra.

c) Siendo esto cierto, considero que la doctrina del TJUE también establece otra premisa cual es que la mano de obra sea cualificada y tenga una experiencia y conocimientos necesarios para el puesto. Así se desprende del apartado 40 del asunto *Grafe y Pohle*, que además es señalado por el Tribunal Supremo en esta última sentencia. En este sentido, el TJUE afirma que la inexistencia de adquisición del equipamiento no es un obstáculo para el mantenimiento de la identidad en tanto que se ha contratado a la mayor parte de los conductores de los autobuses y, *“a este respecto, de los hechos que dieron lugar al litigio principal resulta que el personal contratado por el nuevo operador ejerce funciones idénticas o similares y dispone de cualificaciones y competencias específicas, indispensables para continuar la actividad económica de que se trata sin interrupción”* [el subrayado es mío].

i) En algún caso el TS ya ha estimado que lo relevante en la actividad es la plantilla frente a los activos materiales de la misma cuando aquellas está especialmente cualificada. Por ejemplo, declaró que hubo transmisión por la vía de la sucesión de plantillas en el cambio de empresa pública que recibe la encomienda de gestión de la «Consellería de Medio Rural de la Xunta de Galicia» del servicio de identificación animal, trazabilidad e higiene de las producciones ganaderas. Pese a la presencia de elementos patrimoniales que no fueron transmitidos ente concesionarias públicas (vehículos para desplazarse a las explotaciones ganaderas, ordenadores y otro material informático, medios para la identificación del ganado, teléfonos para recibir los avisos, etc.), apreció la identidad de la entidad económica y que la continuidad del servicio derivó esencialmente de la estructura de personal estable compuesta por el cuerpo de Veterinarios destinado al cumplimiento de los objetivos propios del servicio público, en la que los elementos materiales citados «revisten una consideración totalmente secundaria» frente a la actividad desarrollada por los trabajadores (entre otras, STS de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16).

ii) Aunque en otros casos, como en la sucesión de contratistas del servicio de maniobras de amarre y descarga de petroleros de Monoboyas cuyo es altamente personal cualificado¹⁰¹ y realiza

¹⁰¹ En virtud del contrato se determinó que la contratista debía aportar como personal fijo: un delegado volante, de profesión ingeniero; un Jefe de Obra con amplia experiencia en este tipo de instalaciones; cuatro Técnicos

funciones que requieren una importante especialización¹⁰², determinó que no hubo sucesión de plantilla cuando el nuevo adjudicatario contrató a 6 de los 10 trabajadores (STS de 26 de octubre de 2018, rec. 2118/16). Si bien, es cierto que existía un importante equipamiento técnico que conllevaba una elevada inversión económica y que no fue transmitido entre contratistas, por lo que se consideró que la entidad económica no descansaba en la mano de obra y por tanto no mantuvo la identidad sin el traspaso de dicha infraestructura. Aunque, por otro lado, no se valoró el papel de la Monoboja aportada por la empresa principal –de valor económico también muy elevado– en la realización de la actividad, si era el «objeto pasivo» de la contrata o el «instrumento» que permitía la realización de la actividad.

2. La (infra) valoración de los activos intangibles¹⁰³

Otra de las circunstancias de hecho que debe ponderar el órgano judicial para dirimir si ha habido sucesión empresarial es la transmisión de elementos inmateriales y su valor en el momento de la transmisión. Como ha puesto de manifiesto el TJUE en todas sus sentencias, una entidad económica basada en equipamiento puede estar formada por un amplio conjunto de elementos, entre los cuales, puede haber una gran variedad de activos de naturaleza material (vehículos, edificios, maquinaria, mobiliario, equipos informáticos, etc.), pero también otros de naturaleza inmaterial (patentes, marcas, derechos de propiedad intelectual, fondo de comercio, métodos de trabajo, etc.), y que deben valorarse de forma conjunta. En definitiva, lo determinante es que dichos elementos permitan al cesionario continuar la explotación de una determinada actividad. Este conjunto de factores de producción de muy diversa índole es tenido en cuenta, desde luego, entre la doctrina científica y judicial mercantilista a efectos de la transmisión de la empresa¹⁰⁴. Sin embargo, como se verá, parece que en el ámbito laboral pasan bastante desapercibidos.

Así, podría plantearse la hipótesis de que lo transmitido sea un conjunto de bienes de carácter patrimonial, pero no tangibles. De nuevo, cabe insistir en que la mera ausencia de los elementos materiales no es motivo suficiente para excluir la transmisión. Sin embargo, su ausencia puede dificultar que el órgano judicial considere la actividad basada en equipamiento y conlleve la exigencia de asunción de plantilla por el cesionario para considerar transmitida una entidad económica basada en la mano de obra. Con todo, la delimitación del elemento objetivo del presupuesto de hecho de la transmisión de empresa no puede prescindir de estos elementos que

Subacuáticos, con probada experiencia en este tipo de trabajos (un Jefe de Buceo, un Buceador de Socorro y dos Buceadores, más un Ayudante de Buceo); y un administrativo en las oficinas.

¹⁰² Además de las labores de asistir a las maniobras de aproximación, amarre, desamarre y descarga entre el petrolero y la monoboja, realizaban una serie de operaciones de intervención anticontaminación (vigilar posibles fugas, evitar pérdidas, actuación ante las mismas, etc.), actividades de inspección y mantenimiento de las instalaciones submarinas, mantenimientos de las instalaciones de superficie, etc.

¹⁰³ S. YAGÜE BLANCO, "Reversión de actividades externalizadas en el sector público y sucesión de empresa. Algunas cuestiones en torno a la delimitación del supuesto de hecho", cit., p. 1002 y ss.

¹⁰⁴ Cabe remitir al estudio de la cuestión y a las fuentes que cita: A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*, cit., p. 75 y ss.

cada vez son más frecuentes en las organizaciones empresariales de hoy en día, donde las empresas adquieren un carácter más inmaterial e intelectual¹⁰⁵.

A) En muy pocas ocasiones han sido tomados en consideración por parte del TJUE en el marco de su tradicional valoración de conjunto. Si bien, hay dos asuntos en los que el valor de dichos intangibles era de tal relevancia que fueron determinantes para estimar que la operación fue constitutiva de un traspaso empresarial. La STJUE de 12 de febrero de 2009, *Klarenberg* (asunto C-466/07) reconoció la existencia transmisión de empresa en la adquisición de una entidad económica destinada a la investigación y desarrollo de activos inmateriales en la que la identidad se desprendía de la adquisición de los productos *software* elaborados por la empresa y sus derechos de propiedad intelectual e industrial, así como la tecnología necesaria para su desarrollo. Aunque en este caso, la activación de la Directiva no se produjo solo por la cesión de dichos activos sino también porque la empresa cedente proporcionó a la cesionaria una lista de proveedores y clientes y, sobre todo, se asumieron todos los trabajadores de la empresa cedente. En todo caso, no se trata de una actividad cuya base es el factor humano, sino que se aplica la matriz típica con múltiples factores.

Y, más recientemente, la STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, (asunto C-194/18) ha dado una vuelta a la valoración de dichos elementos intangibles y, esta vez sí, ha aplicado la Directiva a la transmisión de una «entidad económica que descansa en equipamiento inmaterial», sin que se traspasaran elementos materiales (inmuebles, mobiliario, etc.) ni se asumiera a ningún trabajador. En este caso, los factores de producción relevantes fueron instrumentos financieros y activos gestionados para los clientes, la gestión de la contabilidad, servicios de inversión y servicios accesorios, así como la transferencia de la documentación relativa a los servicios y las actividades prestadas a los clientes. Aunque también fue determinante en la resolución del caso la transmisión de la clientela, que va intrínsecamente unida a los activos inmateriales cedidos. En cualquier caso, lo destacable es que, como en el caso anterior, el TJUE descarta que se trate de una entidad económica basada en la mano de obra ni tampoco entiende que esté basada en activos materiales, pese a se utilizaban por el cedente y el cesionario aportó los suyos, pero es que no eran determinantes para apreciar el mantenimiento de la identidad tras el traspaso.

B) Aunque son pocos los precedentes los que hay en la jurisprudencia española en los que se valora la transmisión de activos intangibles, pueden encontrarse algunos supuestos en el marco de la reversión de contratos públicas y en los que se han alcanzado soluciones contradictorias debido a la inadecuada valoración de dichos activos. Así, no es infrecuente que ante la falta de elementos tangibles, la actividad sea considerada como intensiva en mano de obra, a pesar de que sin estos elementos patrimoniales sea prácticamente imposible la continuidad¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Con mayor detalle: *Ibid.*, p. 52 y ss.

¹⁰⁶ STS de 27 de abril de 2015 (rec. 348/15), sobre la sucesión de contratos de servicios de desarrollo de aplicaciones (*software*) del Servicio Andaluz de Salud.

a) Es el caso de la externalización de actividades en las que el concesionario, para prestar el servicio adjudicado, ha de desarrollar y actualizar el software y aplicaciones informáticas necesarias, así como la documentación necesaria para su utilización (código fuente, ficheros de datos, etc.). En estos supuestos, se trata de determinar si la posterior transmisión de dichos activos y los derechos de propiedad intelectual y/o industrial que permiten su explotación o uso pueden ser considerados una unidad productiva con entidad suficiente para permitir la continuidad de la actividad. En sentido afirmativo se ha pronunciado la STSJ Asturias de 21 de marzo de 2017 (rec. 6/17), sobre la reversión del servicio de recaudación de tributos municipal en el que, durante la vigencia del contrato, la concesionaria creó y desarrolló varias aplicaciones, productos informáticos y ficheros valorados en más de un millón trescientos mil euros, necesarios para desempeñar la actividad recaudatoria del Ayuntamiento. Por lo que el tribunal considera que la actividad se basa en dicho equipamiento intangible por *“la relevancia y preponderancia de las ya conocidas aplicaciones informáticas sobre el elemento personal, y la imprescindibilidad de aquellas para poder continuar el servicio que revierte”*. Por lo que no obsta el hecho de que el ente no se haya hecho cargo de la plantilla, contratando nuevo personal mediante convocatoria pública.

b) Pero sobre un supuesto bastante similar, no llega a la misma conclusión la STSJ Islas Baleares de 3 de febrero de 2017 (proc. 7/16) que considera a estos activos *“simples instrumentos para el desarrollo de la actividad”*. Cuestión esta en la que estoy de acuerdo, pero no en el sentido dado por la afirmación de la Sala. Evidentemente son instrumentos para realizar la actividad, pero no son «simples», sino «esenciales» ya que sin ellos no podría llevarse a cabo. Y es que queda constancia en la sentencia de que *“no es un software estándar disponible en el mercado, sino que es un programa hecho a medida para la empresa, que se había ido desarrollando por informáticos contratados por la adjudicataria al hilo de los cambios legislativos o cuando se producían nuevas necesidades organizativas o de gestión”*. Sin embargo, ante la falta de transmisión de otro tipo de activos patrimoniales o de personal, no se apreció transmisión de empresa¹⁰⁷. Tal y como se pone de manifiesto en la sentencia, para resolver el caso el tribunal se basó en un precedente «casi idéntico» en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la reversión del servicio de recaudación de tributos locales que resolvía, entre otras sentencias, la STS de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00. Así, considera igual que en aquellos casos que no concurre el elemento objetivo, ya que el local, el mobiliario y los equipos informáticos se arriendan al ente cesionario solo de forma temporal para facilitar la migración de datos y la formación que ha de recibir el personal designado por el ayuntamiento sobre la correcta utilización del *software*. Pero no se valora el valor económico del *software*, ni la trascendencia que tiene para el desarrollo de la actividad, ni que la formación que presta el personal de la concesionaria cesante a los empleados públicos que asumen la gestión constituya transferencia de *know-how*.

¹⁰⁷ Véase I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Reversión de gestión de tributos locales: de nuevo sobre la aplicación o no del art. 44 ET”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 24-05-2017*), fecha de consulta 25 mayo 2017, en <https://ignasibeltran.com/2017/05/24/reversion-de-gestion-de-tributos-locales-de-nuevo-sobre-la-aplicacion-o-no-del-art-44-et-3-de-4/>.

La sentencia fue recurrida y confirmada en casación por la STS de 2 de octubre de 2018 (rec. 155/17), aunque el Alto Tribunal no entró en valoraciones acerca de la transmisión de empresa, simplemente, se centra en el análisis de la legalidad del despido colectivo y declara la imposibilidad de acumular a esta materia la sucesión de empresa.

Después, la STSJ Islas Baleares de 1 de junio de 2020 (rec. 433/19; firme por inadmisión del recurso: ATS de 25 de febrero de 2021, rec. 2197/20), que resuelve la impugnación de los despidos individuales de los mismos trabajadores y que vuelve a plantear la posible sucesión como cuestión prejudicial a efectos de determinar la procedencia o improcedencia de las extinciones contractuales. La sala reitera los mismos planteamientos que la sentencia de 2017 y recurre de nuevo a los mismos precedentes judiciales del TS de la reversión de tributos locales de los años 2002 y 2003 en los que erróneamente -a juicio de la doctrina y del mío propio- se desestimó la sucesión de empresa. Con todo, contiene algunos elementos que merece la pena destacar.

i) En primer lugar, se analiza el tipo de contrato del sector público utilizado para la externalización del servicio, cuestión que, a juicio de la sala, es "*fundamental para descartar que en el presente caso se haya producido un fenómeno de traspaso de empresa*". Y es que el objeto de aquel era tan amplio que podría haberse enmarcado en un contrato de gestión de servicio público (por la gestión de cobro de multas y exacciones municipales) o un contrato de servicios (por la preparación del cierre del ejercicio y la elaboración de la cuenta general de recaudación). En la prórroga del contrato para el año 2013 se amplió el objeto a "*la colaboración de los procesos de verificación de datos y comprobación limitada llevados a cabo por el servicio de gestión de tributos municipal*". Así, considera la sala que el objeto del contrato público que mejor encaja en el objeto de la contrata es el contrato mixto ex artículo 18 LCSP, cuyo régimen de efectos y extinción se establece en el artículo 122.2 LCSP correspondiente a la regulación del pliego de cláusulas administrativas particulares. A continuación se volverá sobre este aspecto.

ii) Y en segundo lugar, se valora la importancia que tienen estos activos intangibles sobre el conjunto de la actividad económica, con ocasión de que en este segundo proceso hay constancia de que un año después de la reversión el Ayuntamiento adquiere un nuevo *software* por valor de 224.495€. En todo caso, aunque tanto la representación de los trabajadores como la empresa concesionaria recurrentes enfatizan la relevancia de esta herramienta frente al resto de factores de producción para defender el traspaso de la entidad económica, el TSJ descarta el argumento sobre la base de que su utilización ha sido meramente temporal.

c) En cambio, en otras sentencias sobre supuestos similares se ha formulado una valoración de los activos intangibles muy diferente, entendiendo que son el elemento esencial que permite la continuidad de la actividad, además de su valor económico muy superior al de cualquier otro elemento de la organización productiva que se transmite. Así en la STSJ Galicia de 5 de abril de

2011 (rec. 2957/07)¹⁰⁸. En ellas, se estima que concurre el elemento objetivo de la transmisión ya que *“el Ayuntamiento y el empresario citados, acordaron, comprar el primero el material y mobiliario de oficina del recaudador, por la cantidad de 5.533,06€; el equipo informático, por la de 6.700,00 €, y el software y datos, por la de 72.000,00€, de arrendar los locales en que se hallaba situada la oficina; y de incorporar, a partir del 1 de julio de 2005, a los trabajadores de la Recaudación Municipal, como personal laboral del Concello, según contratos laborales de duración determinada”*¹⁰⁹.

d) En este sentido también se ha pronunciado la STSJ País Vasco de 25 de abril de 2017 (rec. 754/17), sobre la asunción directa de un Hospital del servicio de digitalización de historias clínicas previamente externalizado, afirmando que no es un supuesto de transmisión de empresa en la vertiente de sucesión de plantillas por cuanto que *“en el desarrollo del servicio se revela esencial, en contra de lo que sostienen el Juzgado y las demandadas, la transmisión de los medios técnicos con que se realiza la actividad que venía llevando a cabo SSM en el HUC y ello por las siguientes razones: a) si bien es cierto que pueden considerarse no relevantes los cuatro ordenadores y cuatro escáneres, no cabe decir lo mismo del programa informático para la digitalización, pues constituye precisamente el medio imprescindible para poder efectuar la actividad esencial de la contrata; b) por otra parte, el Juzgado no ha valorado que el HUC aporta también otro elemento patrimonial importante, como es el local en el que se desarrolla la actividad”*.

e) Otros elementos que pueden considerarse un activo intangible y que, con frecuencia se han valorado positivamente a la hora de apreciar la activación del artículo 44 ET son los archivos y documentos que contienen información sobre los usuarios del servicio. Principalmente, cuando se trata de expedientes relacionados con datos de salud o clínicos de pacientes, o que contienen información reservada o sensible sobre los usuarios, o que guardan relación con sus derechos y libertades básicas como ciudadanos.

i) En el primer supuesto se enmarcarían las SSTSJ Madrid de 23 de marzo de 2018 (rec. 1294/17) y de 22 de octubre de 2019 (rec. 307/19), sobre la reversión por parte del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) la gestión de un Hospital de Día Psiquiátrico que será encomendado para su gestión directa al Instituto Psiquiátrico José Germain de Leganés. En este caso, si bien no es la única circunstancia de hecho que desencadenaría la transmisión (se recuperan instalaciones, se contrata a 7 de 13 trabajadores), se considera como un indicio privilegiado el traspaso de las historias clínicas de los pacientes, que constituyen un elemento esencial para garantizar la continuidad de la atención psicosocial y sanitaria.

¹⁰⁸ Con cita de las SSTSJ Galicia de 15 de febrero de 2011, rec. 869/07 y de 20 de febrero de 2011, rec. 995/08, entre las mismas partes

¹⁰⁹ En este sentido, consta el elevado valor que tienen estos activos en determinadas actividades en las SSTS de 14 de abril de 2016 (2) rec. 35 y 148/15, sobre un supuesto de externalización de la actividad de desarrollo y operaciones de la empresa Euskatel.

ii) Si bien es cierto que sin el apoyo del traspaso de otros elementos materiales o personales parece más difícil la aplicación de la normativa estatutaria. Por ejemplo, las SSTSJ Extremadura de 14 y 18 de febrero de 2019 (rec. 20¹¹⁰ y 22/19) que valoran la reversión por la Junta de Extremadura del servicio de la ejecución de medidas judiciales no privativas de libertad de menores infractores, llegan a una conclusión diversa entendiendo que no se puede “*considerar elemento esencial y definitorio de la transmisión los propios expedientes remitidos a la Administración Autonómica, que son a su vez remitidos por los Juzgados de Menores, pues ni son propiedad de las codemandadas, ni constituyen, como bien razona la recurrente, per se, la atención al menor y su seguimiento, acompañado de personal, sino una mera documentación y no la actividad en sí misma*”.

C) La propia configuración de los contratos públicos incide indefectiblemente en la transmisión de empresa cuando se trata de algunos activos intangibles como son programas de ordenador o software necesarios para los cometidos propios de las Administraciones Públicas. Cuando estas necesitan proveerse de algún sistema o aplicación informática específica pueden recurrir a la colaboración público-privada mediante diferentes mecanismos.

i) Pueden «adquirir» del mercado estos productos o bien «arrendarlos», con o sin opción a compra, para su utilización. Estas prestaciones son objeto el «contrato de suministros» que regula el artículo 16 LCSP que, además, contempla específicamente en su apartado 3.b) como tipo de contrato de suministro aquel que tenga por objeto “*la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición*”. Ahora bien, el mismo precepto excluye de su ámbito de aplicación la “*adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida*”.

ii) Este tipo de *software* desarrollado a medida será objeto del «contrato de servicios» (art. 17 LCSP) en la medida en que canaliza jurídicamente “*prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario*”. Por tanto, si se trata de adquirir o arrendar un tipo de programa de ordenador existente en el mercado el mecanismo contractual será el de suministro, pero si se trata del desarrollo de una aplicación informática específica habrá que recurrir al contrato de servicios.

iii) Todavía puede ser que, en uno u otro caso, además de las prestaciones objeto de cada contrato –una aplicación informática adquirida o desarrollada– se encargue al mismo sujeto privado la prestación de un servicio encuadrable en el contrato de servicios (art. 17 LCSP) o en el «contrato de concesión de servicios» (art. 15 LCSP), cuya diferencia esencial a efectos de su encuadramiento consistirá en la asunción del riesgo operacional en la actividad. En cualquier caso, cuando el objeto del contrato público contenga prestaciones correspondientes a diversos tipos de

¹¹⁰ Firme: ATS 10 de diciembre de 2019, rec. 1574/19.

contratos administrativos (contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios) se aplicará la regulación prevista para los «contratos mixtos» (art. 18 LCSP), para los cuales se exige como requisito que las prestaciones que incluya estén vinculadas entre sí o mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de necesidades del ente público (art. 34.2 LCSP).

Debe señalarse que para que las prestaciones del contrato en las actividades que se han analizado en los asuntos judiciales sobre reversión (digitalización y desarrollo de aplicaciones para servicios sanitarios, colaboración en la recaudación tributaria, etc.) fueran objeto de un contrato de concesión de servicios con asunción de riesgo operacional, la contrapartida del contratista debería estar constituida por el derecho a explotar el servicio objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado de la percepción de un precio (art. 15.1 LCSP). Dicho con otras palabras, sería un contrato de concesión de servicios si el concesionario obtuviera sus ingresos mediante el cobro de la prestación de sus servicios al usuario, paciente, consumidor, etc. Así las cosas, podría celebrarse un contrato mixto cuando tras la adquisición o arrendamiento del uso de un programa informático existente en el mercado el adjudicatario se comprometiese a prestar alguno de los servicios antes prestados.

En cambio, estaríamos de pleno en el ámbito del contrato de servicios cuando además del desarrollo del software el objeto del contrato también lleve la prestación de un servicio vinculado sin asumir el riesgo operacional, esto es, cuando el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario (art. 17.1 LCSP). Es decir, no sería un contrato mixto sino que se aplicaría únicamente el régimen del contrato de servicios en tanto que las dos prestaciones de hacer contratadas caen dentro del ámbito de aplicación objetivo del mismo.

En cualquier caso, el artículo 18 LCSP, que delimita el régimen jurídico de los «contratos mixtos», remite al artículo 122 LCSP, destinado a regular los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Este precepto, en su apartado segundo, prevé que el pliego detallará el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Se especifica también que el pliego podrá prever la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308. Es decir, sin perjuicio de que el programa informático sea encuadrable en el contrato de servicios porque haya sido desarrollado *ad hoc* para la Administración.

Completando el círculo, el artículo 308.1 LCSP dispone que *“los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante”*. Es decir, conlleva la transmisión de todos los derechos asociados al software

desarrollado que permite su plena explotación¹¹¹. Sin embargo, el precepto señala que el pliego de cláusulas administrativas o el documento contractual pueden disponer otra cosa, esto es, puede arbitrar una exclusión de la cesión de derechos de propiedad intelectual, lo cual no impedirá que el órgano de contratación pueda, en todo caso, autorizar el uso de dicho *software* a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.

Así pues, retomando la incidencia que el contrato público puede tener en la transmisión, tal y como se ponía de manifiesto la STSJ Islas Baleares de 1 de junio de 2020 (citada), cuando el programa sea desarrollado de forma específica para la prestación del servicio público externalizado –situación que ocurría en el asunto– necesariamente se aplicarán los efectos previstos en el artículo 308 LCSP. Debe apuntarse que la regulación contractual bajo la vigencia del TRLCSP-2011 era prácticamente idéntica. La única peculiaridad reside en el extinguido «contrato de gestión de servicio público» (art. 8) cuya prestación anexada al desarrollo del *software* objeto del «contrato de servicios» (art. 10) podían conformar un «contrato mixto» (art. 12). Y es que la anterior configuración de los contratos mediante los que se puede encauzar una actividad pública constitutiva de un servicio no era la asunción del riesgo operacional, sino el que el servicio fuese prestado al público (contrato de gestión de servicio público) o a la propia Administración (contrato de servicios). En cualquier caso el régimen y efectos de este contrato mixto era similar a la luz del artículo 115 TRLCSP-2011, y en cuanto a la transmisión de los derechos de propiedad intelectual el artículo 301.4 TRLCSP-2011 preveía la misma ordenación normativa.

En todo caso, sí que es cierto que tanto la LCSP-2017 como el TRLCSP-2011 determinan que será el pliego el que delimite si se produce una transmisión de los derechos de explotación o una mera cesión de su uso. En el asunto enjuiciado ocurría esta segunda situación. Por consiguiente, la cuestión conflictiva en este punto consistiría en dirimir si la transmisión del «uso temporal» de una empresa, un centro de trabajo, una unidad productiva autónoma o de los factores de producción esenciales que pueden componer cualquiera de las anteriores nociones permite entender que se mantiene la identidad de la entidad económica transmitida.

3. Vicisitudes en torno a la continuidad de la actividad¹

Desde los primeros estudios, un parte de la doctrina científica venía considerando que no debería ser trascendental para aplicar las previsiones sobre transmisión de empresas que hubiese una efectiva continuación de la actividad, sino que bastaba con que el nuevo empresario estuviese en disposición de continuarla por haber recibido del anterior todo el conjunto de factores de producción necesarios para ello². Y es que, la institución en su origen partía de una noción

¹¹¹ Sobre la faceta económica o de explotación de los derechos de autor, incluidos los relativos a la creación de *software*, véase S. YAGÜE BLANCO, *Cláusulas de cesión de derechos de propiedad intelectual en los convenios colectivos laborales*, Tirant lo Blanch, València, 2017, p. 20 y ss.

¹ S. YAGÜE BLANCO, “Reversión de actividades externalizadas en el sector público y sucesión de empresa. Algunas cuestiones en torno a la delimitación del supuesto de hecho”, cit., p. 1004 y ss.

² Por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa”, *RDT*, n.º 39, 1960, p. 37. J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular

mercantilista de empresa que entendía que la misma debe funcionar y que no hay empresa si su actividad ha cesado y ya no está en marcha, pero el requisito fue matizándose para permitir la aplicación de la normativa a los supuestos de interrupción temporal de la actividad, evitando de este modo que una exigencia estricta del requisito de la continuidad favorezca el fraude de Ley impidiendo la aplicación de las garantías laborales que ordena³.

Deben triangularse estas interpretaciones con las especialidades de los contratos públicos y concesiones administrativas. Y es que la vocación de permanencia de la adjudicación de ciertas actividades o servicios llevan a la lógica conclusión de que a lo largo del tiempo puedan tener lugar numerosas vicisitudes modificativas del titular de la misma⁴. Y dichas modificaciones pueden acarrear numerosas incidencias sobre la continuidad de la actividad.

La jurisprudencia interna nunca ha sido pacífica sobre este tema desde los primeros pronunciamientos sobre la LCT, pues ha acogido tres posturas diferentes que se reproducen y que tienen cierta continuidad en el tiempo hasta hoy día: se exige la continuidad como requisito operativo para el traspaso (3.3); se admite su matización ante supuestos de interrupción temporal o se prescinde del requisito de continuidad (3.2); y se impone la subrogación ante un simple cambio de titularidad con recuperación de la infraestructura necesaria para su desarrollo, aunque no se continúe la explotación (3.1).

3.1. Continuación efectiva de la actividad vs. mera posibilidad de continuar

A) En efecto, entre la jurisprudencia nacional más antigua se observan dos líneas interpretativas que podrían considerarse contrarias. La primera exige como requisito *sine qua non* para aplicar la norma sucesoria la continuación de la actividad tras la transmisión, de modo que si tras el cambio de titularidad de los bienes de la empresa esta no es continuada no se activan las garantías laborales⁵. La segunda, parece que algo más reciente, entiende que debe imponerse la subrogación ante un simple cambio de titularidad con recuperación de la infraestructura necesaria para su desarrollo, aunque no se continúe la explotación⁶. Si bien podría pensarse que se trata de un cambio de criterio jurisprudencial mediante el que la última lectura de la norma supera a la anterior, lo cierto es que no es así, pues esta disparidad se reproduce en asuntos recientes y tiene especial incidencia en las transmisiones que se estudian en este trabajo.

y las transformaciones de la empresa”, cit., p. 67. F. DURAN LÓPEZ, “La continuidad de las relaciones de trabajos y la responsabilidad por las deudas laborales en la transición de empresa”, cit., p. 77. I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 17.

³ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 241-249.

⁴ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, cit., p. 35.

⁵ SSTs de 15 de junio de 1940; de 8 de mayo de 1943; de 18 de enero de 1943; de 24 de febrero de 1944; de 27 de junio de 1968.

⁶ SSTs de 19 de enero de 1977; de 7 de julio de 1978; de 28 de diciembre de 1978; de 29 de marzo de 1985; de 3 de octubre de 1984; de 9 de octubre de 1984; de 27 de octubre de 1986.

B) En efecto, en la actualidad se viene entendiendo que la simple reversión de medios no implica la transmisión de empresa y subrogación del empresario en los derechos y obligaciones del anterior. Así lo determinó el Tribunal Supremo en la reversión de la Escuela Municipal de Música que acabó llegando al TJUE a través del asunto *Colino Sigüenza*⁷. Y es que, además de la transmisión se requiere que se continúe prestando la actividad. En este sentido, también en asuntos muy recientes, viene defendiendo *“que mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas —tratándose de contrataciones administrativas— cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues «esta circunstancia como es lógico obsta [...] que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44ET» que pueda imputarse a la Administración Pública*”. Esta no continuación de la actividad impidió que operara el mecanismo subrogatorio en los dos casos de reversión de la explotación de negocios de hostelería a dos organismos públicos que ya hemos hecho referencia antes, uno la cafetería de la Intervención General del Estado dependiente del Ministerio de Hacienda y AAPP, y otro, del Palacio de Congresos de Madrid, adjudicado por el Instituto de Turismo de España de la Secretaría de Estado del Ministerio de Industria, Energía y Turismo⁸.

Podríamos afirmar que esta línea interpretativa se ajusta plenamente a la doctrina del TJUE. En efecto, ni siquiera haría falta citar ningún asunto en particular, porque en todas sus sentencias reitera que el criterio decisivo o la premisa para considerar que la entidad mantiene su identidad es que el nuevo empresario continúe, prosiga o reemprenda efectivamente la explotación⁹. Por tanto, la continuidad de la actividad es el punto de partida, a partir del cual procede analizar la totalidad de circunstancias fácticas que hayan caracterizado la operación para constatar si la entidad económica —el conjunto de medios organizados— empleada es la misma antes y después del cambio de empresario. En cambio, si la actividad no es continuada, no debería sostenerse el mantenimiento de la identidad por la mera adquisición de determinados elementos patrimoniales.

De hecho, mayoritariamente las sentencias del Tribunal Supremo, acogiéndose a la jurisprudencia comunitaria entienden que el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida «continúe efectivamente» o que luego «se reanude» (STS de 10 de mayo de 2013, rec. 683/12, entre otras).

C) Sin embargo, también hay un criterio considerablemente antiguo que también viene reproduciéndose hasta la actualidad y que razona que *“lo decisivo, para que exista subrogación, no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa,*

⁷ STS de 17 de noviembre de 2014, rec. 79/14.

⁸ STS de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 19 de mayo de 2015, rec. 358/14. En el mismo sentido también la reciente STS de 4 de octubre de 2017, rec. 2389/15, sobre la posible reversión de una estación de servicio al arrendador y propietario. Aunque se trata de un contrato mercantil entre privados, el tribunal fundamenta el fallo aplicando la doctrina de la sala para los supuestos de reversión de servicios públicos. Igualmente, en suplicación y para el ámbito público, entre otras: SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 8 de enero de 2007, rec. 3723/05; de Cataluña de 9 de octubre de 2012, rec. 4409/12

⁹ J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, “Aspectos laborales de la reversión de servicios públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 407, 2017, p. 7.

cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo". Esta posibilidad se tiene desde el momento en que se adquiere la totalidad del conjunto de medios empleados para el desarrollo de la actividad por el anterior empresario. Entender lo contrario *"supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el «substratum» objetivo de la empresa"*. Así lo formuló el TS ante la reversión de la concesión de un centro de atención a mujeres víctimas de violencia de género¹⁰ o ante la reversión del arrendamiento de un hotel de titularidad municipal¹¹.

Todas ellas seguían el camino iniciado por las SSTS de 26 de mayo de 1987 y de 20 de julio de 1988. La primera, sobre el cierre de un servicio de comedor de una empresa privada adjudicado a una contratista, sin que la principal continuara la actividad por su propio interés, impidiendo de facto la existencia de una nueva empresa que explotara el servicio y se subrogue. Por tanto, la situación fáctica fue considerada como una reversión de titularidad y subsiguiente subrogación empresarial, pues la rescisión del contrato había de llevar consigo la devolución de lo que fue objeto del mismo (arts. 1295 y 1561 Código Civil). Así pues, concluía que *"no puede enervar el mecanismo de la sucesión de empresas la no continuidad de la actividad o cierre, ya que si así se estableciera se podría llegar a que, sin trámite legal alguno, pudiese, quien se valiese de tal figura jurídica, desprenderse de la plantilla y recuperar los bienes que constituyeran el sustrato básico de la empresa"*. En conclusión, no considera *"admisible que se condicione la sucesión empresarial a la continuidad de los servicios o actividades que revierten, pues ello podría entrañar posible camino para el fraude legal, al dejar pender el cumplimiento del contrato de trabajo de la exclusiva voluntad de una de las partes contratantes"*. Por su parte, la segunda sentencia versa sobre la reversión de la concesión del servicio de cafetería de un hospital público que permanece cerrado hasta nueva adjudicación y en la que también se entiende que en tanto que se tiene nueva concesionaria la entidad pública debe ser la sucesora legal de la empresa.

Se garantizaba así el objetivo perseguido por la normativa sucesoria laboral. No obstante, pese la antigüedad de esta línea interpretativa, sigue plenamente vigente y es invocada en resoluciones más recientes sobre supuestos de reversión de contratos en el sector privado¹². Por ejemplo, así ocurre en la reciente STSJ Asturias de 2 de marzo de 2021 (rec. 186/21), con cita de los antiguos precedentes citados, en la reversión de la cafetería del Club de fútbol Real Sporting de Gijón, sin que continúe con el servicio. En tiende la sala que la Sociedad Deportiva *"ha podido*

¹⁰ STS de 5 de febrero de 1991.

¹¹ STS de 16 de mayo de 1990.

¹² Incluso TS emplea este criterio para negar la contradicción en el ATS de 4 de noviembre de 2014, rec. 3141/13, sobre un supuesto en el que no se reanuda una explotación hotelera tras su reversión al propietario de la misma; En el mismo sentido: SSTSJ Galicia de 24 de abril de 1996, rec. 1699/96; Castilla La Mancha de 13 de marzo de 1996, rec. 998/95; y más recientemente: Castilla y León, Valladolid, de 6 de febrero de 2017, rec. 2245/16; Andalucía, Sevilla, de 14 de diciembre de 2017, rec. 3767/16, entre otras.

asumir la explotación del servicio de cafetería” al recuperar la entidad económica, por lo que “su negativa a ello no puede afectar a los derechos laborales de la accionante”.

Pero donde mayor expansión ha tenido esta doctrina es en la reversión de actividades y servicios públicos. Por citar solo algunos ejemplos de entre las numerosas sentencias existentes, se ha aplicado en la reversión a un Ayuntamiento de la infraestructura necesaria para explotar el servicio de estacionamiento de la O.R.A., sin que sea óbice que no continúe el servicio¹³; y en la sentencia que aprecia la transmisión de empresa en la recuperación de las instalaciones vinculadas a la gestión y explotación de un campo de golf municipal, que meses más tarde se volvió a adjudicar¹⁴; y en la reversión de un camping al Ayuntamiento que permaneció cerrado¹⁵; o en la reversión del equipamiento del servicio de restaurante y cafetería del Palacio Municipal de Congresos de Madrid, al que declara expresamente aplicable dicha doctrina (eso sí, con un Voto Particular)¹⁶; o cunado una empresa pública, dependiente de una Consejería de la Comunidad de Madrid, recupera el servicio de clasificación y transferencia de residuos de construcción, que decide no continuar tras quedar desiertos dos expedientes de adjudicación¹⁷.

Más recientemente se ha recurrido a esta doctrina para declarar la existencia de sucesión de empresas en la reversión del contrato de arrendamiento de industria de un aparcamiento celebrado por el Ayuntamiento de Alcorcón, en la que se ha valorado como irrelevante que se proceda al cierre tras firmar el acta de reversión del inmueble (STSJ Madrid de 27 de septiembre de 2019 (rec. 289/19); y en la multitud de sentencias relacionadas con la reversión de la gestión y explotación de un centro ecuestre de titularidad municipal, y a pesar de que no continúen prestándose las actividades, de modo que la falta de subrogación constituye despido improcedente imputable al Ayuntamiento cesionario (SSTSJ Asturias de 13 de marzo de 2018, rec. 3221/17; de 22 de marzo de 2018 (6), rec. 3282/17, 117, 181,182, 263 y 297/18; de 10 de abril de 2018, rec. 429/18; de 29 de junio de 2018, rec. 360/18).

A mi entender esta mayor implantación de la doctrina analizada en el marco de las actividades externalizadas por las AAPP se debe a la creencia, generalmente extendida, de que las actividades prestadas se corresponden con servicios públicos que deben prestarse con continuidad a la ciudadanía¹⁸. Y es que las notas esenciales que definen el especial régimen jurídico de prestación del servicio público son la continuidad, asequibilidad, calidad e igualdad¹⁹. Pero no todas las actividades que prestan las administraciones son necesariamente declaradas

¹³ STSJ Murcia de 5 de octubre de 1998, rec. 1046/98.

¹⁴ STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 31 de marzo de 2015, rec. 706/14.

¹⁵ STSJ Castilla y León, Burgos, de 7 de julio de 2011, rec. 357/11.

¹⁶ STSJ Madrid de 4 de diciembre de 2012, rec. 52/12.

¹⁷ STSJ Madrid de 29 de abril de 2016, rec. 1/16.

¹⁸ En este sentido: J. L. MONEREO PÉREZ Y OTROS, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, cit., p. 49.

¹⁹ Por todos, véase D. BLANQUER CRIADO, *La concesión de servicio público*, cit., p. 105 y ss.; J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, cit., p. 37; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 81 y ss.

como servicio público y con competencia legalmente atribuida o impuesta a un ente público. En ocasiones, dicho ente, especialmente en el ámbito local, puede asumir la prestación de una actividad en régimen de servicio público por considerar que la misma tiene un interés general pero que no está obligado a mantener por cuanto que la Ley no se lo exige²⁰. En estos casos, al igual que con las actividades externalizadas que no sean prestadas a la ciudadanía sino que satisfagan necesidades internas del propio ente (limpieza, seguridad, etc.), no tiene la obligación de continuar su prestación, pudiendo cesarla o suspenderla tras la extinción del contrato público, recuperando la infraestructura patrimonial cedida previamente si es el caso.

Así, cabe distinguir entre servicios públicos cuya cesación deviene imposible so pena de quebrantar el interés general de la ciudadanía²¹, de aquellos otros en los que el ente tiene mayor libertad por no ser un servicio de prestación obligatoria. En el primer escenario la reversión se realiza precisamente para continuar la prestación directa del servicio público a la ciudadanía, dado su carácter esencial, lo que debe entenderse como un indicio de continuidad y, en consecuencia, de mantenimiento de la identidad de la unidad traspasada. Y es que, como se ha puesto de manifiesto, el principio de continuidad del servicio y, por ende, de la concesión, conlleva que no pueda interrumpirse en ningún caso, salvo supuestos de fuerza mayor. Por tanto, ha de recurrirse a diversas técnicas que garanticen la no suspensión o interrupción, entre ellas, la subrogación de un nuevo titular de la actividad que asuma las prestaciones frente al ciudadano²².

Así lo establece el artículo 312.b LCSP respecto a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas en favor de la ciudadanía, en la que el adjudicatario queda obligado a *“prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados”*. Y en el mismo sentido, el artículo 288.a LCSP, pero referido al contrato de concesión de servicios que, además añade que *“en caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato”*.

Debe de contemplarse además, que la figura del rescate de la explotación de la obra objeto de la concesión, de la concesión del servicio o del contrato de servicios cuyo objeto es la prestación

²⁰ Véase J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 10/32 pdf descargado. J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, cit., p. 36.

²¹ STSJ Islas Baleares de 1 de junio de 2020, rec. 433/19.

²² S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, cit., p. 35.

de un servicio público, se acuerda por razones de interés general y para garantizar la continuidad de la actividad mediante la gestión directa pública, por lo que cada vez que se aplique esta figura el presupuesto de la continuación de la actividad por la Administración reversora se cumple.

Pero en el segundo caso, por más que las actividades hayan sido dispensadas tradicionalmente por la Administración no puede entenderse que quede obligada a su prestación con independencia de cualquier circunstancia de hecho que haya motivado su cese, por ejemplo, la coyuntura económica²³. Así lo determinó el Tribunal Supremo en la STS de 17 de noviembre de 2014, rec. 79/14. Ante la impugnación del despido colectivo de los trabajadores, entendió que no hubo sucesión de empresa por falta de continuación de la actividad, en la medida en que el servicio público de Escuela de Música Municipal no era de prestación obligatoria conforme al artículo 26 de la Ley de Bases de Régimen Local, y que las extinciones contractuales se produjeron por causas económicas debidamente acreditadas. Por tanto, el Ayuntamiento no continuó la actividad cuando se produjo un abandono unilateral del anterior concesionario dos meses antes de que finalizara el curso escolar, pero igualmente revirtieron a manos públicas las instalaciones y mobiliario necesarios para la prestación del servicio.

En consecuencia, imponer en todo caso la subrogación de la plantilla y de todos los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social derivados parece una consecuencia desproporcionada cuando no se va a continuar la actividad porque así lo permite la Ley²⁴. Desde luego, la jurisprudencia comunitaria no exige tal consecuencia. Otra cosa es, como se tratará seguidamente, que tras una breve pausa o interrupción, la prestación del servicio se reactive, bien por la Administración, bien por una nueva empresa contratista.

Es participe de esta opinión MAURI MAJÓS, que señala que esta exigencia de la continuidad que es «invertida» y «matizada» para los supuestos de reversión o rescate de concesiones públicas resulta muy discutible y acarrea importantes consecuencias jurídicas, como presuponer que el acto de extinción del servicio se basa en el interés propio de la administración y no en el interés general, afectando a los criterios de estabilidad financiera y sostenibilidad presupuestaria, o también que tiene el efecto de condicionar la potestad organizativa de las AAPP²⁵.

C) Por último, para zanjar este ítem de valoración, conviene reparar en que el Tribunal de Justicia recientemente ha matizado su doctrina previa respecto a la continuación efectiva de la

²³ La STS de 23 de septiembre de 1997 (rec. 300/97) entiende que la supresión de entidades y sus actividades no determina sucesión si no hay continuación de la actividad, aunque haya transmisión parcial de bienes. Aunque no debe perderse de vista que esta misma circunstancia, la supresión de entidades públicas, en muchos supuestos no puede implicar la extinción de los contratos porque normalmente las actividades son continuadas por otro ente del sector público (STS de 24 de junio de 2014, rec. 219/13).

²⁴ En sentido contrario: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]", cit., p. 6/25 pdf descargado. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 68.

²⁵ J. MAURI MAJÓS, "Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal", *Cuadernos de derecho local*, n.º 17, 2017, p. 91.

actividad²⁶. En efecto, la STJUE de 13 de junio de 2019, *Ellinika Nafpigea* (asunto C-664/17), resuelve un asunto en el que una sociedad pública que desarrollaba cuatro líneas de actividad es privatizada (2002), y poco después de ello constituye una filial a la que transfiere una de sus actividades: la construcción y reparación de vehículos ferroviarios. En 2006 la primera sociedad y su filial celebran varios contratos de diversa índole (arrendamiento, venta, etc.) por el que la primera cede a la segunda los factores de producción necesarios para desarrollar la función transferida. Y en 2007 celebran entre ambas un acuerdo marco por el que se acuerda la liquidación de la filial con fecha de efectos de 30-09-08, asumiendo la matriz el coste de los despidos.

Los trabajadores impugnan considerando que el verdadero objeto de la transmisión era suprimir la actividad y, con ella, sus puestos de trabajo. De nuevo, desvinculándose de las conclusiones del Abogado General, el TJUE entiende que el artículo 1 de la Directiva se aplica a la transmisión de una unidad de producción cuando el cedente, el cesionario o ambos, actúan con vistas a que el cesionario continúe la actividad pero también a la desaparición del cesionario en el marco de una liquidación (ap. 72). Y es que entiende que del artículo 1.1.b que reza que la transmisión se realiza “*a fin de llevar a cabo una actividad económica*” no puede inferirse que dicha continuación deba ser ilimitada en el tiempo, ni que pueda el cedente, cesionario o ambos tener la intención de hacer desaparecer al propio cesionario tras haber desarrollado la actividad. Esta nueva lectura de la disposición comunitaria quedaría corroborada –a juicio del TJUE– por el hecho de que el artículo 5 Directiva 2001/23/CE, prevé la posible inaplicación de las garantías comprendidas en los artículos 3 y 4 de la misma cuando el cedente esté inmerso en un procedimiento de quiebra o insolvencia con vistas a la liquidación de sus bienes “*en el momento de la transmisión*”. Pues bien, solo este presupuesto permite excluir las garantías referidas, y en el caso enjuiciado no se cumple, sino que el cese de la actividad “*solo se contempla para el futuro*”. Con todo, sí que advierte que este tipo de transmisiones no pueden llegar a constituir una desviación por parte de las empresas implicadas para disimular la verdadera intención de liquidar la entidad transmitida sin tener que asumir sus repercusiones financieras. Por ello, “*es preciso recordar el principio general del Derecho de la Unión en cuya virtud la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho de la Unión*”. En tal caso, “*debe denegarse la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión cuando se invoquen no para alcanzar los objetivos de las disposiciones en cuestión sino con el fin de disfrutar de una ventaja del Derecho de la Unión aunque los requisitos establecidos al respecto se cumplan solo formalmente*” (ap. 50 y 51). Esto es, se trata de evitar que la transmisión se realice en fraude o abuso de ley con el fin de burlar las garantías laborales de la institución sucesoria y de eludir las consecuencias económicas derivadas de los despidos de la plantilla²⁷.

²⁶ A. VICENTE PALACIO, “De nuevo sobre el alcance del concepto de transmisión de empresa a la luz de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 5, 2019, p. 8/9 pdf descargado, fecha de consulta en la web del BOE el 5 diciembre 2019.

²⁷ *Ibid.*

3.2. Suspensión o paralización de la actividad

A) Como ya se apuntó al inicio la exigencia operativa de continuar la actividad para aplicar la norma sucesoria pronto admitió cierta matización o graduación ante supuestos de interrupción temporal en los que se prescinde del requisito de continuidad²⁸. Por ejemplo, respecto a ciertos arrendamientos de servicios el Tribunal Supremo determinó que no era preciso que se encontraran en funcionamiento, bastando que todos los elementos que conformaban la empresa se encontrasen coordinados, de forma que solo se precise su puesta en marcha para ejercer la actividad empresarial²⁹. También en casos en que se extingue el contrato y recupera el arrendador la explotación tras una interrupción de la actividad³⁰.

Igualmente, se ha aplicado en supuestos de inactividad entre la finalización de una concesión y el comienzo de la siguiente³¹. Incluso, en algunos asuntos judiciales –aunque no de reversión de contratas– se efectúan valoraciones acerca de cómo el tiempo transcurrido desde el cese de la actividad hasta su reanudación influye sobre el mantenimiento de la identidad. En este caso, tras apuntar que no existe un parámetro legal que permita determinar con certeza a partir de cuándo ya no se produciría una transmisión de empresa si se reanuda la explotación, se enfatiza que deben atenderse igualmente a los elementos fácticos que caracterizan la operación. Por ejemplo, en el caso que se comenta, se valoró que la paralización de la actividad durante un lapso considerable de 11 meses sirvió para reformar y adaptar el negocio; o que los bienes o servicios ofrecidos fueran solo relativamente precederos; así como que se conservaran las relaciones con los proveedores y, sobre todo, el mantenimiento de clientela aprovechando el bagaje de la empresa anterior clausurada. Se afirma, con acierto, que el tiempo de inactividad es un elemento que juega en contra del mantenimiento de la clientela, pues esta puede entender que ya ha desaparecido la empresa o entidad económica³².

B) Mayor dificultad puede presentar, incluso, una situación en la que la actividad se suspende durante un periodo de tiempo y después se reanuda por la propia Administración comitente o se vuelve a adjudicar a otro concesionario.

En este punto vuelve a ser necesario traer a colación el caso de la Escuela de Música Municipal recién citado, pues, al tiempo de resolverse la impugnación individual de los despidos,

²⁸ STS de 22 de enero de 1961.

²⁹ SSTS de 20 de marzo de 1950; de 14 de febrero de 1952; de 30 de noviembre de 1950; de 31 de marzo de 1951; de 4 de julio de 1957; de 10 de diciembre de 1973; de 1 de octubre de 1973.

Con mayor detalle: I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 29-33.

³⁰ La STCT de 18 de diciembre de 1973 determinaba que “*al revertir el negocio arrendado, si no hubo continuación de la explotación, lo fue simplemente porque la recurrente no quiso hacerlo, pues el negocio estaba funcionando en el momento mismo de la entrega a esta y pudo o debió continuar en tal situación, sin perjuicio de que volviera a arrendar o ceder a un tercero dicho negocio, pero no paralizar sus actividades sin antes haber obtenido la preceptiva autorización para el cierre de la Delegación de Trabajo, y siendo esto así efectivamente se dan los preceptivos supuestos para la aplicación del artículo 79 LCT*”.

³¹ STSJ País Vasco de 5 de noviembre de 1992, rec. 1220/90.

³² STSJ Extremadura de 9 de marzo de 2005, rec. 13/05.

el Ayuntamiento ya había adjudicado el servicio a otra empresa que lo reanudó cinco meses más tarde sin hacerse cargo de la anterior plantilla (el anterior concesionario abandonó el servicio dos meses antes de acabar el curso escolar y la nueva adjudicación se realizó tras el periodo estival). En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León³³ consideró que la cuestión de si la interrupción temporal de la actividad entre la concesionaria saliente y la nueva adjudicataria no quedaba especialmente clara ni en la jurisprudencia comunitaria ni en la española, por lo que elevó una cuestión prejudicial ante el tribunal de Luxemburgo para que resolviera hasta qué punto el cese temporal de la actividad determina que no existe transmisión de empresa o de centro de actividad. Además, dada su conexión con la duda planteada, también solicitó que aclarara cuándo ha de considerarse que el despido de los trabajadores del primer contratista se ha producido por “razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo”, o si, por el contrario, la causa del mismo es la propia transmisión tal y como expresamente prohíbe la Directiva. También era un dato relevante para la resolución del caso que, al tiempo de sustanciarse estos nuevos procedimientos judiciales, ya se había conocido en sede contencioso-administrativa que el desequilibrio económico que motivó los despidos fue causado por un incumplimiento contractual del ente local³⁴.

Las premisas jurisprudenciales que podrían manejarse para resolver un supuesto de estas características por el TJUE eran las siguientes: 1) que ha admitido en diversas ocasiones que hay traspaso de empresa aun cuando la actividad hubiera cesado y no existiera personal en el momento de la transmisión³⁵; 2) aunque también ha precisado que la finalidad de la Directiva es el mantenimiento de las relaciones laborales vigentes en la fecha de la transmisión³⁶; 3) además, nada impide que cedente y/o cesionario puedan adoptar extinciones contractuales por razones económicas, técnicas u organizativas que impliquen cambios en el plano del empleo, y sin que estas deban quedar afectadas por una eventual transmisión posterior³⁷; y 4), sin embargo, los trabajadores despedidos por la mera causa del traspaso, deben considerarse empleados de la empresa en el momento de perfeccionarse aquel, por lo que se entiende “*que el contrato de trabajo de la empresa despedida ilegalmente poco tiempo antes de la transmisión aún subsiste con respecto al cesionario, incluso si después de la transmisión de empresa éste no se ha hecho cargo del trabajador despedido*”. En consecuencia, estos trabajadores pueden invocar frente al nuevo empresario la ilegalidad del despido.

Por su parte, el Abogado General (Sr. Evgeni Tanchev) consideró que, en el momento de la transmisión, la organización empresarial del cedente había dejado de existir, de modo que no

³³ ATSJ Castilla y León, Valladolid, de 12 de mayo de 2016, rec. 231/16.

³⁴ SSTSJ Castilla y León, Valladolid, (contencioso-administrativo) de 28 y 31 de octubre de 2014, rec. 186 y 339/14, entre otras.

³⁵ Por ejemplo, SSTJUE de 18 de marzo de 1986, *Spjikers*, asunto C-24/85; de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86; de 15 de diciembre de 2005, *Nurten Güney-Görres y otros*, asuntos C-232 y 233/04; de 6 de marzo de 2014, *Lorenzo Amatori*, asunto C-458/12.

³⁶ Entre otras: STJUE de 15 de junio de 1988, *Bork International*, asunto C-101/87; de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16.

³⁷ STJUE de 12 de marzo de 1998, *Dethier Équipement*, asunto C-319/94).

había una entidad económica que pudiera haberse transmitido al cesionario. Sin embargo, el Tribunal (STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17) recuerda que, incluso en supuestos en los que la actividad ha estado suspendida “solo por algunos meses” se ha concluido que hay sucesión de empresa³⁸, pues con mayor motivo no puede enervar esta conclusión si en este caso la suspensión ha coincidido con los tres meses de vacaciones escolares. Por tanto, concluye que puede quedar incluida dentro del campo de aplicación de la Directiva “una situación, como la controvertida en el litigio principal, en la que el adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música, al que el Ayuntamiento había proporcionado todos los medios materiales necesarios para el ejercicio de esa actividad, la finaliza dos meses antes de terminar el curso académico, despide a la plantilla y restituye dichos medios materiales al citado Ayuntamiento, que efectúa una nueva adjudicación solo para el siguiente curso académico y proporciona al nuevo adjudicatario los mismos medios materiales” (ap. 46). Si bien, dadas las circunstancias del caso, considero que las extinciones obedecieron a causas económicas, técnicas u organizativas en el sentido del artículo 4.1 Directiva, por lo que la nueva concesionaria no tenía la obligación de subrogar a la plantilla³⁹.

C) La doctrina asentada en esta sentencia ha sido incorporada recientemente por nuestro Tribunal Supremo en la STS de 22 de abril de 2021, rec. 148/20. La misma recoge un supuesto fáctico en el que la Secretaría de Estado de Empleo ordenó, mediante acta ejecutiva de fecha 20-02-19, la suspensión de la ejecución del contrato mediante el que la empresa gestionaba y explotaba el servicio de cafetería y comedor en la sede del Instituto Nacional de Seguridad y Salud y Bienestar en el Trabajo (INSST), por estar en riesgo grave la salud de los usuarios de la misma. Tras impedirse a los trabajadores el acceso al centro de trabajo por el INSST y tras no obtener respuesta a los requerimientos que efectuaron a su empleadora, se impugna colectivamente por despido colectivo tácito. Seis meses después (01-09-19), tras seguirse un nuevo expediente de licitación, se adjudica el servicio a una nueva empresa concesionaria.

Pues bien la Sala Cuarta constató que tras la suspensión temporal del servicio no supuso un cierre definitivo –me parece importante que se retenga esta idea para enlazarla con posteriores consideraciones–. Si bien, el nuevo titular del servicio no ha sido el INSS, ya que no ha llegado a prestarlo directamente, sino un ulterior adjudicatario en el marco de un nuevo proceso de contratación pública. Así, entre otras sentencias en las que se apoya esta empresa –ahora recurrente–, el TS descarta que sea aplicable la STJUE *ADIF*, puesto que no se da un supuesto de reversión y explotación directa de la actividad como allí ocurría. La doctrina que resulta aplicable –entiende– es la del asunto *Colino Sigüenza*, en la que se produce una sucesión de empresa entre la concesionaria cesante y la nueva tras un periodo de suspensión del servicio. Por eso, califica la Sala como «paradójico» que la recurrente pretenda apoyar su defensa en esta sentencia, cuando

³⁸ STJUE de 9 de septiembre de 2015, *Ferreira da Silva*, asunto C-160/14, ap. 31.

³⁹ Véase capítulo séptimo, apartado III.1.4.

su aplicación conllevaría la confirmación de la sentencia de suplicación recurrida, situación que finalmente ocurre desestimando el recurso de casación.

a) Pero a mi juicio no es en absoluto paradójica dicha vía de defensa, por cuanto que en aquel asunto comunitario se entendió que, a pesar de haber transmisión de empresa, las relaciones laborales estaban ya válidamente extinguidas por despidos que se consideraron ajenos a la transmisión. Y en nuestra jurisprudencia hay una línea interpretativa hartamente consolidada que viene a exigir que la transmisión afecte a relaciones laborales vigentes, pues, *“para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente”*⁴⁰. Por ello, generalmente se ha entendido que cuando lo que se produce es un cese en la actividad y se extinguen todos los contratos de trabajo, no operará la transmisión de empresa en tanto que no puede considerarse que lo transmitido sea una explotación empresarial viva, ni que sea un conjunto de medios organizados y, mucho menos, que pueda mantener su identidad⁴¹.

En este sentido, entiendo que la empresa recurrente pretendía la misma solución. Ciertamente es que entre uno y otro supuesto hay diferencias, pues en el asunto comunitario se formalizó un despido colectivo por causas económicas probadas (aunque provocadas por el Ayuntamiento), mientras que en el asunto ahora estudiado se produjo un despido tácito.

En cualquier caso, parece difícil compaginar esta nueva doctrina comunitaria incorporada por el Tribunal Supremo en la STS de 22 de enero de 2021 con los supuestos en los que previamente se haya formalizado un despido, pues en tal caso se considera que no puede operar la sucesión de empresa en tanto que la relación laboral (nótese que el asunto comunitario también se produjo un despido y ello no impidió que se declarase aplicable la Directiva). Así se ha entendido cuando se produce un cambio de empresa adjudicataria en el que el trabajador fue despedido antes de la transmisión (STS de 30 de noviembre 2016, rec. 825/15). No en vano, muchas sentencias concluyen que no puede producirse la transmisión de empresa si previamente los contratos están extinguidos. Dos grupos de sentencias relativamente recientes del Tribunal Supremo, que han contribuido a consolidar esta interpretación, sirven de fundamento para descartar la existencia de transmisión por órganos judiciales inferiores.

i) Por un lado, las SSTS de 27 de abril de 2016 (3), rec. 329, 335 y 336/15. En ellas se resuelve un supuesto particularmente complejo: las demandantes trabajan para la empresa concesionaria del Servicio de Ayuda Domiciliaria del Ayuntamiento de SADA (Galicia), que ya habían sido subrogadas de un anterior cambio de adjudicataria. A consecuencia de los incumplimientos de la empresa, las trabajadoras inician una huelga indefinida (29-09-12) y, a causa de la falta de prestación del servicio público asistencial por la huelga, el Ayuntamiento

⁴⁰ Entre otras: STS de 16 julio 2003, rec. 2343/02.

⁴¹ Con mayor detalle: J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 50, 2019, p. 45 y ss. Véase capítulo séptimo, apartados II.2 y III.

encarga mediante procedimiento urgente, temporal y excepcional su gestión a la anterior empresa concesionaria –que quedó segunda en la licitación– mientras tramita el procedimiento de resolución del contrato público por incumplimiento (resuelto el 19-10-12). La empresa que gestiona ahora de forma excepcional el servicio –renovado por periodos quincenales hasta que se produzca la adjudicación definitiva– aporta su propio personal. Cuando las trabajadoras pusieron fin a la huelga (11-11-12), no pudieron reincorporarse a sus funciones y fueron despedidas (22-11-12). Tras un primer expediente de licitación que quedó desierto, el servicio se adjudicó a una tercera empresa (15-11-13). El Ayuntamiento incluyó en ambos pliegos la información relativa a los trabajadores que en su día estuvieron en huelga y, en el segundo, además, informa de los nuevos trabajadores y de los procesos judiciales que ya habían iniciado las primeras. La tercera empresa subroga a los trabajadores de la segunda y no a aquellas que impugnaron por despido.

El Tribunal Supremo, revocando la sentencia de suplicación, declaró que no hay sucesión de empresa y condenó a las consecuencias del despido únicamente a la primera contratista que fue la que despidió formalmente a la plantilla. Entendió que no se produjo una transmisión ex artículo 44 ET, por aplicación de la doctrina que exige que la relación laboral se encuentre viva, ya que habían transcurrido 11 meses desde que fueron despedidas (*“en este caso, en que la demandante había visto extinguido su contrato de trabajo por un despido objetivo, no se ha podido producir el fenómeno que regula el art. 44ET”*). Y que tampoco operaba la subrogación convencional. El convenio imponía que, al finalizar la contrata y previo cumplimiento de ciertos requisitos, los trabajadores «en activo» deben ser subrogados por la nueva contratista. Además, reconocía igual derecho a ser subrogados a aquellos trabajadores que fueran despedidos si se reinicia el servicio en los seis meses siguientes a su suspensión. Por tanto, consideró que tampoco se cumplen las exigencias convencionales, puesto que habían transcurrido 12 meses entre el cese de la primera contratista y el inicio de la tercera.

Ahora bien, por más controvertida que pueda resultar la solución de la Sala –como prueba de ello, el Voto Particular discrepante formulado por cuatro Magistradas/os y cuya fundamentación es mucho más extensa que la de la propia sentencia⁴²–, en este caso no se activa el artículo 44 ET porque se trata de una actividad basada esencialmente en la mano de obra en la que no se ha producido una sucesión de plantilla voluntaria. Tampoco se ha producido una asunción de plantilla impuesta por convenio colectivo porque la tercera empresa subrogó a los trabajadores de la anterior y no a las demandantes, cuya empresa cesó en el servicio un año antes. Más compleja es la cuestión de si debieron ser subrogadas por la segunda empresa las trabajadoras huelguistas, o las consecuencias de esa sustitución de las trabajadoras en el ejercicio del derecho fundamental, pero lo cierto es que no fueron subrogadas. En este sentido, el Voto pone de relieve que, pese a cumplirse el resto de requisitos convencionales, las trabajadoras no fueron subrogadas por no estar «en activo», y ello se debió a dilaciones en la resolución judicial del proceso de despido (no

⁴² Excmos./as. Sres./Sras. D. Fernando Salinas Molina, Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga, Dña. Rosa María Viroles Piñol y D. Jordi Agustí Julià.

imputables a la trabajadora) mediante el que se ejercitaba también acción de subrogación, por lo que entienden que no debería este hecho descartar el cumplimiento del requisito de estar activo.

ii) Diametralmente diferente es el supuesto de la segunda sentencia referida: STS de 7 de octubre de 2017, rec. 2389/15. En ella se plantea la rescisión del contrato de arrendamiento de la explotación de una estación de servicio a consecuencia de la jubilación del arrendatario que, por la misma causa, extingue el contrato del trabajador demandante. Pocas semanas después, el trabajador despedido suscribe un nuevo contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción con la nueva empresa arrendataria de la gasolinera, que recibió la misma infraestructura proporcionada por la arrendadora (Repsol). A la finalización del contrato temporal, se comunica al trabajador la no renovación que demanda por despido. En instancia, el juzgado de lo social declara la improcedencia de la extinción y condena a la nueva arrendataria. En suplicación, se extiende la condena a Repsol, en el entendido de que el breve lapso temporal entre el fin de un arrendamiento y la celebración a voluntad de la arrendadora impidió la subrogación. Así, el TSJ aplica antes el artículo 44 ET sobre la base de una previa reversión del arrendamiento.

Respecto al recurso de casación de la arrendadora (Repsol), el Tribunal Supremo acude a su jurisprudencia en materia de reversión de servicios por las Administraciones Públicas para estimarlo, determinando que no ha habido una continuación efectiva de la actividad. Respecto al recurso de casación promovido por la nueva arrendataria, la Sala se basa en las anteriores SSTS de 27 de abril de 2016, así como en jurisprudencia sobre la necesidad de que la relación laboral se encuentre viva, para afirmar que resolución contractual que hizo el primer arrendatario ex artículo 49.1.g ET supuso la válida extinción de la relación laboral y ello impidió la apreciación del supuesto de hecho del artículo 44 ET y de la Directiva.

iii) Como anunciaba antes, los supuestos no son equiparables y su solución no debió ser la misma. Dejando ahora de lado la «dudosa validez» de la doctrina acerca de que la relación debe estar vigente en el momento del traspaso, en las SSTS de 27 de abril de 2016 no se produjo una verdadera sucesión de empresa. Sin perjuicio de que pueda valorarse negativamente la conducta de alguno de los actores empresariales intervinientes, no se asumió una parte esencial de la mano de obra en una actividad desmaterializada, ni tampoco se cumplió el presupuesto de la subrogación convencional para que la tercera empresa se viera obligada a la subrogación. Eso es, ni hubo *a priori* transmisión ex artículo 44 ET, ni hubo subrogación ex convenio, ni en consecuencia esta norma podía desencadenar una ulterior activación del artículo 44 ET. Sin embargo, en la STS de 7 de octubre de 2017 hubo –indiscutiblemente– una transmisión de una entidad económica patrimonial que mantuvo su identidad, por lo que no debería haber conducido a otra solución que no fuera la aplicación del precepto estatutario. En este orden de cosas, lo único que lo impidió fue la consideración de que el contrato se encontraba válidamente extinguido y liquidado⁴³.

⁴³Criterio criticado desde sus orígenes por adolecer de excesivo formalismo: J. CRUZ VILLALÓN; P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, cit., p. 33.

Resulta llamativo que la Magistrada ponente de esta última sentencia fuera una de las que formulara el Voto Particular en las anteriores, en el cual se aducía que *“no puede derivarse la interpretación de que el referido carácter constitutivo del despido genere la extinción automática de las acciones que el trabajador despedido tenga y pueda y deba ejercitar oportunamente para acreditar, en su caso, que no debía haber sido despedido sino que tenía derecho a continuar prestando servicios en otra empresa que por sucesión, subrogación convencional o por otras causas, estuviera obligada a subrogarse en los contratos laborales de la anterior”*. Y es que, continúan afirmando las Magistradas/os suscribientes, que de aceptarse así, sería muy fácil eludir las obligaciones de subrogación impuestas por la negociación colectiva, así como el uso de las extinciones contractuales de forma fraudulenta para impedir la subrogación legal.

iv) Más recientemente, el Tribunal Supremo ha diferenciado entre estas dos cuestiones conflictivas declarando que no existe contradicción, cuando en la primera sentencia se trata de determinar si ha existido o no transmisión cuando la nueva empresa contrata a la mayor parte de la plantilla que la anterior empleadora despidió tres meses antes, y en la segunda de lo que se trata es de verificar los efectos que produce el cambio de titularidad de la empresa sobre contratos de trabajo que se consideran válidamente extinguidos antes del traspaso (STS 27 de octubre de 2017, rec. 4241/15). Lo cierto es que se plantea difícil determinar cuándo debe considerarse que un despido determina la válida extinción de la relación a laboral a efectos de impedir la transmisión o cuando no constituye un obstáculo. Generalmente, se ha acudido –como también se verá en un capítulo posterior– a la doctrina del Fraude de Ley, que ni se plantea como un escenario de especial seguridad jurídica, ni es de fácil apreciación en los supuestos de sucesión de contratas y, mucho menos, en los de recuperación de la gestión por una Administración Pública.

La merma de la tutela laboral en estos casos es constatable pues, como se ha dicho, los trabajadores no pueden ejercer sus derechos frente a la empresa cesionaria y la falta de vigencia de la relación laboral determina la inexistencia de sucesión empresarial. Ni pueden extenderse a esta última las consecuencias de un eventual despido improcedente o nulo, ni pueden reclamarse deudas no satisfechas por el cedente. Dicho con otras palabras, esta interpretación incide sobre la propia apreciación del supuesto de hecho⁴⁴ pues, en la medida en que todos los contratos de trabajo se han visto extinguidos por un despido objetivo o colectivo, no podrá producirse el fenómeno que regula el art. 44 ET. En mi opinión se produce –si se me admite la expresión– una «mala praxis» judicial en la aplicación de esta última doctrina.

Por un lado, porque su origen se encuentra en supuestos en los que la relación laboral se declara extinguida ante la intervención de una autoridad pública, administrativa o judicial (juez concursal, autoridad laboral en ERE, etc.). Y por el otro, porque confunde la determinación del alcance de la subrogación del propio vínculo contractual con el acto constitutivo de la transmisión de empresa. Es claro que el vínculo contractual no puede ser subrogado si está extinguido, porque

⁴⁴ J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, cit., p. 43 y ss.

el despido tiene efectos constitutivos, pero ello no puede impedir la apreciación del supuesto de hecho de la norma sucesoria como ocurre en la sentencia *Colino Sigüenza* del Tribunal de Justicia. Y ello, con el marco normativo nacional, conllevaría que el nuevo empresario todavía pudiera soportar las consecuencias de un eventual despido declarado improcedente o nulo, o las deudas pendientes de satisfacer con los trabajadores.

b) Como se subrayó más arriba en la STS de 22 de enero de 2021, relativa al cierre de la cafetería del INSST el Tribunal Supremo constató que el cese no era definitivo, sino que posteriormente se reanudó por otro concesionario. Pues bien, esta misma circunstancia es latente en numerosas sentencias, incluso conocidas por el Tribunal Supremo: las ya citadas SSTs de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 19 de mayo de 2015, rec. 358/14; de 9 de febrero de 2016, rec. 400/14; de 16 de junio de 2016, rec. 2390/14. En todas ellas y en muchísimas otras sentencias de suplicación⁴⁵ hay constancia de que, al tiempo de resolverse el litigio, aunque no haya una continuidad efectiva de la actividad sí que hay una voluntad de continuar constatable en el hecho de que está en trámites un nuevo proceso de licitación que, presumiblemente, acabará con la selección de una nueva empresa que continúe la actividad y que recibirá igualmente la entidad económica que fue puesta a disposición de la anterior adjudicataria.

Sin embargo, esta interrupción de la prestación impide que se aprecie la transmisión de empresa en el momento de revertir el servicio, pero además dificulta que pueda plantearse un nuevo proceso judicial ya que la aplicación del denominado «efecto Lázaro» que permitiría reactivar la acción judicial por despido requiere como presupuesto de partida la constatación de Fraude de Ley. A estos supuestos que ahora se describen se les ha llegado a calificar por algún como «remunicipalizaciones o reversiones encubiertas»⁴⁶.

Es difícil aplicar una solución a estos casos que sea plenamente satisfactoria para los intereses en juego, el de los trabajadores a conservar su empleo, el de la administración a ejercer sus facultades organizativas e, incluso, el interés general por cuanto que el eventual coste que pueda derivarse se satisfará con recursos públicos. En algún supuesto se ha aplicado la doctrina analizada al principio (la transmisión no depende de la continuación efectiva, sino de la posibilidad de continuar la explotación), pero matizada. Así, si bien no parece razonable la aplicación de aquella línea interpretativa cuando la Administración no continúe el servicio, podría entenderse que el artículo 44 ET se activaría si entre las circunstancias de hecho a analizar se desprendiera una clara e inequívoca voluntad de continuar la prestación. Esta voluntad se deduce en la STSJ Madrid de 29 de abril de 2016 (rec. 1/16) del hecho de que la Sociedad Pública, medio propio instrumental de la Consejería, hubiera convocado dos procesos de licitación que quedaron desiertos y en los que obligaba a subrogar a la plantilla a la nueva concesionaria. Además, durante

⁴⁵ Entre otras, STSJ Castilla y León, Burgos de 13 de diciembre de 2018, rec. 817/18.

⁴⁶ Se hace eco de ello C. MOLINA NAVARRETE, "Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo", cit., p. 16.

el tiempo de suspensión, se continuó recibiendo materiales en las instalaciones del servicio clausurado. La sala entendió que la empresa pública cerró la planta, precisamente, para evitar la subrogación, toda vez que obligaba a otra empresa a subrogarse en nuevo procedimiento de contratación pública, pero mientras ello ocurría, los trabajadores se veían privados de su puesto de trabajo y de su salario, por lo que le impuso las consecuencias del artículo 44 ET.

3.3. Intervención temporal de la actividad por la Administración

En fin, en el ámbito de las actividades y servicios públicos que precisen una entidad económica materializada, podría plantearse si debe haber sucesión empresarial cuando, en lugar de suspender la actividad, la Administración asume temporalmente el servicio hasta que se produzca una nueva adjudicación. Respecto a esta cuestión, y de acuerdo con la interpretación tradicional sobre el cambio de titularidad efectuada tanto por el TS como el TJUE, no despierta dudas porque *“lo decisivo a los fines de este precepto es la sustitución en la posición jurídica del empresario, siendo indiferente que esa sustitución sea temporal o definitiva”*⁴⁷.

Como se dijo al comienzo del capítulo al analizar el requisito subjetivo para que opere la transmisión la jurisprudencia ha admitido supuestos de gestión directa coactiva por parte de las Administraciones Públicas, tales como la ocupación de empresas, la intervención o el secuestro de concesiones públicas. Así pues, comúnmente se entiende que *“el elemento determinante para aplicar el artículo 44 ET no es el título jurídico por el cual el Ayuntamiento haya asumido el servicio público, esto es, resulta irrelevante que se trate de la municipalización de un servicio anteriormente privado, del rescate de un servicio externalizado o de una intervención temporal del mismo. En este sentido hay que manifestar que es totalmente innecesario que el órgano judicial social entre a determinar tal calificación o se pronuncie sobre la legalidad de la actuación administrativa o de la empresa concesionaria. Se trata de aspectos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa que el órgano judicial social podría verse obligado a resolver a título prejudicial, pero solamente si ello fuese necesario para pronunciarse sobre la controversia laboral que es de su competencia. [...] Lo relevante es si se produjo el supuesto de hecho determinante de la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresas, esto es, si hubo una transmisión de una unidad productiva entre ambas partes”*⁴⁸. También conocen sobre supuestos de intervención temporal de la Administración en la gestión: la STSJ C. Valenciana de 6 de mayo de 2019 (rec. 2570/18) sobre el secuestro de la concesión del servicio público de una Residencia para personas mayores dependientes por parte del y el Ayuntamiento de Teresa de Cofrentes (firme: ATS de 26 de febrero de 2020, rec. 2840/19); la STSJ Andalucía, Granada, 9 de julio de 2014 (rec. 1123/14), sobre el rescate temporal acordado por el Ayuntamiento de Carboneras había de los servicios de limpieza viaria y mantenimiento de zonas verdes que desarrollaba una empresa privada⁴⁹.

⁴⁷ Entre otras: STSJ Galicia de 3 de junio de 2014, rec. 1361/14.

⁴⁸ Entre otras: SSTSJ Castilla y León de 1 de octubre de 2015, rec. 1341/15; de 23 de septiembre de 2015, rec. 1285/15.

⁴⁹ En el mismo sentido, STSJ Extremadura de 11 de diciembre de 2014, rec. 483/14.

No obstante, también hay resoluciones de signo contrario basándose en su carácter provisional y temporal (no extintivo de la concesión) y en la habilitación que formula el actual art. 263 LCSP, permitiendo el empleo de los mismos medios personales y materiales. En este sentido, concluye la sala que *“no estamos ante el supuesto regulado en el artículo 44 del ET, no solo por aplicación de la doctrina jurisprudencial a la que hemos hecho referencia, sino también porque en el supuesto enjuiciado no se ha producido un «cambio de titularidad» de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, sino simplemente una suspensión temporal de la gestión de la residencia por parte del concesionario -Jomax- y su sustitución, también temporal, por la sociedad municipal codemandada”* (SSTSJ C. Valenciana de 5 de junio de 2013, rec. 114/13; de 11 de octubre de 2013, rec. 702/13, sobre el secuestro de una residencia de tercera edad por el Ayuntamiento de Navarrés). Sin embargo, en contra de esta resolución, la STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 29 de abril de 2015 (rec. 773/14), sostiene que *“el secuestro es por tanto una suerte de ejecución forzosa del servicio público llevada a cabo de forma directa por la propia administración concedente, y no una mera intervención o supervisión de la actuación del concesionario”*, que recurre a la doctrina general en materia de sucesión de empresas para argumentar la irrelevancia de la forma que revista el cambio de titularidad de la persona del empleador y la nota de temporalidad como motivo de exclusión.

4. La relevancia de la clientela en la contratación pública

A) Entre el conjunto de circunstancias de hecho que deben examinarse para verificar si la entidad económica mantiene su identidad tras el traspaso, se hace referencia a que se haya transmitido o no la clientela. De este modo, es un indicio más que debe tenerse en cuenta cuando lo transmitido sea una entidad económica «multifactorial», esto es, compuesta por un conjunto de factores de producción que permitan desarrollar una actividad económica.

a) El TJUE ha valorado en algunas ocasiones la transmisión de la clientela en el marco del traspaso de una entidad económica que desarrolla una «actividad que se apoya fundamentalmente en el equipamiento». Pero no lo ha hecho, en cambio, cuando la «actividad se basa esencialmente en la mano de obra». En cualquier caso, cada vez que ha reparado en la existencia de este elemento fáctico ha sido en el marco de un proceso externalización a través de la contratación administrativa o en supuestos conexos. Por ejemplo, reconoció que *“es cierto que, si un procedimiento de adjudicación, como el controvertido en el litigio principal, establece que el nuevo concesionario asumirá los contratos en curso con la clientela, o si puede considerarse que la mayor parte de la clientela es cautiva, procede no obstante estimar que existe transmisión de clientela”*. Con ello respondía a la representación procesal de la empresa que, si bien reconocía el valor económico del contrato de gestión del servicio público de transporte por autobús como activo inmaterial, alegaba que en marco de un proceso de renovación de la concesión es nulo si ya ha llegado a término y se plantea la adjudicación de otro diferente⁵⁰.

⁵⁰ en la STJUE de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C- 172/99, ap. 40-42.

En definitiva, no hay duda –a mi entender- de que quien resulte adjudicatario de un contrato público con características similares a las de aquel asunto mantiene necesariamente las relaciones comerciales con la clientela. Además, un caso como el del servicio público de transporte urbano, puede constituir un monopolio natural con frecuencia.

b) Poco después, el TJUE reiteró que este carácter cautivo de la clientela, que también se da en una concesión del servicio de restauración de un hospital público, significa “*evidente que el nuevo adjudicatario se ha hecho cargo necesariamente de la clientela de su antecesor*”⁵¹. Además, son muy interesantes las Conclusiones que realiza para el caso el Abogado General (Sr. L.A. Geelhoed) por cuanto que formula ciertas precisiones adicionales en torno a la clientela. Y es que, por un lado, considera que el hospital público es el receptor de los servicios, por lo que debe considerarse el cliente de la empresa concesionaria. Aunque, amparándose en la sentencia *Süzen*, entiende que la pérdida de un cliente no implica que la empresa de servicios que prestaba la contrata desaparezca, por lo que no puede equipararse a una transmisión de empresa. No obstante, identifica a los destinatarios finales de los servicios de restaurante y cafetería objeto de la concesión son los pacientes y los trabajadores del hospital. Es decir, son un «colectivo cerrado», que continúa siendo el mismo después de que el contrato sea adjudicado a otra empresa.

Es decir, en el caso de las contratas y concesiones administrativas habrá casos en los que el único cliente será la empresa principal, además, receptora del servicio. Y en otros casos, pese a que la empresa principal encomiende el servicio habrá otros usuarios finales que son quienes recibirán la prestación objeto del encargo. Estas dos dimensiones de la clientela jugarán de forma diferente en atención a las concretas circunstancias fácticas del supuesto.

c) También en el asunto *Colino Sigüenza*, sobre la reversión de la escuela de música municipal y posterior adjudicación 5 meses después, identificó la asunción de los alumnos –esto es, los usuarios del servicio público– como elemento relevador de la transmisión de empresa⁵².

d) De forma colateral ha tratado o valorado la transmisión de la clientela en otros asuntos en los que, aunque explícitamente no se diga, ha constituido un factor coadyuvante para la determinación de la transmisión de empresa. Así, en el caso en que un Ayuntamiento decide extinguir la subvención concedida a una Fundación para otorgársela a otra cuyas actividades y fines son los mismos: ayuda a pacientes toxicómanos⁵³. No solo cabe valorar la transmisión de los clientes-pacientes, sino que la transmisión de la subvención otorgada es el medio de financiación esencial de la actividad y que reviste una importancia decisiva. Estas últimas apreciaciones, formuladas por el Abogado General (Sr. Walter Van Gerven) en sus Conclusiones al caso, solo

⁵¹ STJUE de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Abler*, asunto C-340/01, ap. 36.

⁵² STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17, ap. 40

⁵³ STJUE de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, asunto C-29/91.

tuvieron una tímida presencia en el texto de la sentencia y fueron omitidas en el fallo, quizás por ello la resolución fue tan criticada al entender que se transmitió solo una actividad⁵⁴.

e) Más recientemente, la STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, (asunto C-194/18) determinó que lo decisivo en el traspaso de instrumentos y activos financieros gestionados para los clientes y la documentación relativa a los servicios prestados a aquellos entre dos entidades financieras, fue la cesión de la clientela⁵⁵. Y ello, aun cuando la transmisión de los contratos con los clientes requería necesariamente el consentimiento de cada uno de forma individual. Con todo, el 91% de los clientes accedieron ante las ventajas particulares que recibieron y cuya información les fue transmitida por la empresa cedente.

B) En el ámbito interno son escasas las sentencias en las que la clientela se toma en consideración junto con otros factores de producción para determinar si debe activarse el artículo 44 ET⁵⁶. Lógicamente, tiene más presencia este elemento en supuestos en los que se transfiere una entidad económica materializada y en el marco de transmisiones negociadas entre cedente y cesionario. En estos últimos supuestos, regulados principalmente por el derecho privado, la (potencial) clientela queda incluida junto con otros aspectos a valorar dentro del concepto mercantil de «fondo de comercio» susceptible de transmisión⁵⁷.

Se aprecia una tendencia en los últimos años a la valoración o consideración de este indicio en el marco de actividades descentralizadas y en supuestos afines, como puede ser el arrendamiento de empresa o industria. Si bien, dicha valoración es ciertamente desigual.

a) Se llegó a considerar en la reversión del servicio de atención e información al cliente de la Estación de Atocha de Madrid que fue asumido por ADIF, aunque tratándose de una actividad basada en la mano de obra sin que la principal se hiciera cargo de ningún trabajador, se descartó la transmisión de empresa porque no hubo sucesión de plantillas⁵⁸. Se apreció que en el conflicto enjuiciado no hubo ningún elemento, además de la plantilla, que pudiese emplearse para determinar el mantenimiento de la identidad. Específicamente, el TS consideró que, al menos, no podía considerarse como tal a la clientela, pues el servicio de información, atención al cliente y servicios auxiliares en la estación no generaba en sí mismo clientes. Me parece relevante la afirmación que formula la Sala que entiende que “*en economía el concepto [clientela] permite*

⁵⁴ Véase R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 6/27 pdf descargado.

También jugó de forma positiva la transmisión de una promoción comercial desarrollada con la clientela en el caso de cambio de concesionario automovilístico de la empresa Ford (STJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, asuntos C-171/94 y C-172/94).

⁵⁵ A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, cit.

⁵⁶ STSJ Cataluña de 15 de enero 2018, rec. 6137/17; STSJ Castilla-La Mancha de 8 de mayo 2017, rec. 801/16; STSJ de Cantabria 10 de febrero 2016, rec. 1083/15.

⁵⁷ L. HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa (Extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 96.

⁵⁸ STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/15.

referirse a las personas que acceden a un producto o servicio a partir de un pago, lo cual no acaece en la concreta actividad externalizada y posteriormente revertida”.

b) También se valoró, aunque igualmente se consideró irrelevante, en la reversión por la Junta de Extremadura del servicio de la ejecución de medidas judiciales no privativas de libertad de menores infractores⁵⁹. Y es que no se transmitió medio de producción alguno, sin que –a juicio de la Sala– se pueda considerar elemento esencial y definitorio de la transmisión los propios expedientes remitidos a la Administración, que son a su vez remitidos por los Juzgados de Menores, pues ni son propiedad de las codemandadas, ni constituyen *per se* la atención al menor y su seguimiento que precisa de personal, sino una mera documentación y no la actividad en sí misma. Afirma que pretender que este elemento actualice el supuesto de hecho del artículo 44 ET *“sería tanto como considerar que en la reversión de la explotación de la Residencia Geriátrica al Ayuntamiento, a la que alude la sentencia de esta Sala, el elemento esencial fueran los beneficiarios de la mentada residencia”.*

c) En el mismo sentido y en un servicio residencial de acogida de menores se descartó que hubiese transmisión⁶⁰. Muy en línea con lo que dijo el Supremo en la reversión del servicio de atención al cliente de ADIF, se descartó aquí *“que pueda tener la condición de clientela los destinatarios de un servicio público, concepto más propio de las relaciones mercantiles, por el valor económico que puede suponer, y constituir un activo importante de la misma”.* Criterio profundamente equivocado pues, como se verá, en el marco de las actividades y servicios públicos también hay usuarios que pagan una tarifa por los servicios y deben ser considerados clientes.

d) En efecto, en determinados casos además de ser el ciudadano el usuario o beneficiario del servicio público también adquiere la condición de cliente en tanto que paga un precio por su frecuentación. Así, en un supuesto de asunción directa por el Ayuntamiento de un servicio de guardería externalizado se destaca, entre el conjunto de circunstancias de hecho que decantan la balanza a favor de la subrogación, que la Administración haya asumido la actividad con la misma clientela, refiriéndose a los 99 alumnos que estaban matriculados en la guardería.

e) También en los (numerosas veces) citados casos de la reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de restauración de acuartelamientos del ejército. Se destaca que el ministerio siguió realizando la actividad con los mismos medios y para los mismos destinatarios o clientes, aunque con personal propio, lo que implica que debía haber subrogado a la plantilla⁶¹.

f) Una disertación muy interesante sobre el juego de la clientela como requisito esencial para que la entidad transmitida conserve la identidad es la realizada por Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en un supuesto que no se produce en el sector público. Se trata de

⁵⁹ STSJ Extremadura de 18 de febrero de 2019, rec. 22/19; de 14 de febrero de 2019, rec. 20/19 (firme ATS 10 de diciembre de 2019, rec. 1574/19).

⁶⁰ STSJ Aragón de 3 de julio de 2019, rec. 335/19.

⁶¹ Por todas, STSJ Castilla y León, Burgos, de 22 de junio de 2016, rec. 360/16.

la transmisión producida a consecuencia de la rescisión de un «arrendamiento de local» y la celebración de nuevo contrato de arrendamiento al día siguiente con otra persona⁶². Lo primero que debe llamar la atención es que el negocio jurídico que precipita la transmisión de empresa es un arrendamiento de local y no de industria o de empresa⁶³. El arrendamiento de empresa y su reversión constituyen un supuesto de hecho muy similar al de las contrataciones o concesiones y su reversión (con la sola diferencia de que el primero tiene por objetivo la totalidad de un negocio y el segundo comprende una transmisión parcial)⁶⁴. Pero, en este caso, las circunstancias fácticas aproximan considerablemente el negocio a un arrendamiento de empresa.

El anterior arrendatario, odontólogo de profesión, desarrolló durante varias décadas su actividad de clínica dental en el local referido, contando con los servicios de la trabajadora demandante (auxiliar de clínica) durante más de 25 años. Con motivo de la jubilación del dentista empleador, se extinguió el contrato de arrendamiento y el de trabajo el día 31-05-15. El día 01-05-15 el local fue arrendado a una nueva arrendataria, de profesión también odontóloga. El local fue arrendado sin muebles ni material técnico odontológico, la nueva arrendataria adquirió el suyo propio. Tampoco se traspasó la información relativa a los clientes, pues el dentista jubilado *“ha procedido a la destrucción de los historiales médicos de sus pacientes, a excepción de aquellos que debe mantener, que guarda, en la forma establecida, en su domicilio”*. No hubo, aparentemente, trato entre ambos dentistas. Solo se conservó el local y el número de teléfono de contacto de la clínica. Eso sí, se desarrolló la misma actividad de clínica odontológica.

La impugnación del recurso de suplicación se realiza tanto por la nueva odontóloga como por el anterior empleador. Este, en apoyo de aquella, mantiene que no se ha producido una transmisión de empresa por cuanto que la extinción del contrato de trabajo se realizó por una causa válida y de acuerdo con el procedimiento y requisitos legalmente establecidos (art. 49.1.g ET). Aunque, para sustentar que no se ha transmitido ningún elemento esencial que permita la continuación de la actividad, reconoce que en *“el sector de la actividad de los codemandados, clínica dental, el elemento patrimonial más importante y que permitiría la continuidad de la actividad empresarial es, sin duda alguna, la clientela”*. Considera el primer dentista que tampoco esta se ha transmitido por cuanto que los historiales médicos se destruyeron.

En cambio, para el TSJ balear los elementos verdaderamente esenciales para el ejercicio de esta actividad son los clientes o pacientes que, efectivamente, se han transmitido junto con el local y el número telefónico. Y es que, la clientela –pacientes de la clínica–, son el elemento imprescindible para poder explotar la actividad, por cuanto que constituye la fuente de ingresos económicos del negocio. Con frecuencia, ingresos procedentes de revisiones clínicas de unos pacientes que son asiduos y que constituyen una importante cartera de clientes derivados de la

⁶² STSJ Islas Baleares 12 de diciembre 2017, rec. 445/2017

⁶³ El arrendamiento de local no es un negocio constitutivo de sucesión de empresa. Véase: L. M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, cit., p. 17.

⁶⁴ En este sentido: STSJ Madrid de 27 septiembre de 2019, rec. 289/19.

larga trayectoria de la clínica. Es altamente destacable la forma habitual de contacto de dichos clientes, que es acudiendo al local o llamando telefónicamente para solicitar una cita. Ambos canales son elementos que han sido transferidos –aun a través de un tercero– de un arrendatario a la otra, lo que potencialmente permite la continuidad de la actividad y el mantenimiento de los ingresos. De ahí, el lógico interés de la nueva odontóloga de establecer su negocio en ese concreto local, conservar el teléfono de contacto y reanudar la actividad sin interrupción temporal. A partir de ahí, el tribunal justifica su decisión con los siguientes argumentos:

En primer lugar, como pone de manifiesto el TJUE debe atenderse primeramente al «tipo de actividad» como factor de ponderación. Afirma que no se está en un tipo de negocio en que se deba transmitir un concreto elemento material, sino que se trata de un «servicio». Pero, a continuación, matiza que no puede esto conducir al error de pensar que se aplica el artículo 44 ET por una mera sucesión de actividades. En este caso, considera que, incluso la adopción de una «nueva configuración» de la actividad analizada, no supondría una alteración sustancial de su naturaleza ni del tipo de servicio ofertado a la clientela. Por el contrario, en otros sectores como la hostelería, entiende que una nueva configuración dada al negocio por el tipo de bien o servicio ofertado, o por el nuevo concepto de que se dé a la empresa pueda incidir sobre la analogía o similitud de la actividad, y es por ello que, en estos casos, para el mantenimiento de la identidad se exige la transmisión del equipamiento material. Pero aquí no es necesario, porque el elemento que permite la continuidad y la identidad de lo transmitido es el propio paciente/cliente.

En segundo lugar, no desconoce la «necesidad» de los elementos materiales en esta actividad. Pero, por un lado, se insiste de nuevo en que lo que sí fue transmitido pesa más en la balanza a la hora de decantarse por la transmisión efectiva de una empresa. Es decir, son elementos materiales de «primer orden» el local y el contacto telefónico y, sobre todo, porque ambos posibilitan al paciente contactar con la clínica con la misma finalidad que lo hacían antes. Y, por otro lado, relativiza la importancia de los bienes no transmitidos, que no pueden conducir a la exclusión de la transmisión, pues es lógico y razonable que tenga que adquirirse nuevo material consumible, así como mobiliario y material técnico que puede obedecer a una necesaria renovación de la clínica. La sala reprocha a las demandadas que no hayan probado el valor del mismo o siquiera que se demuestre una posible modificación de las instalaciones del local. Por ello deduce que es razonable que el objeto del contrato de arrendamiento solo incluya el local.

En tercer lugar, profundiza todavía más sobre la clientela. Contraataca el alegato de la nueva dentista de que ella aporta sus propios pacientes derivados de una clínica en la que trabajaba previamente para un tercero, indicándole para acreditar dicho extremo podría haber solicitado su incorporación en los hechos probados, cosa que no hizo. En cambio, entiende el tribunal *“que con anterioridad ejerciera esta actividad profesional puede servir igualmente como argumento del interés empresarial como base de una actividad emprendida”*. También hace algunas apreciaciones sobre la destrucción de historiales médicos por el anterior dentista. Señala que no puede ser entendido como que impide que los pacientes puedan seguir acudiendo a la clínica. Además, también consta que los historiales que no podían ser destruidos se guardan en el domicilio del anterior arrendatario, pero entiende la Sala de ello no se puede deducir que, si

fuera necesario, el anterior titular de la clínica no vaya a entregar la documentación a la nueva titular, por lo que no es un elemento determinante para excluir la transmisión.

A mi parecer, siendo mucho anterior la sentencia del Tribunal Superior de Justicia aplica a la perfección la doctrina comunitaria sentada tanto en los casos *Dodic* como *Grafe y Pohle*. La primera en tanto que analiza tipo de actividad ejercida hasta deducir que el factor productivo realmente esencial es la clientela por lo que, aunque no sea una actividad basada en la mano de obra y se requieran otros elementos materiales, la clientela puede ser trascendental para permitir la continuación de la actividad. Con todo, entiendo que no puede afirmarse que en el caso judicial haya sido la clientela en elemento único y determinante, puesto que también se han transmitido el local y el número telefónico, elementos estos que permiten a su vez el mantenimiento de los pacientes. La segunda, porque esos otros elementos materiales que son importantes y también de un valor considerable (piénsese en el material técnico y tecnológico odontológico), pierden su importancia como elemento determinante para la transmisión cuando, por su antigüedad y obsolescencia, sea razonable que deban ser renovados.

g) De manera más reciente sí que acuden expresamente a la doctrina de dichas sentencias comunitarias las SSTSJ País Vasco 4 de enero 2021, rec. 1496/20 y de 7 de enero 2021, rec. 1453/20. Ambas conocen dos supuestos muy similares y relacionados. La primera sentencia hace referencia a la transmisión de una actividad de kiosco de prensa, venta de bebidas y golosinas. La segunda de la explotación de una cafetería. Los dos negocios afectados por las mismas circunstancias concurrentes, pues estaban situados en la Estación de Autobuses de Bilbao, de titularidad municipal. El ente público decide crear una nueva estación subterránea en la misma ubicación y, a fin de conseguirlo, celebra un contrato de concesión de obra pública para la ejecución de las obras y su posterior explotación con la concesionaria Intermodal Bilbao, SL. En el pliego, la administración impone la obligación de subrogar a los trabajadores que prestan el servicio municipal, pero no al de dichas unidades productivas autónomas.

Al comenzar las obras, se traslada la estación a un terreno contiguo donde se sitúa una «estación provisional». La concesionaria alquila el local de estos dos negocios de kiosco y cafetería en la estación provisional a otra empresa distinta a las que los venía explotando. Y posteriormente, se pacta que esta nueva empresa pueda ceder el negocio a otras dos empresas de su mismo grupo, cada una para cada uno de los negocios citados. Las dos se subrogan en el personal del kiosco y cafetería de la vieja estación de autobuses.

Cuando terminan las obras, se cierra la estación provisional y al día siguiente abre la nueva terminal. La concesionaria ha cedido la explotación de dos locales en la nueva estación a dos nuevas empresas para que sigan realizando la actividad que antes desempeñaban los trabajadores del kiosco y de la cafetería en la antigua estación y después en la provisional. Cada una de las empresas nuevas se hace cargo de un local diáfano, realiza una importante inversión para acondicionarlo y dotarlo de equipamiento, pero no subrogan al personal.

En instancia, las sentencias impugnadas entienden que hay sucesión de empresa por haberse transmitido la clientela, recurriendo a la doctrina comunitaria de la sentencia *Dodic*, en tanto en cuanto que en el caso es suficiente este elemento para entender que se ha transmitido una entidad económica que mantiene la identidad. Adicionalmente, también acuden a la STJUE de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Abler* (asunto C- 340/01) para determinar que dicha clientela, como en el caso comunitario, estaba «cautiva».

En la sentencia de 4 de enero de 2021 la Sala confirma la sentencia considerando que la clientela es trascendental, pero aplica la transmisión de empresa sin necesidad de una “*mayor exigencia de estudio y profundidad respecto a la valoración del término denominado clientela cautiva como intangible a los efectos del estudio y argumentación del ámbito sucesorio legal*”. Y es que, considera que ha habido una sucesión de plantillas en la medida en que, para el nuevo kiosco, se han contratado a dos de los seis trabajadores del anterior (33%) y porque – discutiblemente a mi juicio– la actividad recae fundamentalmente sobre la mano de obra.

En la sentencia de 7 de enero de 2021, la de la cafetería, la empresa recurrente ataca el criterio del juez *a quo* alegando que la cesión de clientela de la sentencia *Dodic* requiere un acuerdo de voluntades entre los dos empresarios que no se da en el caso analizado. Así como que reprocha que la clientela sea el factor decisivo en tanto que es notorio el cambio en la actividad que ha producido la construcción de la nueva estación, convirtiéndose en un gran centro de ocio, comercio y transporte y para el que la empresa ha realizado una contundente inversión en inmovilizado material. Pues bien, el tribunal estima que aunque es indudable que no ha habido en este caso un acuerdo directo para ceder la clientela, también en *Dodic* dependía del concurso de voluntades individuales de una pluralidad de clientes que debieron aceptar ser atendidos por la nueva entidad financiera. Por el contrario, considera más evidente todavía en este asunto la asunción de la clientela porque el mero hecho del cierre de la estación provisional y la subsiguiente apertura de la nueva implica que la llegada de clientes no dependa de la voluntad de los clientes individualmente considerados, sino que la clientela está «cautiva» en los términos empleados en la STJUE *Carlito Abler*. Y es que, indefectiblemente la clientela estará compuesta por los viajeros y sus acompañantes, por lo que este concreto caso es el activo esencial y viene dado precisamente por su ubicación en la estación de autobuses. Por otro lado, pondera la importancia de la inversión realizada para acondicionar el local (173.567,77€) –sin lugar a dudas, elevada– con las “*particularidades del caso concreto en el que se ha producido un traslado de ubicación de la estación decidido por la administración pública competente*”.

No comparto con estas sentencias que las actividades enjuiciadas descansen en la mano de obra, es sobradamente conocido que requieren de equipamiento patrimonial. No comparto tampoco que la cesión de la clientela en casos en los que existen otros activos patrimoniales necesarios sea el criterio único y determinante para imponer las consecuencias de la sucesión de empresa. En cambio, considero loable la atención que se está prestando recientemente a esta circunstancia de hecho contenida en la clásica matriz de indicios elaborada por el TJUE. Y considero también que, en algunos casos, como en este, puede tener un carácter privilegiado –si

bien no único— dentro del conjunto de indicios. Así, entiendo que la solución judicial es acertada⁶⁵ pero, sobre todo, porque el resto de elementos patrimoniales eran intransferibles dadas las circunstancias, pues era imposible adquirir el local o el equipamiento que conformaban la anterior entidad económica. Por ello, creo que el tribunal debería haber fundamentado mejor este aspecto con la doctrina comunitaria de la sentencia *Grafe y Pohle*. En cambio, no era del todo necesario en la anterior sentencia sobre la clínica odontológica puesto que el propio inmueble, activo de capital importancia, fue transmitido junto con la clientela.

Ahora bien, no puede extrapolarse esta solución a todos los negocios, ni siquiera a todos los de hostelería y restauración, habrá que prestar atención al caso concreto. Por ejemplo, en este caso, por más que el producto ofertado y el servicio prestado fuera pésimo, al negocio no le van a faltar clientes por el mero hecho de estar ubicado en la Estación. Incluso, aunque tuviera mala reputación, siempre habrá viajeros que lleguen o partan por primera vez de la terminal de autobuses y que acudan a la cafetería. Por tanto, el volumen de clientes estable que proporciona la estación es un elemento que juega a favor de la transmisión. También la ausencia o la escasa competencia es importante (tiempo después se abrió otra cafetería en la estación). Esta ausencia de concurrencia con competidores es lo que determina que la clientela esté «cautiva». Y debe valorarse caso por caso. Por ejemplo, en un contrato de restauración como parte de un servicio asistencial proporcionado por un hospital, un centro residencial de tercera edad o de personas dependientes, puede tener lógicamente un carácter cautivo. En cambio, una cafetería o restaurante situado en un organismo público o en un centro educativo no lo tendrá si los clientes pueden optar por acudir a otro servicio cercano ante su insatisfacción con el primero. También se ha de valorar la libertad o capacidad de decisión que tenga el cliente. Por ejemplo, en el supuesto de la reversión del servicio de comedor de los acuartelamientos del Ejército de Tierra probablemente no tengan posibilidad de salir del mismo para acudir a otro servicio análogo por cuestiones de horario y lejanía. Esta circunstancia también constaba en la reversión del servicio de restauración del complejo de la Moncloa en la que se alegaba que no había posibilidad de acudir a centros comerciales o negocios de hostelería cercanos, por lo que era imprescindible que los trabajadores allí ocupados pudieran tener acceso a estos servicios. En cambio, en el caso de la clínica odontológica, pese a una clara inicial transmisión de la clientela, difícilmente se mantendrá si el servicio prestado por la nueva titular no satisface a los clientes, siendo muy probable además que estos puedan acudir a otra clínica —aunque no esté cercana— debido a la frecuentación eventual del servicio por parte del paciente. Pero, al margen de todas estas consideraciones, es de capital importancia identificar al verdadero cliente.

C) En efecto, en los casos de contrataciones o concesiones públicas aparecen dos sujetos que pueden —y suelen— ser considerados clientes. De un lado, la empresa principal pública o privada que externaliza el servicio, que se la conoce como «empresa cliente». Pero en ocasiones, con

⁶⁵ En sentido contrario: I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “Cafetería de terminal de autobuses: la asunción de clientela puede ser suficiente para la subrogación de empresa (STSJ País Vasco 7/1/21)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 05-05-2021*), fecha de consulta 6 mayo 2021, en <https://lignasibeltran.com>.

independencia del carácter público o privado de la empresa principal, el servicio externalizado se presta a otros sujetos diversos denominados clientes, pacientes, residentes, usuarios, etc. Así pues, conviene determinar cuál es la clientela relevante a efectos de su transmisión.

Como premisa, considero trascendental la distinción que hace el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de septiembre de 2017 sobre la reversión del servicio de «atención al cliente» en la Estación de Atocha por ADIF: clientela, en un sentido económico o mercantil, es quien paga por la adquisición de un bien o la prestación de un servicio. Por ello entiende que en este servicio no puede considerarse que se haya transmitido la clientela. Este concepto económico y mercantil es el que debe seguirse para determinar si se ha transmitido la clientela, porque no en todos los casos en los que hay un usuario o destinatario final del servicio puede este ser considerado cliente. En esencia, la determinación de quien es el cliente dependerá de la configuración del contrato público o privado y de la procedencia de los ingresos del contratista. En unos casos, los ingresos procederán de los pagos efectuados por la empresa principal o cliente, mientras que en otros vendrán del derecho de explotación del servicio externalizado concedido por la comitente.

Tal y como distingue GÓMEZ ABELLEIRA, en una sucesión de empresa pueden darse tres situaciones diversas respecto a la clientela que se deben valorar para una posible transmisión. La primera, es que el cliente sea la propia empresa principal receptora del servicio, por ejemplo, las contratas de limpieza, seguridad, mantenimiento, etc. La segunda, que la clientela se encuentre «cautiva», por ejemplo, en la explotación de concesiones administrativas en las que el adjudicatario es el único prestador del servicio para un colectivo de clientes cerrado. Y la tercera, cuando existan más prestadores de servicios que otorguen a los potenciales clientes la libertad de elegir entre uno u otros. Es decir, el titular de la contrata o concesión actúa en un mercado de bienes o servicios abierto a la competencia. Afirma el autor que en primer y segundo caso habrá siempre transmisión de la clientela a efectos de la Directiva 2001/23/CE, sin embargo el tercero requerirá un análisis pormenorizado para verificar hasta que punto el nuevo titular de la actividad objeto de la contrata o concesión ha captado la clientela en virtud de ciertas acciones llevadas a cabo por cedente y/o cesionario para posibilitar el traspaso: cesión de listas de clientes, mantenimiento de las vías de contacto, promociones de fidelización, etc.⁶⁶.

La traslación de estos criterios al ámbito público, la identificación del verdadero cliente y su operatividad según se trate de un supuesto de sustitución de concesionarios o de reversión resulta algo más difícil por la compleja estructura de los contratos públicos que canalizan las prestaciones de servicios, complicándose más tras la reestructuración de los tipos contractuales.

a) La cuestión era más accesible bajo la anterior configuración de los contratos públicos en el TRLCSP-2011, pues las prestaciones «de hacer» se encauzaban básicamente a través de dos

⁶⁶ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, "Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]", cit., p. 6/19 pdf descargado.

contratos públicos: el «contrato de gestión de servicio público» y el «contrato de servicios». El primero era aquel mediante el cual la Administración encomendaba a un tercero la gestión servicio público, y este tercero, el concesionario, era el que mantenía una relación directa con los usuarios del servicio público cuya competencia correspondía a la entidad concedente. De esta manera se creaba una estructura de relaciones triangular: se establecía una relación de carácter contractual entre la Administración y el empresario concesionario, toda vez que este último establecía una relación con los usuarios del servicio regulada por la propia normativa del servicio público en cuestión y las condiciones de prestación establecidas en el pliego. En cambio, esta relación con otros sujetos diversos a la Administración no se producía con el antiguo contrato de servicios, en las que el usuario del servicio era la propia Administración.

Por tanto, la identificación del cliente era solo problemática en el caso del contrato de gestión indirecta de servicio público, pues en un contrato de servicios *ex* TRLCSP-2011 el (único) cliente era siempre el ente público contratante. Dentro del contrato de gestión de servicios, en el que se reproducía esta estructura con dos tipos de relaciones, había que distinguir entre la modalidad de «concesión» y el resto de modalidades para identificar al cliente. Para ello, es necesario recurrir al concepto de «riesgo de explotación» operativo en el ámbito comunitario.

En las disposiciones, tanto normativas como no vinculantes, de la Unión Europea el concepto de «riesgo de explotación» sirvió durante la década de los años 2000 para identificar cuándo se estaba en el ámbito de aplicación de un contrato de concesión o de un contrato de servicios. Así, el riesgo de explotación, consustancial al concepto de concesión, aparecía cuando concurrían las siguientes notas características: 1) la obtención de la retribución del cesionario en función de la utilización del servicio, aceptando la posibilidad de que fuera íntegramente abonada por la Administración en función del uso del servicio; 2) su procedencia, total o parcial, pero directa, de los usuarios del servicio; y 3) se relacionaba con «servicios de interés económico general»⁶⁷.

Con ciertos matices sobre las características anteriores, la jurisprudencia del TJUE, venía identificando la existencia de dicho riesgo de explotación y, en consecuencia, deslindando entre un contrato de concesión o un mero contrato público atendiendo a los siguientes criterios: 1) no era relevante que la actividad tenga interés general o carácter público; 2) era determinante que el contratista asumiera la responsabilidad por daños causados a terceros en concesión, si lo asume la Administración es un mero contrato público; 3) también que la contratista debe asumir el riesgo de insolvencia causada por impagos del servicio. Pero, sobre todo, a efectos de lo que nos interesa ahora, adquiría especial importancia la retribución. Así pues, 4) si la remuneración provenía directamente de la Administración, no se estaba ante una concesión, sino ante un contrato público. Pero por el contrario, 5) cuando la retribución proviene de los usuarios, que bien pueden ser estos

⁶⁷ R. SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, cit., p. 132.

ciudadanos u otras empresas públicas o privadas distintas a la concedente⁶⁸, se asume un riesgo efectivo en la explotación y se está, por consiguiente, ante un contrato de concesión⁶⁹.

Así las cosas, no tenían carácter de concesión porque no asumían el riesgo de explotación, cuando era la propia Administración la que financiaba los contratos públicos de recogida de basuras y tratamiento de residuos (STJUE de 10 de noviembre de 1998, *Gemeente Arnhem*, asunto C-360/96), de prestación de servicios de socorro (STJUE de 29 de abril de 2010, *Comisión/Alemania*, asunto C-160/08) o de elaboración y suministro de calzado ortopédico (STJUE de 11 de junio de 2009, *Hans & Christophorus*, asunto C-300/07). En cambio, en la STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (asunto C-458/03), sobre un contrato de construcción y explotación del servicio de aparcamiento de vehículos en el que la retribución procedía del pago de una tarifa por los usuarios del mismo, se apreció el riesgo y se calificó el contrato como concesión administrativa. En síntesis, que la retribución debía proceder de los usuarios era una condición *sine qua non*, sin que cupiese admitir la existencia de riesgo y de concesión cuando la misma fuese pagada por la Administración, aunque estuviera supeditada a la demanda por parte de los usuarios del servicio (cuestión que no exigía la Comisión). Pero, con posterioridad, el TJUE comenzó a matizar su postura, admitiendo la existencia de riesgo aun cuando la retribución proviniese de las AAPP, como en el contrato de prestación del servicio del ciclo integral del agua municipal (STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, asunto C-206/08)⁷⁰.

En síntesis, tanto en el «contrato de servicios» como en el «contrato de gestión de servicio público» en el que la contraprestación la paga directamente la Administración, esta será la verdadera cliente. En el contrato de servicio público concesional en que sea el usuario final quien pague la correspondiente tarifa por su utilización, este será el cliente. En consecuencia:

i) En el «contrato de servicios» en el que la única clienta es la Administración y recibe la prestación por parte del adjudicatario a través de un pago único, la sucesión de concesionarios conlleva «siempre» la transmisión de la clientela. Sin embargo, en una reversión y asunción directa de su prestación por la entidad comitente no hay transmisión de la clientela, por cuanto que el único cliente existente, el ente público, es ahora quien pasa a ejecutar la prestación. En cualquier caso, estando ahora en el análisis de circunstancias fácticas en la transmisión de actividades

⁶⁸ STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater*, asunto C-274/09, en el que la retribución se pagaba por un organismo público gestor de la seguridad social distinto a la entidad concedente.

⁶⁹ R. SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, cit., pp. 132-140. Una recopilación sistemática efectuada por la autora respecto a los criterios jurisprudenciales considera que se estaba ante un contrato de concesión: “1) Remuneración procedente de terceros (usuarios del servicio principalmente) siempre y cuando 2) se compruebe que se ha transmitido el riesgo de la explotación. En todo caso, se considerará que se ha transmitido este riesgo de explotación cuando se den las siguientes circunstancias acumulativamente: El contratista asuma al menos «una parte significativa» del riesgo existente aunque este sea muy limitado desde el origen; No existan compensaciones que garanticen beneficios o corrijan pérdidas por parte de la Administración; Consista en alguno de los siguientes riesgos de mercado: riesgo de competencia, riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda, riesgo de que los ingresos sean insuficientes para cubrir los costes, riesgo de insolvencia, riesgo de daños a terceros”.

⁷⁰ Todas estas sentencias del TJUE y muchas más son analizadas por la autora citada en la nota precedente y en las páginas señaladas.

materializadas, la transmisión de la clientela deberá ser ponderada en una valoración de conjunto con otros que puedan aparecer en el marco de una entidad económica «multifactorial», en la cual se precisen otros elementos materiales, inmateriales o personales para realización de la actividad.

ii) En el caso de un contrato concesional en el que los usuarios del servicio público paguen la contraprestación mediante la correspondiente tarifa, será necesario valorar en primer lugar si la clientela esta «cautiva», en el sentido de que no haya otros competidores o prestadores de servicios que puedan constituir competencia. Si está cautiva, se habrá transmitido la clientela, por cuanto que el titular del servicio ostenta una posición privilegiada para explotar la actividad frente a un colectivo cerrado de usuarios que no cuenta con más opciones para satisfacer su demanda. Si no está cautiva, tendrá que examinarse que entre cedente y cesionario no se hayan producido ciertas acciones tendentes a garantizar la conservación de la clientela por el nuevo empresario. En todo caso, se tratará de un análisis que tendrá en cuenta la posible transmisión de otros factores de producción y el mayor o menor peso que pueda tener la clientela dentro del conjunto atendiendo al concepto de «frecuentación del servicio». El criterio a seguir debe ser el mismo tanto si la Administración encomienda su prestación a otro empresario tras incoar el oportuno expediente de licitación, como si recupera la gestión. En dicho análisis podrán considerarse factores como la existencia de competencia, la obligatoriedad de utilización del servicio por los usuarios, el precio de la tarifa pública en relación al precio de mercado por un servicio equivalente, etc.

iii) En el caso en que el contrato de gestión de servicio público en que la Administración pague un precio por su utilización también debe conducir a la conclusión de que se transmite la clientela cuando hay una sucesión de concesionarios. Sobre todo, porque en estos casos, además del abono al cesionario de una cantidad económica por usuario atendido suelen pactarse cláusulas que mitigan el riesgo que se asume el prestador por cuanto que compensan un desequilibrio económico. En caso de reversión difícilmente se transmitirá la clientela cuando sea la Administración la que pase ejecutar un cometido propio con sus propios medios.

Ahora bien, la presencia de dichos usuarios, pacientes, etc., no será del todo inocua a efectos de la transmisión. Y es que se trata de un supuesto en el que, con probabilidad, haya un conjunto de trabajadores organizados y cualificados, cuya experiencia y *know how* sean relevantes a efectos de analizar si la entidad económica transmitida mantiene la identidad. Además, en este mismo supuesto, la eventual existencia de documentación, expedientes, historias clínicas, etc., de dichos usuarios, constituyan un activo intangible a tomar en consideración para el traspaso.

b) No es tan diferente la situación tras el cambio de la tipología de contratos públicos, pero las consecuencias mencionadas no necesariamente pueden adscribirse a los mismos contratos. Para empezar, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, ha establecido como criterio delimitador entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios la asunción del «riesgo operacional». En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. En el caso de que lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios. «Riesgo operacional» no es sinónimo de los conceptos de «riesgo de explotación» ni de «riesgo y ventura». Tal y como lo define SAHÚN PACHECO en su tesis doctoral, tras el análisis pormenorizado

de todos sus rasgos característicos, “*el riesgo operacional es un riesgo de tipo económico-comercial fruto de explotar u operar un negocio, que se deriva de factores externos al control de las partes y que debe reflejarse en el sistema retributivo del contrato haciéndolo depender de la frecuentación o uso que hagan los consumidores de la obra o servicio (ya sea en forma de demanda o de suministro) de manera que el contrato quede expuesto a las reglas de funcionamiento del mercado y pueda mitigarse sin que se garantice la recuperación de la inversión*”⁷¹. Así las cosas, con independencia del origen de la remuneración, que puede provenir directamente del ente adjudicador o del ciudadano mediante el pago de la tarifa reglamentaria, la contraprestación descansa sobre el concepto de «frecuentación de la obra o servicio objeto del contrato». Esto es, simplificando al máximo⁷², y al objeto de determinar la eventual transmisión de la clientela, cabe formular las siguientes precisiones:

i) El nuevo «contrato de servicios» permite abarcar ahora tanto prestaciones de hacer destinadas a la propia entidad pública contratante como al ciudadano mediante la gestión de un servicio público (art. 312 LCSP). En ningún caso el concesionario asume el riesgo operacional, puesto que en ningún caso explota el negocio, sino que se obliga a ejecutar el servicio de forma sucesiva y a cambio de un precio unitario, que vendrá establecido en el pliego de cláusulas administrativas y que podrá referirse a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, entre otros (arts. 17 y 309.1 LCSP). La administración paga y ella será el único cliente, con independencia de que se trate de un servicio público o de un servicio prestado directamente a la entidad. En consecuencia, la sucesión de concesionarios ha de comportar la transmisión de la clientela pero en la reversión no puede estimarse así. Cabe insistir igualmente en que debe llevarse a cabo una valoración de conjunto de todas las circunstancias de hecho.

ii) El contrato de «concesión de servicios» implica la transmisión de un riesgo operacional al concesionario cuya retribución dependerá de la frecuentación o fluctuación de los usuarios del servicio, independientemente de que exista *publicatio* o no. En unas ocasiones será abonado por la Administración; en otras, directamente por los usuarios, pudiéndose incluso establecerse el pago de un canon en beneficio de la comitente. En ambos, pueden establecerse cláusulas en el pliego que amortigüen el riesgo y permitan reestablecer el equilibrio económico financiero del contrato, siempre y cuando no acaben eliminando el riesgo por completo o reduciéndolo a su mínima expresión. Así, el concesionario asume un riesgo que puede implicar que no recupere las inversiones realizadas o los costes que conlleva la prestación del servicio público.

ï) Cuando el ciudadano/usuario abone la tarifa reglamentaria del servicio deberá valorarse, en los términos antes expuestos si la clientela esta cautiva o si en su defecto se ha ejercido alguna acción entre cedente y cesionario que pudiera comportar igualmente la transmisión de la clientela. Dicha transmisión de la clientela, dándose los presupuestos referidos, operará tanto en la sucesión de concesionarios como en la reversión por la Administración. Si bien, será necesaria una

⁷¹ Cfr. R. SAHÚN PACHECO, *Riesgo operacional y servicio público*, cit., p. 156.

⁷² Con mayor detalle: *Ibid.*, pp. 157-176.

valoración de conjunto para determinar el peso específico de esta dentro del conjunto de circunstancias que conforman la transmisión, atendiendo a la «frecuentación del servicio».

ii') Cuando la Administración abone la contraprestación será la cliente, con independencia de existencia de otros beneficiarios del eventual servicio público. Ahora bien, la nota definitoria de los contratos de concesión y la necesidad de asunción del riesgo hace que la retribución dependa de la frecuentación del servicio, por lo que se asume el riesgo de que no se recuperen las inversiones o los gastos realizados por la entidad que explote la actividad. En este sentido, aunque sea la Administración la que abone la contraprestación económica del contrato, depende en todo caso de la existencia de un mayor o menor número de usuarios que constituyen un colectivo cerrado adscrito a la gestión del servicio. La clientela estará siempre cautiva, siempre habrá transmisión de la misma, tanto en la sustitución del adjudicatario como en la reversión de la concesión. De modo que, tendrá que valorarse el peso específico de este factor entre el resto de indicios para ver si hay transmisión de empresa.

Igualmente, la presencia de usuarios del servicio puede ser un indicio de la existencia de mano de obra cualificada o de activos intangibles que permitan su continuidad en supuestos tanto de sucesión como de reversión de concesiones.

III. SINGULARIDADES DE LAS REVERSIONES DE CONTRATAS PÚBLICAS BASADAS EN LA MANO DE OBRA

1. Su escasa virtualidad debido a la naturaleza pública del comitente

La doctrina de la sucesión de plantillas nace en el ámbito de la sucesión de contratistas privados o concesionarios públicos encargados de la prestación de una actividad basada en la mano de obra. Nuestra jurisprudencia ha incorporado, a veces acudiendo estrictamente a estas palabras y otras veces no, el denominado «test de la sucesión de plantillas», que describe la operación típica en la que se desenvuelve esta doctrina como aquella por la que la empresa principal (pública o privada) decide poner fin al contrato que mantiene con una primera contratista, y encomienda la actividad a una segunda contratista, que asume una parte de la plantilla «cualitativa o cuantitativamente» relevante de la empresa sucedida, siempre y cuando la actividad descansa en la mano de obra (entre otras muchas: SSTS de 5 de marzo de 2013, rec. 3984/11; de 9 de julio de 2014, rec. 1201/13; de 12 de marzo de 2015, rec. 1480/14; de 23 de noviembre de 2016, rec. 795/15; de 28 de octubre de 2018, rec. 2118/16)⁷³.

⁷³ Más concretamente, en sus propios términos “se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios (empresa entrante) sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades (empresa saliente) por cuenta o a favor de un tercero (empresa principal o entidad comitente); B) la sucesión de contratistas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la empresa saliente, encargando a la empresa entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la empresa entrante ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la

No obstante, esta doctrina despliega sus efectos igualmente aunque el empresario que asume la plantilla del anterior no sea un nuevo contratista o concesionario, sino que es la empresa principal quien decide poner fin a la externalización y prestar la actividad directamente. Pues bien, la sucesión de plantillas es de aplicación también a las Administraciones Públicas, y no faltan sentencias en las que el Tribunal de Justicia la ha aplicado a entidades públicas que revierten una actividad desmaterializada⁷⁴ o ha considerado su aplicación⁷⁵, aunque finalmente no lo hiciera por no concurrir las premisas exigibles⁷⁶.

Tampoco la jurisprudencia interna, una vez superadas sus reticencias iniciales, ha mostrado especiales dificultades para apreciar una asunción efectiva de plantillas en supuestos de reversión de actividades para ser prestadas por la empresa principal. Sin embargo, aunque no hay obstáculo alguno que permite excluir esta doctrina en los casos en los que la Administración asume la prestación de un servicio externalizado⁷⁷, en la práctica ha sido difícil su extensión. Cabe recordar que la apreciación de si ha existido una sucesión de plantillas es una cuestión de resultados y no de medios, por lo que poco importa que se produzca de forma voluntaria –bien por acuerdo negociado entre ambos empresarios, bien por contratación de los trabajadores despedidos por el anterior– u obligatoria –por disponerlo el convenio colectivo o el pliego de condiciones administrativas–. Pues bien, ninguno de estos modos de asunción de la plantilla puede darse, en principio, cuando la Administración recupera un servicio.

Como se verá en el capítulo siguiente, ni el pliego de condiciones puede imponer esta consecuencia de acuerdo con la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, ni tampoco opera en un supuesto en el que no hay una nueva adjudicación del servicio. Por su parte, el convenio colectivo sectorial no es aplicable a las AAPP de acuerdo con una consolidada jurisprudencia.

Y, del mismo modo, no parece que la Administración, en un supuesto en el que no resulte obligada a subrogar al personal de la contratista en virtud de una norma vinculante, pueda adoptar la decisión voluntaria de hacerlo⁷⁸. A mi juicio, podría impugnarse llegado el caso por posible

contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la empresa saliente; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la mano de obra organizada u organización de trabajo".

Con mayor detalle: D. Martínez Saldaña, "¿Cuándo se produce una sucesión de empresa? Distintos orígenes y distintos alcances", en AAVV (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 75 y ss.

⁷⁴ STJUE de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, asuntos C- 127 y 229/96 y 74/97; de 29 de octubre de 2010, *UGT-FSP*, asunto C-151/09.

⁷⁵ STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14.

⁷⁶ STJUE de 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C-463/09.

⁷⁷ A. DE LA PUEBLA PINILLA, "Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos", cit., p. 4/11 pdf descargado. L. E. NORES TORRES, "La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales", *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho*, n.º 2, 2016, p. 13.

⁷⁸ En este sentido: A. DE LA PUEBLA PINILLA, "Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos", cit., p. 5/11 pdf descargado. C. L. ALFONSO MELLADO, "La reversión de la gestión pública de servicios públicos: problemas laborales", en AA.VV. (Coord. Joaquín Aparicio Tovar) *Externalización y reversión de contrataciones en Castilla-La Mancha*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 244. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios*

Fraude de Ley. Piénsese que, de conseguir probarse dicha voluntad malintencionada por parte de los gestores públicos, podría utilizarse la aplicación de la sucesión de plantilla para precipitar los efectos del artículo 44 ET, lo que a la postre podría convertir al precepto estatutario la norma de cobertura para integrar al personal en la Administración, sin necesidad de superar el procedimiento selectivo previsto para el acceso al empleo público.

En este sentido, CRUZ VILLALÓN señala cuatro hipótesis en la que podría asumirse la asunción de plantilla ante una mera reversión del servicio no constitutiva de transmisión de empresa⁷⁹: 1) que se constatará que el contrato público encubría una cesión ilegal de trabajadores cuya consecuencia última conduzca igualmente a la incorporación de personal, aunque no podría el ente integrarlos de forma automática, sino que debería declararlo el juez de lo social o recurrir de oficio la administración al procedimiento de anulación de los actos administrativos; 2) que el personal adscrito a la contrata o concesión fuese en su día personal empleado público fijo, que accedió al empleo de forma reglada pero fue externalizado con el servicio, pero el ente público se comprometió a su reincorporación ante una eventual cesación o reasunción de la contrata aunque no concurren los presupuestos aplicativos de la transmisión de empresa; 3) que se habilite un proceso selectivo abierto y con una ponderación adecuada de los méritos por experiencia profesional, en el que el personal empleado a la contrata concurrese y fuera superado por una parte esencial de la plantilla, en términos de número y competencias; y 4) la difícil y dudosa hipótesis de que, aun cuando el personal fuera contratado por la empresa contratista, esta empleara un procedimiento de selección cuyas garantías sean equiparables a las previstas en el artículo 55 RD-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 adelante, EBEP)⁸⁰.

Es por ello que la aplicación del artículo 44 ET en actividades basadas en la mano de obra es harto difícil cuando se recupera una contrata o concesión pública. De modo que la solución más habitual en la reversión de actividades como el servicio público de ayuda domiciliaria, o la limpieza, vigilancia y mantenimiento de dependencias públicas, etc., será que no hay sucesión de empresas en tanto que la Administración no está obligada a la subrogación⁸¹. Por ello, cuando continúe

públicos: aspectos administrativos y laborales, cit., p. 75. R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 161.

Con mayor motivo cabe impedir la adopción de una decisión unilateral en este sentido tras la entrada en vigor de la LCSP: J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, "Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 43-44, 2018, p. 112.

⁷⁹ J. CRUZ VILLALÓN, "Claves laborales de la participación privada en la actuación pública", cit., pp. 43-44.

⁸⁰ BOE n.º 261 de 31-10-15.

Con anterioridad a la aprobación del EBEP (Ley 7/2007, de 12 de abril; BOE n.º 89 de 13-04-07) el legislador ya había recogido dichos principios en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (BOE n.º 185 de 03-08-84; en adelante LMRFP), cuyo art. 19.1 determina que "las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

⁸¹ L. LÓPEZ CUMBRE, "Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público", *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, n.º 3, 2017, p. 123. M. L. ARASTEY

prestando el servicio tras la reversión con sus propios efectivos de personal o contratando a nuevo personal, no podrá entenderse que se ha transmitido nada, ni que la entidad económica mantenga su identidad (SSTS de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10; de 9 de febrero de 2016, rec. 400/14; de 16 de junio de 2016, rec. 2390/14; de 12 de julio de 2016, rec. 349/15; de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/15; de 13 de octubre de 2020, rec. 2126/18). Aunque es cierto que la realidad no esconde casos en los que ha habido transmisión de empresas por aplicación de la sucesión de plantillas.

2. Supuestos sintomáticos de sucesión de plantillas

Una vez determinado que ni el convenio colectivo, ni el pliego de condiciones, ni la asunción de plantilla voluntaria pueden entrar en juego en la reversión de contratas y servicios públicos, los supuestos que podemos contemplar pueden ser calificados, en su mayoría, como sintomáticos o patológicos. Las principales causas por las que se ha aplicado esta modalidad de transmisión son:

A) En primer lugar, cuando se produce una sucesión de plantilla debido a una errónea calificación de la actividad. En efecto, consultando las principales bases de datos de jurisprudencia pueden encontrarse sentencias en las que el órgano judicial ha aplicado la sucesión de plantillas. Y así lo manifiesta expresamente. Sin embargo, se trata de supuestos en los que la transmisión habría operado igualmente por existir activos patrimoniales que se han transmitido, por lo que el resultado no queda alterado. Por consiguiente, se incurre en un error metodológico, pues en realidad, la asunción de los trabajadores es una circunstancia de hecho a valorar junto con otros indicios, pero no es el criterio determinante y, por tanto, no resulta aplicable la doctrina de la sucesión de plantillas, ya que solo podrá serlo cuando se trate de actividades en las que no hay ningún elemento más a parte de la mano de obra. Por tanto, si la Administración asume a los trabajadores, es porque está obligada a hacerlo al habersele transmitido una entidad económica basada en equipamiento, con independencia de que haya contratado o no a los trabajadores. Aunque no alteran la solución que debe darse al caso, no ayudan a la ya difícil inteligencia de la aplicación judicial de la transmisión.

a) Es lo que ocurre en un supuesto reversión del servicio de limpieza viaria en el que el TSJ vasco, a pesar de constatar la transmisión de medios materiales (vehículos, carritos y escobas de barrendero, etc.), finalmente concluye que se produce la transmisión por sucesión de plantillas en la medida en que ha asumido a 12 de los 18 trabajadores adscritos a la concesión (SSTSJ País Vasco de 15 de septiembre de 2015, rec. 1441/15; de 6 de octubre de 2015, rec. 1732/15; de 13 de octubre de 2015, rec. 1619/15; de 2 de febrero de 2016, rec. 2409/15). Es interesante la forma de producirse. Parece ser que el Ayuntamiento, entendiéndolo que iba a tener que subrogar necesariamente a los trabajadores, decide convocar un concurso para incorporar con la condición

SAHÚN, "Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios", en AAVV (AEDTSS) *Descentralización productiva. Nuevas formas de trabajo y organización empresarial XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 1*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 98.

de funcionarios interinos a aquellos empleados de la contratista que lo superaran. Estima la sala que la convocatoria publicada establece una clara preferencia hacia aquellos, ya que hacía muy difícil el acceso a otros candidatos al atribuir una valoración excesiva a la experiencia obtenida en el puesto ofertado. De esta manera, de las 15 plazas convocadas 12 fueron ocupadas por los ex trabajadores de la contratista. El ente local además alegaba que la superación de las pruebas y la consiguiente mutación de régimen laboral al administrativo impedía apreciar la sucesión de empresa. El TSJ, lógicamente, descartó tales argumentos y declaró improcedente el despido de los 6 trabajadores restantes. Sin embargo, como se decía al principio, lo hace porque considera que *“ha existido asunción de plantilla en número más que considerable (provocada por los méritos establecidos por el propio Ayuntamiento para acceder a los puestos), y transmisión de los elementos precisos para la ejecución del servicio”*⁸².

b) En otros casos que igualmente se aplica la sucesión de plantilla en actividades basadas en equipamiento, no alude el tribunal a la transmisión de elementos del activo patrimonial, pero se deduce perfectamente su presencia por el tipo de actividad, teniendo en cuenta otros precedentes judiciales sobre actividades similares. Por ejemplo, en el caso de la gestión de pisos tutelados dependientes de un Ayuntamiento en los que se requiere una infraestructura (inmueble, mobiliario, etc.) para su explotación (STSJ Extremadura de 27 de septiembre de 2012, rec. 353/12)⁸³.

c) Un supuesto a mi juicio enigmático e inexplicable es el que describe la STSJ Madrid de 27 de junio de 2006 (rec. 816/06) porque, salvo que falten datos en el caso a los que no he tenido acceso, ni revierte el equipamiento ni se asume la plantilla, pero el TSJ impone la transmisión: *“Así pues, conforme a la citada doctrina, constando que los trabajadores prestaban por cuenta de la empresa contratista un servicio propio del Ayuntamiento, cual es el mantenimiento de jardines y zonas verdes, no constando que el mismo se haya adjudicado a otra empresa, no habiendo facilitado el recurrente la información que al respecto se le ha requerido por parte del Juzgado, hemos de presumir, como hace el Juzgador a quo, que el demandado se ha hecho cargo de dicho servicio y que, consecuentemente, ha de hacerlo de la plantilla que venía desarrollándolo.”*

⁸² Muchas de las sentencias son firmes por cuanto que fue declarada la inadmisión del recurso de casación declarando la contradicción con las correspondientes sentencias de contraste reafirmando que se ha producido una sucesión de plantillas (AATS de 14 de febrero de 2017, rec. 1373/16; de 30 de marzo de 2017, rec. 857/16; de septiembre de 2017, rec. 931/16).

⁸³ En cualquier caso, nada se dice al respecto en la sentencia, más que *“ha quedado acreditado que al rescindir el Ayuntamiento la gestión de servicio público de los pisos tutelados adjudicados a dicha empresa con efectos del día 18-04, las actoras continuaron prestando los nuevos servicios sin ser dadas de alta durante dos días y finalmente el día 28 suscribieron los correspondientes contratos temporales. De tales hechos declarados probados se infiere que estamos ante un caso de sucesión de plantilla, por cuanto el Ayuntamiento demandado asumió «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica» , esto es, la mano de obra de las actoras en que se sustenta la actividad, pues consta que las trabajadoras continuaron prestando servicios primero sin estar de alta en la seguridad social y tras ello con un contrato temporal, cuya fraudulencia ha sido declarada por la sentencia de instancia, sin que ninguna de las partes haya atacado dicha declaración”*.

B) En segundo lugar, la sucesión de plantilla en supuestos en los que, pese a negarse la Administración a subrogar al personal afectado, una vez extinguido el contrato público suscribe contratos temporales con los trabajadores despedidos.

a) Ocurrió precisamente así en el supuesto anterior de la reversión de los pisos tutelados (STSJ Extremadura de 27 de septiembre de 2012, rec. 353/12).

b) En la reversión del servicio de limpieza de colegios públicos, en el que, tras recibir notificación de la obligación de subrogación por disponerlo el Convenio Colectivo por parte de la contratista cesante, la Administración no lo cuestiona y oferta contratos temporales a los trabajadores (SSTSJ Castilla y León de 9 de noviembre de 2011, rec. 1693/11; de 25 de octubre de 2011, rec. 1691/11)⁸⁴.

c) En el caso analizado en la STSJ Andalucía de 18 de abril de 2013 (rec. 260/13), respecto a un Servicio de Ayuda a Domicilio, en el que una vez dado por finalizada la relación contractual con la contratista, celebró contratos temporales con más de la mitad de los trabajadores⁸⁵.

d) De forma similar al anterior, en un servicio de limpieza de edificios públicos (STSJ País Vasco de 8 de febrero de 2005, rec. 2418/04).

e) Es un caso peculiar el de la STSJ Galicia de 14 de noviembre de 2013 (rec. 2996/14), sobre la integración de figurantes musicales en la Televisión Gallega (TVG SA), tras la finalización del contrato con la empresa contratista: *“la empresa recurrente ha contratado a todos los figurantes, salvo al actor y a otros dos que declinaron la oferta, pues se trataban, estos dos últimos, de familiares del administrador de la empresa contratista a la que se le pone fin a la contrata. En definitiva, la sucesión en este caso se ha producido por la asunción de la plantilla, y no por la*

⁸⁴ “Consta probado que el Ayuntamiento se ha hecho cargo de todos de los trabajadores de la anterior contratista, aunque sea a través de la suscripción de contratos temporales, por lo que de facto la organización productiva dedicada a la limpieza de los colegios que venía siendo identificada esencialmente por el conjunto de plantilla adscrito a dicha actividad ha sido asumida directamente por la empresa principal, sin que a tales efectos tenga ninguna relevancia que dicha empresa sea una Administración Pública y ello con independencia de que los trabajadores así integrados en la misma, al no haber pasado por un proceso selectivo destinado a garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, solamente puedan ser considerados en el seno de la misma como indefinidos no fijos”.

⁸⁵ En hechos probados consta que “en fecha 01.02.2010 la Corporación Local procedió unilateralmente a dar por concluidos los contratos concertados con Clece y pasó desde entonces a prestar el mismo servicio de ayuda a domicilio por sí mismo, procediendo en ello a concertar contratos de trabajo con diversos trabajadores, muchos de los cuales prestaban hasta entonces servicios para Clece, de modo que con ello el Ayuntamiento pasó a hacerse cargo de la mayor parte de la plantilla de Clece empleada en la obra citada, en un porcentaje en todo caso superior al 50% de la misma. La aplicación de tal doctrina comunitaria determina que el recurso interpuesto por Clece haya de ser estimado. Partiendo de la base de que se ha contratado a la mayor parte de las trabajadoras que prestaban servicios de ayuda a domicilio para Clece, tal circunstancia, subsumiéndola en la doctrina judicial citada, conduce a la Sala, al haberse producido la transmisión de una unidad productiva, a la estimación del motivo y por su efecto el recurso a los fines de que, con revocación en parte de la sentencia combatida, resulte condenado a las resultas del despido improcedente de las demandantes el Ayuntamiento de Coín, con la consiguiente absolución de Clece”.

aportación de los elementos patrimoniales, los que por otro lado eran accesorios, pues lo esencial para la figuración musical son las personas y nos los instrumentos”.

f) En el mismo sentido, sobre la reversión del servicio de mantenimiento del alumbrado público (STSJ Andalucía, Sevilla, de 8 de mayo de 2007, rec. 3502/04).

g) En la reciente STSJ Extremadura de 25 de marzo de 2021, rec. 119/21, tras la reversión del servicio de centros residenciales con recuperación de bienes patrimoniales el Ayuntamiento se niega a subrogar a la plantilla, pero luego realiza un proceso de selección y contrata a 10 de los 15 trabajadores del servicio. Con todo, lo más llamativo es que el tribunal considera que, precisamente por esa contratación, se produjo una sucesión de plantillas que desencadenó la sucesión de empresa sin adjudicar tal conclusión a la recuperación del equipamiento. En términos similares, la STSJ Andalucía, Granada, de 19 de noviembre de 2020, rec. 1003/20.

i) Incluso, la STJUE de 29 de julio de 2010, *UGT-FSP* (asunto C-151/09), sobre un supuesto español en la que queda claro que el Ayuntamiento de la Línea de la Concepción asume voluntariamente a los trabajadores que prestaban las actividades de limpieza y mantenimiento para la empresa contratista durante el periodo de externalización del servicio.

C) En tercer lugar, sucesión de plantilla por continuar la Administración prestando el servicio y permitiendo que los trabajadores de la empresa concesionaria continúen desarrollando sus funciones una vez finalizado el contrato público, sin cobertura jurídica alguna, por lo que asume la entidad pública *de facto* la posición de empleador.

a) Por ejemplo, en la STSJ Galicia de 5 de mayo de 2017, rec. 551/17, el órgano judicial determina que el ente público *“ha permitido [a los trabajadores] continuar prestando servicios, sin ningún impedimento y haciendo suyos los frutos de su trabajo, durante varios días, sin notificarles en momento alguno que ya no prestaban sus servicios y sin impedirles acceder a sus centros de trabajo”*. Y es que, tras el cese de la contratista en la prestación del servicio de limpieza de edificios municipales, el Ayuntamiento pasó a asumir de forma directa la actividad, permitiendo que las trabajadoras continuasen yendo a trabajar durante 10 días, momento en que se les impidió la entrada por estar ya otro personal desarrollando el servicio, constituyendo esta negativa despido.

b) Un caso muy similar el de la STSJ de 14 de octubre de 2016 (rec. 5952/16), respecto a un Ayuntamiento que, desde que ha tomado la posesión de recinto ferial antes adjudicado, ha continuado desarrollando la misma actividad que llevaba a cabo el Consorcio Pro Ferias y Exposiciones (FIMO), con los mismos medios que aquella, entre los que se encontraban los dos trabajadores demandantes y que impide a éstos el acceso a las instalaciones, tras haber prestado servicios varios días desde la adjudicación de la finca.

c) Así ocurrió también en la reversión del «servicio 010 de atención telefónica» del Ayuntamiento de Zaragoza (SJS n.º 2 Zaragoza de 19 de febrero de 2018, proc. 715/17), en el que *“el Ayuntamiento, a sabiendas de que Pyrenalia había abandonado la prestación del servicio, considerando que el servicio 010 debía seguir activo, consintió que las trabajadoras continuaran*

desempeñando las mismas funciones bajo su paraguas, llegando a abonar incluso los salarios de junio a septiembre de 2017. La circunstancia de que no diera el Ayuntamiento de alta a las trabajadoras en la Seguridad Social y que estas siguieran estándolo por Pyrenalia no es sino una circunstancia meramente formal que no impide la averiguación de la persona del verdadero empleador, a fin de determinar la naturaleza del auténtico vínculo laboral". En consecuencia, entiende el juez que el ente local ha asumido la misma plantilla tras la reversión del servicio, por lo que deben aplicarse las consecuencias de la transmisión empresarial.

d) Con todo, hay sentencias que se pronuncian en sentido contrario entendiendo que *"aún con consentimiento del AGA [ente público], la prestación laboral del demandante en un período de tiempo breve y posterior a terminar la concesión (15/23-4-2014) lo fuera "motu proprio" de éste y sin amparo o cobertura normativa, que no permite calificar el AGA como nueva empresa (de hostelería), aunque su infraestructura propia de tal clase y su naturaleza de organismo de Derecho público no impidiera la sucesión litigiosa".* Aunque es claro que se trataba de una actividad materializada, por lo que además hay una errónea identificación de los requisitos necesarios para que opere la subrogación empresarial (SSTSJ Galicia de 4 de marzo de 2015, rec. 4493/14; de 7 de abril de 2015, rec. 85/15; de 15 de mayo de 2015, 877/15; de 4 de junio de 2015, rec. 961/15; de 30 de noviembre de 2015, rec. 734/15).

D) En cuarto lugar, sucesión de plantilla por existir una voluntad deliberada de integrar al personal por la Administración, circunstancia que debería –a mi juicio– conducir a la aplicación de la doctrina del Fraude de Ley. Si bien es cierto que, en los casos encontrados y que ahora se exponen, existe la duda de si hay reversión de elementos materiales o no ante la nula valoración de estos por el órgano judicial (aunque servicios similares suelen calificarse como materializados).

a) En un supuesto de servicio de estacionamiento con limitación horaria en el que el acuerdo de la corporación local incluye la decisión de subrogar a la plantilla (STSJ Cataluña de 23 de marzo de 2017, rec. 359/17)⁸⁶.

b) La misma situación se produce en la STSJ Cantabria de 5 de noviembre de 2013 (rec. 649/13), en la que *"la Entidad local demandada, tras cesar la empresa concesionaria en la gestión y explotación del servicio de recaudación, asumió directamente dicha gestión, sin solución de continuidad y haciéndose cargo de todos los trabajadores que prestaban sus servicios profesionales para la empresa adjudicataria, con la sola excepción de la actora. Por tanto, estamos ante un supuesto de reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a un*

⁸⁶ Consta como hecho probado (13º) que *"a partir del 1 de septiembre de 2016, el Ayuntamiento de Girona se hizo cargo directamente de la explotación del servicio de estacionamiento con limitación horaria de la ciudad cuya explotación se había concedido a Setex Aparki SA, con el mismo personal que trabajaba en dicho servicio en esa fecha. El Pleno del Ayuntamiento de Girona, por resolución de 9/12/2015 acordó asumir la gestión del mencionado servicio y subrogar al personal que prestaba servicio en el mismo".*

Ayuntamiento que acuerda seguir prestando el mismo, con la misma plantilla, lo que determina que nos encontremos ante una sucesión empresarial regulada en el art. 44 ET”.

c) En el que no hay lugar a dudas es el conocido en las recientes SSTSJ Navarra de 1 de octubre de 2020, rec. 184/20; de 8 de octubre de 2020 (3), rec. 183, 189 y 190/20; de 15 de octubre de 2020, rec. 198/20. En estas, el Ayuntamiento de Pamplona decide recuperar la gestión del servicio de asistencia domiciliaria, claramente actividad desmaterializada. En realidad, la cuestión discutida por estas resoluciones son los efectos de la subrogación, esto es, si los trabajadores deben integrarse como fijos o indefinidos no fijos, pero ello no impide la Sala Social del TSJ navarro haga un profundo repaso de la doctrina existente en torno a los requisitos de la sucesión de empresa pero no la cuestiona (en concreto, más de la mitad de la extensión de sus fundamentos jurídicos). Entre los hechos probados se constata que la corporación local comunicó a la demandante *“que pasa a ser subrogado como personal laboral de dicho Ayuntamiento”*. Pues bien, tras el exhaustivo repaso, afirma la sentencia que *“no cabe duda de que la aplicación al caso enjuiciado determina la aplicación del artículo 44 ET, cuestión sobre la que no discuten las partes”*.

E) Y, en fin, por la superación de un procedimiento selectivo convocado para cubrir el servicio tras la reversión si la mayoría de trabajadores de la empresa contratista consigue plaza.

a) Por ejemplo en el caso enjuiciado por la citada STSJ País Vasco de 15 de septiembre de 2015 y otras, sobre la limpieza viaria. Aunque era un supuesto con presencia de activos patrimoniales podría perfectamente aplicarse esta solución a actividades desmaterializadas.

b) Aunque, en otros casos, si han accedido por concurso público, se ha negado la asunción de plantillas pese a cumplirse todos los requisitos para su aplicación sobre la base de que se ha producido una novación contractual. Como en la STSJ Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2014 (rec. 827/14) que descarta la sucesión de plantillas aunque una parte significativa de los trabajadores del Servicio de Ayuda a Domicilio que superaron el concurso-oposición de carácter abierto y obtuvieron plaza por su propio mérito y la capacidad en un Consorcio Provincial de Servicios Sociales, porque *“las entidades públicas concernidas (Consorcio Provincial de Servicios Sociales y Ayuntamiento de Almansa) no han asumido a los trabajadores procedentes de la anterior empresa adjudicataria, sino que estos han accedido a la plantilla de la entidad pública por la vía de su participación en un concurso oposición público, conjuntamente con otros trabajadores”*. Bien es cierto que se convocaron 74 plazas, a las que se presentaron 205 aspirantes, entre los cuales se encontraban los 17 trabajadores del servicio externalizado y 10 de los cuales consiguieron plaza. No obstante, no debe tomarse el parámetro cuantitativo de la sucesión de plantillas atendiendo al número total de plazas convocadas. Es lógico que en este caso el número sea considerablemente mayor por cuanto que antes prestaba el servicio el municipio y ahora lo asume un ente local superior que agrupa a varios municipios. Pero lo determinante es que asuma una parte esencial, en términos de número y competencias, del anterior empresario. Circunstancia que, con toda probabilidad, se dé también respecto a los trabajadores del mismo servicio en otras corporaciones locales que pasa a ser desarrollado ahora por un Consorcio. Lo determinante, es que 10 de los 17 trabajadores de la empresa cedente superaron el proceso selectivo.

F) Sucesión de plantillas por cumplir con la obligación pactada con los trabajadores y sus representantes de «reasumir» al personal público previamente externalizado ante una eventual extinción y reversión de la contrata. En este caso, la STSJ Islas Canarias de 16 de enero de 2009 (rec. 129/08) sobre la reversión del mantenimiento y conservación de las zonas verdes del municipio, actividad claramente considerada intensiva en mano de obra: *“En este punto nos encontramos con que la Corporación demandada asumió a una parte significativa de la plantilla de trabajadores de la empresa que trabajaba en el servicio de jardinería, 9 de 17, pero dándose la significativa circunstancia de que estos nueve son la totalidad de los que con anterioridad a la externalización del servicio ya lo prestaban para el Ayuntamiento y, desde el punto de vista contractual, no se concertó con ellos nuevo contrato de trabajo”*.

Con todo, deben distinguirse estos dos últimos supuestos de los anteriores, en los que la sucesión de plantillas se produce bien por convocar un concurso posterior a la extinción de la contrata para cubrir las plazas públicas vacantes o por reasumir a los trabajadores públicos que fueron externalizados. Es estos casos, se produce una transmisión de empresa derivada de la aplicación estricta de la doctrina jurisprudencial sobre sucesión de empresas, sin que pueda ser considerada una sucesión patológica. Así lo ha entendido también la doctrina científica, que afirma que no es un obstáculo para que se produzca la sucesión de plantillas que la integración de los trabajadores haya requerido la superación de un procedimiento reglado para el acceso al empleo público, ni que tras el mismo, se integren como funcionarios o personal estatutario tras el oportuno nombramiento, con la consiguiente transformación del régimen jurídico de personal con ocasión de la reversión⁸⁷. Y es que, ni se puede impedir que los antiguos trabajadores de la contratista concurren a las pruebas selectivas por cuanto que deben tener carácter abierto, ni se puede incumplir el pacto realizado con los anteriores trabajadores públicos. Por tanto, si estos constituyen una parte esencial de la plantilla, los contratos de trabajo del resto de trabajadores no asumidos serán calificados como ilegalmente extinguidos.

3. Las posturas enfrentadas en torno a la «contrata» o «concesión» como criterio determinante de la transmisión de empresa

A) Como ha puesto de manifiesto la doctrina científica la aplicación de la «sucesión de plantillas» a los supuestos de reversión de servicios por las Administraciones Públicas proporciona una tutela casi inexistente a los trabajadores empleados por las empresas contratistas. En realidad, el problema es similar en la sustitución de contratistas o concesionarios dado que, ante la ausencia de convenio colectivo que disponga lo contrario, la asunción de la plantilla quedará condicionada a la voluntad unilateral del nuevo titular de la actividad⁸⁸. Sin embargo, es palmario

⁸⁷ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrata y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, cit., p. 112.

⁸⁸ Tal y como destaca la STS de 22 de septiembre de 2016 (rec. 1438/14) “la doctrina comunitaria deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o la mayor parte de la plantilla, la aplicación de la figura sucesoria”.

que en los supuestos de «remunicipalización» de servicios públicos es todavía más evidente por la difícil intervención de la autonomía de la voluntad, individual o colectiva⁸⁹.

Así, no parece de recibo que mientras que la tutela otorgada por la Directiva y el artículo 44 ET a los trabajadores empleados en las denominadas «actividades desmaterializadas» quede en manos de la autonomía de la voluntad, en «actividades materializadas» basadas en equipamiento y bienes patrimoniales la garantía de continuidad en la prestación de servicios opere *ope legis*.

Esta crítica se ha trasladado de forma expresa y directa al caso de las Administraciones que revierten servicios previamente externalizados, aun a sabiendas de las singularidades que dicha empresa principal tiene como condición de sujeto de derecho público y las especialidades que rigen en el acceso al empleo público en entidades del sector público⁹⁰.

Es decir, habrá actividades y servicios públicos como la gestión de centros asistenciales, la recogida de residuos urbanos o la gestión del ciclo integral del agua, en los cuales, cumpliéndose las premisas estudiadas a lo largo de este trabajo, habrá sucesión de empresas de carácter legal. Pero habrá otras como el mantenimiento de parques y jardines públicos, la atención telefónica al ciudadano o la limpieza o vigilancia de edificios y dependencias administrativas en los que no cabe la posibilidad de aplicar el artículo 44 ET, salvo que la Administración contrate directa y voluntariamente al personal obviando la normativa reguladora del acceso al empleo público. En algunos casos, el contraste es muy evidente. Así, la reversión un servicio público asistencial prestado a personas dependientes en edificios y con infraestructura puesta a disposición por la Administración podrá desencadenar la sucesión de empresa cuando sea la misma recuperada, pero ante la reversión de un servicio público asistencial prestado a personas dependientes en su propio domicilio indefectiblemente el personal estará abocado a la pérdida del empleo. En ambos casos se trata de un servicio público de características similares (de titularidad y responsabilidad pública, de carácter esencial y asistencial, prestado en régimen de continuidad, gratuidad e igualdad), en los que el personal tiene una capacitación y cualificación similares, prestados por empresas privadas contratistas o concesionarias de las AAPP y que lo aportado por aquellas es, esencialmente, la capacidad de organizar y dirigir la explotación de la actividad o el servicio. Debe tenerse en cuenta, además, que en ambos casos se trata de trabajadores a los efectos del artículo 1.1 ET empleados por entidades privadas que tienen a todos los efectos la consideración de «empresa». Es decir, cuente o no con activos patrimoniales, se trata de una verdadera empresa que cumple sus obligaciones jurídicas fiscales, de seguridad social, laborales, etc. A mayor abundamiento, si esta operación de recentralización se produjese por una empresa principal del sector privado, las posibilidades de conservar el empleo se verían notablemente incrementadas. O, por aportar otro ejemplo, la limpieza viaria, que constituye un servicio público económico

⁸⁹ Entre muchos otros autores: F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 75. J. L. MONEREO PÉREZ Y OTROS, "Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral", cit., p. 45.

⁹⁰ J. GORELLI HERNÁNDEZ, "Vías para la subrogación de los trabajadores en caso de reversión de servicios públicos", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 7, 2019, p. PR-6.5.

obligatorio para todos los municipios con independencia de su tamaño (art. 26 LBRL). Sin embargo, el equipamiento necesario para su desarrollo puede quedar condicionado por el tamaño del municipio, siendo necesario para los más pequeños un conjunto de trabajadores y algunos bienes materiales de escaso valor (escobas, carros, etc.) que lo convierten en una actividad desmaterializada, mientras que en otros requiere de una flota de vehículos y maquinaria especial que lo convierten en una actividad materializada. En estos últimos, pues, habrá más probabilidades de que se aprecie una transmisión de empresa que en los primeros.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha admitido que no constituye un trato que vulnere el principio de igualdad del artículo 14 CE la atribución de un régimen diferente de ciertas instituciones laborales atendiendo al régimen jurídico propio del empleador. Así, en la STC n.º 8/2015, de 22 de enero (FJ 9) se admitía, en función de que la entidad pertenezca al sector público administrativo o al sector público empresarial, que las diferencias en el régimen de suspensión del contrato de trabajo –entre otras– introducidas mediante la reforma laboral de 2012⁹¹ no constituyen un trato desigual prohibido porque el factor diferencial objetivo y razonable que lo justifica es la estructura empresarial en la que están integrados. De ello, deriva el consiguiente sometimiento del personal a regímenes profesionales diversos (ET o EBEP) que habilita para que la legislación prevea un tratamiento distinto. Sin embargo, a mi juicio, la solución quizás no sea equiparable al supuesto que ahora se está analizando, pues de lo que se trata es de la aplicación diversa de una norma legal que no distingue a qué empresas o actividades debe aplicarse, sino que la diferencia descansa en una interpretación formalista o restrictiva de la empresa. Además, se trata de una norma general que debe aplicarse por igual tanto al sector privado como al público, sin que puedan admitirse más excepciones que las previstas en el artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE. Sin embargo en la práctica se constatan mayores dificultades en el ámbito público. De modo que los trabajadores por cuenta ajena dependientes de empresas sometidas íntegramente al derecho privado contarán con diversas expectativas de conservar su empleo según presten sus servicios en actividades económicas que cuenten con equipamiento o no, y según la sucesión o recuperación del servicio se produzca en el marco del sector privado o público.

Es cierto que, de acuerdo con el estado actual de esa jurisprudencia nacional y comunitaria, podría argumentarse que la norma solo desplegará efectos cuando se transmita el equipamiento patrimonial si esto es lo importante para prestar la actividad. Y en ese mismo sentido, no habrá diferencias respecto de las actividades desmaterializadas por cuanto que también se actualizará el supuesto de hecho cuando se asuma la plantilla si este es el factor de producción esencial⁹². Pero no es menos cierto que los requisitos o presupuestos exigidos para uno y otro caso no son

⁹¹ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE n.º 162 de 07-07-12).

⁹² A esta misma conclusión llega L. MELLA MÉNDEZ, “Sucesión de empresa: no existe en la reversión de contratos de limpieza sin asunción de plantilla”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacions e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, p. 135.

equiparables. Incluso en el ámbito de la más amplia y funcional doctrina del TJUE, cuando se trata de actividades basadas en infraestructura los criterios denotan cierta flexibilidad: no es necesario el tracto directo, ni la transmisión de la propiedad, ni afecta una eventual suspensión si se reanuda el servicio con la misma infraestructura. Con todas estas condiciones se acepta que se puede mantener la identidad de la entidad traspasada. En cambio, en actividades desmaterializadas, condicionar la garantía de continuidad de la plantilla a que se asuma previamente una porción esencial de la misma es, a todas luces, una garantía fácil de eludir. Y ello, a pesar de los avances significativos por el valor otorgado a la subrogación convencional. Este condicionamiento de la garantía a la asunción previa de la plantilla debe hacernos recordar aquel viejo argumento vertido sobre la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas mediante el que se señalaba una confusión del efecto con la causa, incurriendo en una «petición de principio».

A mayor abundamiento, la realidad muestra que en estas actividades basadas en la mano de obra que, con frecuencia lleva anudada también la característica de baja cualificación, pueden advertirse mayores dosis de precariedad e inestabilidad laboral⁹³. Y es que esta división del régimen jurídico aplicativo de la transmisión de empresa perpetúa una suerte de «efecto mateo», mediante el que los trabajadores empleados en contrata y concesiones que más desprotegidos están quedarán privados de las garantías que proporciona la institución laboral⁹⁴. Se trata de un hecho que parece ser constatado tanto por los que defienden la extensión de las garantías como por aquellos que ven en estos casos una mera sucesión de actividades. En este sentido, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, que califica la doctrina de origen comunitario como «compleja» e «incoherente», advierte que el nuevo empresario puede decidir si asume o no al personal, en definitiva, decide si la norma sucesoria le es aplicable o no, por lo que se configura una aproximación a la transmisión “*más lábil e imprecisa que la patrimonial tradicional*”. Aunque admite que “*extiende las tutelas que la Directiva ofrece precisamente a favor de quienes, por ser más vulnerables, más lo necesitan: los trabajadores adscritos a una contrata o concesión sobre los que materialmente descansa la actividad económica de la empresa para la que trabajan*”⁹⁵.

⁹³ S. YAGÜE BLANCO, “A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado [Ref. BIB 2019/6130]”, *Nueva Española de Derecho del Trabajo*, n.º 220, 2019, pp. 14-15/20 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 30 noviembre 2020.

Los motivos de la falta de estabilidad en D. MONTOYA MEDINA, “Trabajo en contrata e inestabilidad en el empleo”, en AA.VV. (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 281 y ss.

⁹⁴ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 39. Más recientemente en J. L. MONEREO PÉREZ, “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, cit., p. 4/42 pdf descargado.

⁹⁵ Cfr. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contrata constituye sucesión de empresa”, cit., p. 100. En el mismo sentido: M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, cit., p. 138.

En consecuencia, parece más que necesario repensar la normativa sucesoria o, al menos, sus criterios aplicativos en este tipo de actividades, porque no parece sostenible la perpetuación de esta diferencia de tutela basada únicamente el tipo de actividad ejecutada por la empleadora.

B) O, en sentido diverso, tal vez baste con recordar que al ordenamiento laboral lo que le interesa es la dimensión social y económica de la empresa para defender una reorientación jurisprudencial que debería comenzar, lógicamente, por el Tribunal de la Unión. Estas dos dimensiones, social y económica, además, están en el ADN de la transmisión de empresas como se ponía de manifiesto en el primer capítulo (la estabilidad en el empleo y el principio de conservación de la empresa). Pues bien, tanto desde su perspectiva económica como jurídico-laboral, es claro que la empresa queda conformada por un conjunto de «relaciones». Relaciones estas que, en el ámbito económico, permiten la organización y dirección de los factores de producción por el empresario, mientras que la dimensión jurídica atiende a las relaciones de la empresa con sus empleados en un doble plano: la cooperación y el conflicto. Ambas nociones quedan perfectamente subsumidas en el concepto de empresa-empresario que formula el artículo 1.2 ET. Un concepto que es funcional e instrumental al Derecho del Trabajo, que identifica la empresa con el ámbito de «organización y dirección» en el que se insertan los trabajadores para prestar servicios, y al empresario como aquel que dirige la organización. De modo que, de la norma estatutaria no puede desprenderse que la empresa haya de atender a una concreta realidad, sino que cabe la existencia de empresa aun cuando no haya elementos significativos de activo material o inmaterial, cuyo ámbito de organización y dirección quede conformado únicamente por los recursos humanos y las actividades que desarrollan estos. Con todo, sería erróneo creer que el objeto del traspaso se identifica únicamente con la sucesión de una actividad económica, pues se trata de una organización o actividad organizada por un empleador que es sustituido⁹⁶.

Bajo esta noción de empresa, entendida como un conjunto de trabajadores sometidos a los poderes de dirección y organización, y que cada vez tiene una “*fisionomía mucho más compleja y mucho más poliédrica*” derivada de la heterogeneidad de las posibles de formas jurídicas adoptadas y de la diversidad en las formas de organizar el trabajo, se hace difícil remitir para la aplicación del artículo 44 ET a un tipo de empresa uniforme⁹⁷, cual es aquel que ha permanecido inalterado en la jurisprudencia interna y solo se ha visto parcialmente afectado por la irrupción de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas. Pues bien, esta misma noción de empresa, funcional y flexible, es la que ha interpretado el TJUE al delimitar del ámbito de aplicación de la

⁹⁶ J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., pp. 54-60. No está de más recordar aquí que nuestra propia Constitución recoge esta visión «espiritualista» de la empresa, concebida como una libertad de iniciativa económica privada y pública (arts. 38 y 128.2 CE) y como organización productiva eficiente de acuerdo con el principio de productividad (art. 38), sometida a esta dirección o ámbito de participación público o privado ex arts. 38, 128.2 y 129.2 CE (p. 52).

En el mismo sentido, se entiende que la empresa para el Derecho del Trabajo es únicamente el lugar donde concluyen las relaciones laborales y que delimita el ámbito de aplicación de las normas laborales (A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*, cit., p. 63).

⁹⁷ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., p. 62.

Directiva. Con el fin de extender la tutela de la disposición comunitaria, asume que la empresa es un conjunto de relaciones que pueden transferirse mediante cualquier vínculo y que transmiten al nuevo empresario un derecho al ejercicio de la empresa, la posibilidad de continuar explotando la actividad mediante una estructura organizada de factores de producción. Resulta reveladora así la terminología empleada por la propia norma en tanto que se refiere a centros de «actividad» o partes de centros de «actividad», toda vez que define la entidad económica como un «conjunto de medios organizados» a fin de llevar una «actividad económica», esencial o accesoria⁹⁸. Es decir, no prejuzga o determina el número o la cualidad de los factores de producción que deben estar organizados para componer una empresa⁹⁹.

En definitiva, como ya se afirmó anteriormente, si ciertas actividades externalizadas que no requieren aportar por el contratista o concesionario más que un conjunto de empleados no suscitan dudas desde el punto de vista de la legalidad –a pesar de la difusa frontera con la cesión ilegal–, no debería ocasionar tantos problemas admitir que esa misma organización que permite su calificación como verdadera contrata es susceptible de transmisión. Se estaría transmitiendo, ni más ni menos, que aquello que el cedente aportó en el momento de contratar con la comitente¹⁰⁰.

C) En este orden de cosas, voces muy autorizadas de entre la doctrina laboralista vienen reclamando desde hace tiempo la inclusión de los supuestos de cambio de contratas en el supuesto de hecho de la transmisión de empresa sobre la base de que el derecho de explotación del servicio objeto de la contrata o concesión es suficiente para provocar la transmisión¹⁰¹.

a) Un ejemplo ilustrativo es el profesor MONEREO PÉREZ quien, a lo largo de su extensa obra sobre el estudio de la sucesión de empresas, ha censurado el criterio jurisprudencial excesivamente formalista y patrimonialista que deja fuera de la protección del artículo 44 ET la sucesión de empresas prestatarias de servicios cuya actividad no exige de infraestructura patrimonial. En este sentido, tras destacar las dificultades de aplicación de la doctrina de la sucesión de plantilla y que proporciona una cobertura muy limitada tanto en el supuesto de sucesión de contratas como de su reversión, en sus contribuciones doctrinales más recientes es constante al defender “*una interpretación extensiva de la noción de «entidad económica» que permitiera incluir a los supuestos de cambio de titularidad en contratas o concesiones administrativas cuyo objeto son actividades o servicios desmaterializados*”. O, alternativamente, “*de «lege ferenda» incluir expresamente estos cambios de titularidad en el art. 44 del ET dotándolos de las peculiaridades que se estimen pertinentes*”¹⁰². Y es que, aunque debe valorarse

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 23-33. Con cita de una abundante doctrina científica internacional.

⁹⁹ En este sentido también: J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 63.

¹⁰⁰ T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, cit., p. 397.

¹⁰¹ R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 147.

¹⁰² Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, 2016, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, p. 291. Posicionamiento al que necesariamente le llevaron las importantes

positivamente el esfuerzo del TJUE y su «sucesión de plantillas» para dar cobertura a estos casos cada vez más frecuentes de transmisión, reconoce que “*resulta todavía insuficiente y se ha quedado a medio camino para extraer todas las consecuencias respecto a las empresas desmaterializadas del sector terciario*”. Así las cosas considera que se precisa una normativa o una interpretación judicial renovada que prescindiera del criterio de la asunción de plantilla para la aplicación automática del sistema de garantías individuales y colectivas de la transmisión de empresas. Concluye así que debería generalizarse “*la aplicación del sistema de garantías sociolaborales en los supuestos de cambio de titularidad de empresas desmaterializadas, que son las propias del sector terciario, sin tener que recurrir a la doctrina de la «sucesión de plantilla»*”¹⁰³.

b) En una dirección similar se movían CRUZ VILLALÓN y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO en un trabajo realizado a finales de la década de los noventa¹⁰⁴. Censuraban, entonces, que la jurisprudencia exigiera la transmisión de elementos patrimoniales para aplicar el artículo 44 ET. Consideraban que no era admisible que lo que debía ser un mero indicio instrumental se elevara a categoría jurídica determinante, concibiendo la empresa desde una visión «estrechamente mercantilista» que no toma en consideración la gran cantidad de actividades económicas que descansan sobre el elemento personal. Recordaban los autores que el artículo 44 ET no distingue entre empresas «traspasables» y «no traspasables», por lo que razonaron que la jurisprudencia parecía confundir el campo de aplicación de dicha norma con la del artículo 43 ET produciendo “*una lectura asistemática y no-finalista del art. 44 ET*”. Con esta perspectiva, a su juicio, “*lo relevante en materia laboral hoy en día, particularmente en el sector servicios y más aún en los supuestos de externalización donde se mantiene el contacto permanente y estable con la empresa principal, es, justamente, la transmisión del propio servicio, que viene a ser, por otra parte, el capital central de la empresa*”¹⁰⁵. En consecuencia, el concepto de empresa debe ser mucho más funcional e identificado con la capacidad de explotación real de una organización empresarial, sin que sea relevante la existencia de bienes patrimoniales o a quien pertenecen. Por tanto, concluían que, en caso de que los servicios objeto de una contrata o de una concesión de gestión de servicio público se vieran afectados por un cambio de titular, les parecía razonable que “*tanto desde la perspectiva de «lege data» como de «lege ferenda», entender que en estos casos de privatización*

conclusiones alcanzadas en la obra anteriormente citada J. L. MONEREO PÉREZ, *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, cit., pp. 106-122. Y que continúa reiterando en obras más recientes: J. L. MONEREO PÉREZ; J. A. FERNÁNDEZ BERNAT, “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Píscarreta Ricardo)”, cit., p. 7/28 pdf descargado. J. L. MONEREO PÉREZ; P. G. ORTEGA LOZANO, “La relación laboral en la transmisión de empresas. Sentido y alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6, 2020, p. 789.

¹⁰³ J. L. MONEREO PÉREZ Y OTROS, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, cit., p. 45.

¹⁰⁴ J. CRUZ VILLALÓN; P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, cit., pp. 17-23 y 31-33. Postura posteriormente reiterada en J. CRUZ VILLALÓN, “Outsourcing y relaciones laborales”, en AAVV (AEDTSS) *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo : X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2000, p. 284 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, “Outsourcing y relaciones laborales”, cit., p. 286 [el subrayado es mío].

de la gestión de servicios públicos se debe producir el efecto subrogatorio contemplado en el artículo 44 ET. Efectos que jugarán tanto cuando la externalización se produzca en sentido privatizador como cuando, con ocasión de la reversión del negocio a la Administración – consecuencia de la terminación de la contrata, arrendamiento o concesión administrativa– suceda a la inversa”¹⁰⁶. Deben situarse estas consideraciones en el contexto cronológico en el que se formulan, casi de forma simultánea a la STJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen* (C-13/95), mediante la que se creó la doctrina de la sucesión de plantillas. Sin embargo, considero que con el actual estado jurisprudencial resultan todavía hoy de una pertinencia indiscutible.

c) En definitiva, estas posiciones doctrinales que, todavía hoy constituyen un sector minoritario dentro de la doctrina científica, realizan una consideración de la contrata o concesión objeto del servicio similar a la que la propia jurisprudencia interna empezó a admitir desde la aprobación de la LRRL y que mantuvo hasta la década de los noventa. Esto es, considera que la contrata o la concesión son equivalentes al concepto de «unidad productiva autónoma» que desencadena siempre la transmisión de empresa ante un cambio de empresa prestataria, con independencia de que el servicio precise de equipamiento o solo de mano de obra¹⁰⁷. Con todo, esta línea jurisprudencial que fue modificada –como ya se expuso– a la par que se desarrollaba de forma expansiva el fenómeno de la externalización, no ha encontrado objeciones entre varios autores de la doctrina científica que permitan impedir la consideración de la contrata y la concesión como unidades productiva autónomas¹⁰⁸, sobre la base de que el derecho de explotación que la

¹⁰⁶ Cfr. J. CRUZ VILLALÓN; P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, cit., p. 22.

¹⁰⁷ Por citar solo algunos ejemplos: la STS de 27 de octubre de 1983 estimó que “la contrata juega a los efectos del precepto como una unidad productiva autónoma”. En el mismo sentido, la STS de 19 junio 1989, sobre la concesión administrativa de explotación de un negocio fotográfico en un aeropuerto en que considera que se configura “objetivamente el servicio como una auténtica unidad susceptible de explotación y la adjudicación como un acto de transmisión de la titularidad de la misma”, por lo que no cabe duda “que la actividad objeto de concesión tiene una autonomía funcional suficiente para delimitar la transmisión de una unidad económica susceptible de explotación y ello aunque no conste la transferencia del utillaje utilizado por el primer concesionario” (con cita de la anterior STS de 9 de julio de 1987). Se atisba entre la jurisprudencia, por tanto, una línea interpretativa que posteriormente fue modificada que asimila la concesión de servicio público per se a una empresa o, cuanto menos, a una unidad productiva autónoma, de modo que si el objeto de la misma es asumido por la Administración, esta debería subrogar a la plantilla. En este sentido, la STS de 20 de julio de 1988 determinó que “la concesión ha de conceptuarse como empresa laboral por contar con trabajadores a su servicio del antiguo titular, lo que está poniendo de relieve que la concesión comprendía la totalidad de la explotación o empresa y en consecuencia en tanto se realiza la nueva concesión o se rehabilita al concesionario precedente, es la entidad demandada la titular de la empresa, sucediendo al concesionario”. En el mismo sentido, STS de 25 de febrero de 1988; que determina “que a través de la concesión se produce una auténtica transmisión entre las concesionarias de la gestión de la estructura productiva que sirve de soporte a la prestación del trabajo (titularidad temporal de uso) y ello no sólo en cuanto a la actividad considerada en sí misma, que suele ser en estos casos un elemento económico esencial, sino incluso, como ya se vio en los fundamentos anteriores, respecto a todo un conjunto de bienes de indudable entidad patrimonial”.

¹⁰⁸ L. F. SAN MARTÍN AGUILAR, “Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratos”, cit., pp. 43-44. J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, cit., p. 439. C. MARTÍNEZ MORENO, “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación [Ref. LA LEY 5831/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1999, p. 6/40 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital. Más recientemente: C. MARTÍNEZ MORENO, “Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las administraciones públicas: algunos ejemplos de las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo asalariado”, cit.

contrata y, sobre todo, la concesión administrativa otorgan, es el “*elemento patrimonial básico e insoslayable para el ejercicio de una actividad productiva*”¹⁰⁹.

Quienes avistan el problema desde una óptica discordante han señalado que las razones que fundamentan este posicionamiento son esencialmente¹¹⁰: 1) que la titularidad del servicio forma parte de la actividad normal y habitual de la empresa principal o Administración (motivo intrínseco); 2) que la actividad objeto de la contrata o concesión constituye una unidad productiva autónoma para la empresa ejecutante (motivo extrínseco); y 3) que lo que se pretende es garantizar la continuidad de la relación y evitar que los trabajadores queden desvinculados por su adscripción al servicio que pasa a manos de otro empresario (motivo teleológico).

d) En efecto, un sector doctrinal considerablemente más amplio entiende la postura anteriormente defendida como excesiva, por cuanto que se pretenden imponer unas consecuencias laborales desproporcionadas ante una mera sucesión de actividades.

i) Dentro de este núcleo de la doctrina se ha defendido, por ejemplo, por GONZÁLEZ BIEDMA, con una extensa y elaborada argumentación, que la recta interpretación del artículo 44 ET no admite “*la posibilidad de identificar este servicio o concesión con la organización productiva, la empresa, que es el elemento cuya transmisión resulta imprescindible para que aquel se aplique*”¹¹¹. En efecto, para el autor, en los casos de sucesión de contratistas sin transmisión de infraestructura patrimonial no se produce un «cambio de titular» de una unidad productiva autónoma, sino que se trata de un cambio de empresa¹¹². Es decir, se confunde el cambio total de empresa prestataria con el cambio de titular de la empresa prestataria. Postura que comparten y complementan otros muchos autores¹¹³.

¹⁰⁹ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 404. En el mismo sentido: M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española [Ref. LA LEY 5876/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2000, p. 8/13 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital. F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]”, cit., p. 11/19 pdf descargado. W. SANGUINETI RAYMOND, “El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma [Ref. 2351/2004]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2004, p. 9/18 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital. VICENTE PALACIO, *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Atelier, Madrid, 2016, p. 169 y ss.

¹¹⁰ A. V. SEMPERE NAVARRO, “La sucesión de contratas como subrogación empresarial [Ref. BIB 1997/805]”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. I, n.º 13, 1997, p. 1/6 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 19 diciembre 2015.

¹¹¹ Cfr. E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 129. Más recientemente en E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios [Ref. LA LEY 544/2001]”, cit., p. 5 y 17/37 y ss.

¹¹² E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 116.

¹¹³ Entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Encadenamientos de contratas y transmisión de empresas [Ref. LA LEY 6013/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1996, p. 4/7 pdf descargado. Igualmente en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 645 y ss. A. V. SEMPERE NAVARRO, “La sucesión de contratas como subrogación empresarial [Ref. BIB 1997/805]”, cit., p. 5/6 pdf descargado. J. GARCÍA ORTEGA, “La sucesión de contratistas”, cit., p. 346 y ss. A. DESDENTADO BONETE, “Transmisión de empresas: final no demasiado feliz para una divergencia [Ref. LA LEY 2747/4]”, *La Ley: Revista jurídica española*

ii) Igualmente, SERRANO OLIVARES destaca que a su juicio “no resulta aceptable una interpretación finalista del ámbito aplicativo de la Directiva que conduzca a una aplicación indiscriminada de la misma a través de la defensa de la tesis de la «empresa-actividad»”, lo que no obsta a juicio de quien formula esta afirmación que la asunción de plantilla tenga la consideración de transmisión de una «empresa-organización», sino que descarta una asunción automática del nuevo empresario por la mera adjudicación de la contrata¹¹⁴. La autora da tres argumentos por los que no resulta aconsejable: 1) la posible afectación de las empresas y con ello del buen funcionamiento de la economía; 2) la «modesta» eficacia protectora que otorga la subrogación, pues nada impide que el nuevo empresario adopte medidas modificativas o extintivas, con lo cual en síntesis se reduce a una cuestión de quién asume el pago de las indemnizaciones por despido; 3) que probablemente tampoco no interese la transmisión al trabajador, sin que exista un desecho de «opción» u «oposición» al traspaso que garantice su permanencia en aquella organización que garantice la continuidad de su relación laboral.

iii) En sentido similar, GÁRATE CASTRO advierte de los «efectos perversos» a los que conduciría “entender indiscriminadamente que la sucesión de contratas o la asunción directa por el empresario principal de la actividad hasta entonces subcontratada desencadenan, sin más, la aplicación del artículo 44 del ET, incluso cuando ninguna infraestructura material y organizativa transmita la anterior contratista”. Dichos efectos aparecerían en diversos planos: 1) el desincentivo de la descentralización productiva y la limitación de la libertad de empresa; 2) la desatención al interés de la empresa principal de obtener la mayor eficiencia posible; 3) las consecuencias negativas que tendría sobre el empleo; y 4) la consideración de que no es la mejor forma de tutelar al trabajador por cuanto que se obvian otras circunstancias que pueden interesar a aquel, como permanecer en la empresa con mayor solvencia, tener mayores posibilidades de promoción profesional, una mayor probabilidad de adquirir fijeza contractual o de contar con representación sindical por el tamaño de la empresa¹¹⁵.

Respecto al último argumento formulado de que la transmisión puede no interesar al trabajador, se suele ligar a la clásica reivindicación del consentimiento u oposición del operario al traspaso. No obstante, se piensa principalmente en supuestos de desagregación de actividades en los que la transmisión de empresa supone la expulsión de fuerza de trabajo desde una empresa grande y robusta a otra de menor tamaño, con mayores riesgos de inviabilidad y con menos

de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n.º 5, 2004, p. 2/2 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital. M. S. HERRAIZ MARTÍN, “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas [Ref. LA LEY 1860/2007]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2007, p. 5/21 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

¹¹⁴ R. SERRANO OLIVARES, “La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]”, cit., p. 18/27 pdf descargado.

¹¹⁵ Una contestación razonada a dichos «inconvenientes» en W. SANGUINETI RAYMOND, “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, cit., p. 26 y ss.

posibilidades de consolidar unas mejores condiciones laborales¹¹⁶. Es un argumento clásico en los supuestos de privatización de la gestión o externalización en el sector público por cuanto que supone la pérdida de un estatus profesional más garante que suele contar con la oposición de los trabajadores y de sus representantes. Pero no atiende a la realidad de aquellas otras actividades del sector terciario en las cuales la aspiración laboral «máxima» consiste en conservar el empleo ante el cambio de empresario. Así, se ha entendido que la exigencia de transmisión de elementos patrimoniales para que opere la subrogación en las contratadas y subcontratadas “*está produciendo un efecto ciertamente paradójico: se declara que existe tal transmisión en supuestos en que los trabajadores niegan su existencia y, sin embargo, se declara que no existe transmisión en aquellos otros en que los trabajadores pretenden su existencia*”¹¹⁷.

iv) En fin, también se arguye que esta concepción de tutela prioritaria del trabajador esta anclada en una noción desfasada del Derecho del Trabajo. Más concretamente, HERRAIZ MARTÍN entiende que “*permitir la primacía del factor social, no deja de ser una defensa del carácter tuitivo, y más concretamente del principio «pro operario», que aún sigue arrastrándose en un mercado laboral que poco tiene que ver con el que allá por la revolución industrial propició su nacimiento*”¹¹⁸.

v) Se agrupan las resistencias que ha encontrado la expansiva jurisprudencia del TJUE en el ámbito nacional en tres lógicas argumentales¹¹⁹: 1) inercial por parte de la jurisprudencia, en tanto que se parte del entendimiento de una empresa compuesta por activos materiales; 2) técnica por parte de la doctrina, que se resiste a que las nuevas realidades de empresa puedan alterar la dogmática jurídica clásica de la institución (así, que comporte una confusión del efecto con la causa); y 3) ideológica, pues se trata de primar, desde una óptica neoliberal, las libertades económicas atribuidas a la empresa y sus valores derivados sobre la protección de los trabajadores, empleando, con no poca frecuencia, un «razonamiento economicista» y con «matiz alarmista» para permitir el traspaso de la empresa sin ningún tipo de «ataduras laborales».

D) Pudiera dar la impresión de que se trata de un debate antiguo y concluso, pero nada más lejos de la realidad. Lo cierto es que la evolución de la propia jurisprudencia sobre transmisión de empresas parece estar avivando las opiniones enfrentadas. Por supuesto, se trata de una jurisprudencia, como es habitual, de origen comunitario y finalmente acatada por el Tribunal Supremo no por convencimiento, sino por sometimiento al principio de vinculación de aquella. En este grupo cabría incluir, por ejemplo, la doctrina que reafirma que la «sucesión de plantillas»

¹¹⁶ A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, cit., p. 254.

¹¹⁷ M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española [Ref. LA LEY 5876/2002]”, cit., p. 2/23 pdf descargado.

¹¹⁸ M. S. HERRAIZ MARTÍN, “La sucesión de empresa en contratadas y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia [Ref. BIB 2011/1350]”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, vol. 4, 6, 2011, p. 5/121 pdf descargado, fecha de consulta 19 febrero 2016, en la BD Aranzadi Insignis.

¹¹⁹ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]”, cit., pp. 7/19 y ss. pdf descargado.

despliega iguales efectos tanto si deriva de una decisión voluntaria como de una imposición convencional (sentencia *Somoza Hermo*). Y, entre los más recientes pronunciamientos que han captado la atención doctrinal y jurisprudencial, el criterio de la aplicación de la sucesión de plantillas incluso en supuestos en los que la actividad descansa en equipamiento (sentencia *Grafe y Pohle*) y el de la apreciación del traspaso de una entidad económica sobre la base de la transmisión de la clientela (asunto *Dodic*).

Especialmente esta última, a mi parecer, puede marcar una nueva hoja de ruta en la jurisprudencia del TJUE. Al igual que se dijo –sobre aquel viejo asunto en el que se transmitía una concesión de la explotación del punto de venta de automóviles Ford (sentencia *Merckx y Heuhuys*)– que aquel criterio por el que se entendía que los elementos del activo material no pueden condicionar la aplicación de la Directiva constituía un «aviso para navegantes»¹²⁰ que avanzaba el surgimiento de la «sucesión de plantillas con el asunto *Süzen*, esta nueva doctrina de la sentencia *Dodic* puede significar lo mismo respecto a la aplicación de la Directiva 2001/23/CE en futuros casos de sucesión en actividades desmaterializadas. En definitiva, a juzgar por la evolución constante, extensiva y coherente (consigo misma) que ha experimentado la jurisprudencia europea, no parece atrevido pensar que se está ante el «principio del fin» de la conflictiva doctrina de la sucesión de plantillas.

También la doctrina nacional ha contribuido agregando nuevos argumentos. Por ejemplo, FALGUERA BARÓ arguye que si hemos llegado a la conclusión de que en las actividades basadas en equipamiento el concepto de «transmisión material» puede ser matizado en el entendido de que basta con la mera cesión o recuperación de bienes para que se aprecie la «conservación de la identidad», resulta sorprendente que en caso de actividades desmaterializadas se exija una efectiva transmisión de la plantilla¹²¹. Así, en el primer caso, para el autor predomina la nota de la «identidad» sobre la de «transmisión», pero en el segundo se exige la efectiva «transmisión» como requisito para la conservación de la «identidad»¹²². Habrá quien, frente a este ideario, pueda sostener que si el aludido criterio de la irrelevancia de transmisión de la propiedad ya supuso una extralimitación frente a lo que debería constituir una transmisión «tradicional», la propuesta formulada ahora lo es todavía más. Pero lo cierto es que, como se ha dicho antes, en ambos tipos de actividad la noción de empresa-empresario que establece el ordenamiento laboral permite

¹²⁰ F. J. CALVO GALLEG0, “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, cit., p. 214.

¹²¹ M. Á. FALGUERA BARÓ, “Sucesión de empresas y contratas: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos *Aira Pascual* y *Securitas*”, cit., p. 149 y ss. Su visión del cumplimiento del requisito objetivo de la transmisión comprende dos elementos conformadores: “*Por un lado, lo que podríamos calificar como el principio de identidad (“...que mantenga su identidad... a fin de llevar a cabo una actividad económica”), en consecuencia que las características de entidad traspasada sean equiparables antes y después del cambio de titularidad empresarial. Y, por otra parte, un elemento de transmisión material: por tanto: que exista una transmisión de “conjunto de medios organizados”. La conjunción de ambos principios normativamente exigidos aboca a una conclusión implícita en la Directiva: lo que ésta reclama es, en definitiva, la continuidad en la actividad. Por tanto, no basta con el negocio jurídico transmisivo: se precisa, además, dicha continuidad*”.

¹²² *Ibid.*, pp. 161-162.

entender que la empresa es el ámbito donde confluyen un conjunto de relaciones laborales, dirigidas y organizadas por el empleador, por lo que el cambio de titular no debe requerir ni la existencia de una infraestructura patrimonial ni la posesión de la misma, sino la capacidad de organizar la producción de bienes y servicios.

En un sentido muy próximo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO critica la excepcionalidad de la sucesión de plantilla, con base en la sólida doctrina jurisprudencial que determina que lo decisivo para que exista subrogación no puede ser que el ente público continúe el servicio objeto de la concesión y asuma el personal, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino que debe aplicarse el «criterio más seguro» de que tenga la mera posibilidad de hacerlo¹²³. Ciertamente es que, como ya defendimos en un apartado anterior, este criterio es desproporcionado y en nada ajustado a los parámetros que establece la doctrina comunitaria. Pero también es cierto que evidencia, una vez más, el distinto nivel de exigencias para la aplicación de la transmisión de empresas basadas en equipamiento o en mano de obra.

En definitiva, se ha vuelto a insistir recientemente en que la actividad objeto de una contrata o un servicio público no son excluyentes del concepto de unidad productiva autónoma. Así, CASTILLO BLANCO afirma que *“resulta perfectamente posible deducir que las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían, en sí mismas, una unidad productiva, en sentido funcional y técnico, con el objetivo de prestar un servicio público definido y delimitado, con la consecuencia necesaria de que un cambio subjetivo en su ejercicio integraría el supuesto de hecho del artículo 44 ET, y con ello operando el efecto subrogatorio en las relaciones laborales de quien se hace cargo del servicio objeto de concesión”*¹²⁴.

En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, considera que debe darse un «paso más» en la aplicación de la institución laboral debiendo entenderse que *“la sucesión de contratas es sucesión de empresas pues hay transmisión de una unidad productiva, dado que lo esencial es la continuidad de la actividad productiva, ante un cambio de sujeto que organiza la actividad productiva ejerciendo las facultades directivas empresariales; todo ello con independencia de la voluntad de la empresa entrante de asumir o no al personal de la empresa saliente”*. Refiriéndose en concreto al supuesto de reversión de contratas públicas, entiende que no puede dejarse al arbitrio de la entidad pública que decida o no la subrogación de la plantilla, sino que *“el régimen legal debe ser obligatorio para la empresa o la Administración, cuando se cumplan los requisitos de dicho precepto, interpretados de la manera flexible que hemos señalado”*. Así, admite que esta

¹²³ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]”, cit., p. 6/27 pdf descargado.

¹²⁴ Cfr. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 71.

interpretación supone “dar la vuelta totalmente a la doctrina predominante en los últimos decenios que distinguía entre transmisión de empresa y transmisión de actividad”¹²⁵.

Y es que, a pesar de la consolidadísima jurisprudencia social que reitera que la contrata o la concesión no son una unidad productiva autónoma, para la doctrina no ha habido dudas de que “la autonomía de las contratas, subcontratas y concesiones están claramente acreditadas desde el momento en que se trata de empresas autónomas e independientes a aquellas que ejecutan su obra o servicio, con la capacidad de permanecer en esa empresa principal o en otra”¹²⁶.

4. La consideración de elementos de valoración alternativos a la plantilla

Se parte de la premisa de que las diferentes posiciones enfrentadas obedecen a distinta ideología sobre el alcance del Derecho del Trabajo, que se manifiesta de forma evidente sobre esta institución laboral de una forma singular¹²⁷. Por un lado, se atiende desde una perspectiva liberal, a tutelar las dinámicas del mercado de obras y servicios en general, y en particular, a ensalzar el valor de la concurrencia empresarial. Y por otro, a priorizar el interés de los trabajadores realizando una interpretación teleológica de la norma que puede descuidar el equilibrio de intereses que subyace bajo la misma. Las dos incorporan argumentos razonables sobre las consecuencias de una aplicación tajante de la norma en uno u otro sentido.

Sin embargo, se aprecia una cierta convergencia entre ambas posturas en torno a una idea clara y reiterada: el criterio de la sucesión de plantillas no puede considerarse válido, lo que hace necesario la búsqueda de otros elementos que aporten seguridad y certeza¹²⁸.

Entiendo, además, que parece poco discutible que allá donde haya una empresa o una entidad económica, entendida esta como el conjunto de medios organizados a fin de explotar una actividad económica, habrá «algo» que pueda transmitirse, que permita el cambio de titularidad

¹²⁵ Cfr. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., pp. 50-51.

¹²⁶ Cfr. D. T. KAHALE CARRILLO, *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, cit., p. 127.

¹²⁷ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]”, cit., p. 12/19 pdf descargado. Resulta especialmente interesante la lectura que sobre dicho aspecto realiza el profesor BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ al considerar que el artículo 44 ET es uno de los escenarios donde más visibilidad tiene hoy en día el choque de placas tectónicas que acontece en el Derecho del Trabajo actual, al enfrentar dos clásicos paradigmas opuestos: uno, el tradicional y tuitivo, frente a los que tratan de huir acogiéndose a una visión mercantilista que coloque las relaciones laborales fuera de su campo de protección. En este sentido, la elevada conflictividad judicial y la disparidad de pronunciamientos sobre los distintos aspectos que puedan inclinar la balanza al estimar que hay sucesión de empresa y se apliquen sus garantías, o no, muestran las tensiones entre estas dos visiones del derecho social (I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, cit., p. 4/40 pdf descargado).

¹²⁸ M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, cit., p. 149. Aunque parece que, en realidad, la autora identifica esos otros elementos con los intangibles (p. 155), obviando que es muy posible que tampoco estos estén presentes en actividades de este tipo.

del empleador y que pueda identificarse con el objeto de la transmisión. Será un elemento que tenga un valor tal que justifique el interés de otro empresario en continuar explotando exactamente la misma actividad, en idénticas condiciones y que le permita obtener el mismo aprovechamiento económico. Lo determinante será, pues, identificar qué es aquello que permite la continuidad de la actividad y el mantenimiento de la identidad. En este sentido, la doctrina ha señalado que tratándose de actividades consistentes en la prestación de servicios y de carácter no industrial su identidad derivará de la valoración de aquellos factores productivos *“que permitan al nuevo titular continuar la misma actividad beneficiándose de las expectativas de ganancias, del prestigio y de la clientela generados por el anterior empresario”*¹²⁹. En definitiva, lo que a la postre se defiende es un «replanteamiento» de los requisitos o presupuestos configuradores de la subrogación empresarial para este tipo de actividades empresariales. Dicho con otras palabras, se trata de *“trasladar el test de control o fiabilidad, no a la circunstancia de la transmisión necesaria de un mínimo de soporte, sino a la más real del concreto soporte –no obligatoriamente patrimonial– que en cada caso ha de transferirse para que se considere que existe traspaso”* [los subrayados son míos]¹³⁰. A tales efectos, considero que podrían tener utilidad las siguientes consideraciones.

Dentro de la clásica matriz de indicios o circunstancias de hecho proporcionada por la jurisprudencia comunitaria y plenamente asumida por la nacional, todavía quedan otros elementos objetivos que pueden entrar en juego, además de la plantilla, cuando no existan activos materiales o inmateriales que traspasar¹³¹. Por ejemplo, *“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”*.

4.1. La necesaria relativización del criterio de la «sucesión de plantillas»

En primer lugar, considero que es necesario dar un paso atrás en la consideración de la «sucesión de plantillas» como criterio único y determinante para aplicar la transmisión de empresas en actividades desmaterializadas. Su consideración como mero indicio revelador del interés del nuevo empresario por mantener una específica organización productiva junto con otros elementos de juicio puede dar lugar a soluciones más equilibradas.

A) Su toma en consideración solo puede adquirir un valor decisivo en actividades con presencia de una mano de obra con una elevada cualificación y con la experiencia necesaria para poder desarrollar la actividad objeto de la contrata. Tradicionalmente se distingue entre dos supuestos de externalización: la operativa, referida a sectores cuya mano de obra es de baja cualificación como la limpieza, vigilancia y seguridad, hostelería, mantenimiento, etc.; y la estratégica, en aquellos otros en los que la externalización abarca actividades y servicios de alto

¹²⁹ Cfr. A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*, cit., p. 113.

¹³⁰ J. CRUZ VILLALÓN, “Outsourcing y relaciones laborales”, cit., p. 286.

¹³¹ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]”, cit., p. 6 y 7/19 pdf descargado.

valor añadido como asesoramiento legal, diseño industrial, contabilidad, comercialización, etc.¹³². En este último caso, se han planteado algunos supuestos en el ámbito del sector público en los que, habida cuenta del valor que tiene el elemento personal, la asunción de la plantilla adquiere un valor esencial, independientemente de que existan o no otros elementos de carácter patrimonial. Incluso, desde la doctrina se defiende que la valoración del elemento personal no debería hacerse únicamente por descarte, es decir, en ausencia de otros elementos patrimoniales, pues aun existiendo estos puede la plantilla tener un carácter imprescindible para la actividad¹³³.

Así ocurrió en el cambio de empresa pública que recibe la encomienda de gestión de la Consejería de Medio Rural de la Xunta de Galicia del servicio de identificación animal, trazabilidad e higiene de las producciones ganaderas en la que se asumió la estructura de personal estable compuesta por el cuerpo de Veterinarios¹³⁴. Y en la reversión del servicio del servicio público de Unidad de Cuidados Paliativos en la que se asumió al personal médico adscrito¹³⁵. La necesidad de adquirir el *Know How* necesario para poder seguir explotando la actividad hará que el nuevo concesionario o la Administración reversora no pueda prescindir del personal, por lo que no parece que sea tan problemático el mantenimiento de la estabilidad de este tipo de personal. Con todo, ni siquiera aquí puede elevarse a categoría jurídica determinante, para evitar que quede en manos de la decisión discrecional del nuevo empresario, aun cuando en el ámbito de los servicios públicos pueda suponer un sacrificio de la calidad y continuidad del mismo. Por tanto, es conveniente apoyar este criterio junto con otros elementos de valoración.

B) En cambio, en aquellos otros sectores en las que se produce una externalización de carácter operativo, es obvio que la plantilla no es elemento esencial que permite la continuidad actividad. Esta afirmación es fácilmente constatable por el interés que suele haber por parte de la empresa cesionaria en no tener que asumir a la plantilla, o por el hecho de que la negociación colectiva haya tenido un tradicional interés en garantizar su subrogación ante las remotas posibilidades de que el nuevo prestador del servicio decida hacerse cargo de ella. Se trata de una mano de obra poco cualificada y fácilmente reemplazable, por lo que en absoluto puede estimarse que es el factor de producción imprescindible que permita el mantenimiento de la identidad. Respecto a este tipo de personal, la norma legal sucesoria no da una respuesta satisfactoria porque relega su tutela a la autonomía colectiva o a la decisión unilateral del nuevo empresario.

4.2. La especial relevancia de la «transmisión de la clientela»

A) En segundo lugar, debe atenderse a la transmisión de la clientela como elemento de valoración privilegiado dentro del conjunto de circunstancias de hecho apuntadas ante la

¹³² En este sentido, A. ESTEVE SEGARRA, *Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresa de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

¹³³ En este sentido M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas", cit., p. 154.

¹³⁴ Entre otras, STS de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16.

¹³⁵ STS de 25 de noviembre de 2020, rec. 684/18.

inexistencia de activos patrimoniales. En efecto, es precisamente la recepción del encargo por parte de la empresa principal lo que permite a la empresa adjudicataria el mantenimiento de un volumen de negocios durante el periodo de vigencia de la contrata o la concesión. Este nivel de actividad mantenido gracias a los ingresos derivados de la ejecución del contrato público es el causante de que la empresa necesite proveerse de fuerza de trabajo para la prestación del servicio encargado. Por consiguiente, es la encomienda de la actividad la que admite el mantenimiento de la identidad y no la mano de obra que es fácilmente sustituible o reemplazable. Precisamente, a esta fuente de ingresos es a la que la doctrina se refiere cuando afirma que la transmisión del propio servicio constituye el «capital central de la empresa», o que la concesión constituye el «elemento patrimonial básico» para la realización de la actividad objeto de la concesión administrativa. En el mismo sentido se ha movido el TJUE cuando ha destacado el elevado valor de la concesión administrativa como «activo inmaterial».

Pues bien, ante una entidad económica basada en equipamiento es claro que debe analizarse y ponderarse este elemento en el marco de una valoración de conjunto, pues a pesar de su relevancia en tanto que permite la entrada de capital en la empresa, hay otros factores de producción que denotan una inversión patrimonial necesaria para poder acometer la ejecución de la actividad. Sin embargo, no ocurre así cuando no hay más activos materiales o inmateriales, sino que lo que se precisa para que el empresario decida emprender o mantener una concreta actividad económica es la existencia de un nivel suficiente de demanda del bien o servicio ofertado (en el marco de la contratación pública, el necesario para que una empresa decida postularse al proceso de licitación por primera vez o con intención de renovar su estatus de concesionaria). A mi parecer, en el marco de la externalización de actividades públicas o privadas es el encargo de la empresa principal lo que proporciona esta demanda de bienes o servicios con la aptitud necesaria para desplegar la actividad empresarial. Es decir, es la contrata o la concesión la que proporciona la clientela necesaria para el desarrollo de la actividad.

a) En este sentido, TODOLÍ SIGNES ha defendido que en los casos de contratas se produce una transmisión de la clientela que debe conducir siempre a la aplicación del artículo 44 ET, ya que siempre se sucede el cliente principal. No obstante, como ya manifesté, dicha posición debería matizarse en función de cómo se configure el contrato y cómo se haya pactado la contraprestación, y también en virtud de si se trata de una sustitución de contratistas o reversión de la actividad¹³⁶.

b) Más recientemente, en el marco del XXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo, el profesor GARCÍA BLASCO ha formulado una propuesta de modificación normativa que tiene en cuenta, a partes iguales, tanto el criterio de la sucesión de plantillas como la transmisión de la clientela, con el fin de proporcionar una solución a las lagunas de tutela que existen para los trabajadores empleados en actividades desmaterializadas. Propuesta que resulta aplicable tanto a la sucesión de contratistas y concesionarias como a la reversión de servicios por

¹³⁶ S. YAGÜE BLANCO, "A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado [Ref. BIB 2019/6130]", cit., p. 16/20 pdf descargado.

empresas principales privadas, públicas o Administraciones Públicas¹³⁷. Así, propone introducir nuevos criterios «aclaratorios» de la transmisión en el artículo 44.1 ET. El primero, relacionado con la clientela, determina que se considerará que existe sucesión de empresa *“si así se acredita, la transmisión real y efectiva de los destinatarios directos de la actividad que son absolutamente imprescindibles para su continuación”*. En segundo lugar, *“se considerará que existe también sucesión de empresa cuando se produzca una sucesión de plantilla”*, incorporando a grandes rasgos la delimitación jurisprudencia sobre cuándo se produce este fenómeno. Y, en tercer lugar, propone que *“será de aplicación igualmente lo previsto en este artículo a los supuestos de reversión de servicios, público o privados, procedentes de su gestión indirecta o directa con exclusión de los que impliquen una reorganización administrativa y traspaso de funciones y servicios entre autoridades públicas competentes”*.

B) Por mi parte, siguiendo exposición realizada en un apartado precedente, considero que será necesario verificar cuándo el cambio de prestador o la reversión de la actividad externalizada comporta una transmisión de la clientela.

a) En el nuevo «contrato de servicios» (art. 17 LCSP) es la Administración la que paga un precio cierto a la contratista por la realización de una actividad de tracto sucesivo. Y ello, con independencia de que se preste un servicio público a la ciudadanía o una actividad de consumo interno de la Administración. Por tanto, en ambos casos el cliente único será el ente contratante, tanto si es el destinatario final del servicio (limpieza, seguridad, etc.) como si paga para que la contratista preste al ciudadano un servicio público de su competencia (atención domiciliaria). En todo caso, el cambio de adjudicataria supone la transmisión de la clientela, pero la resolución del contrato y asunción de la actividad por la empresa cliente no permite presumir dicha transmisión.

b) En el nuevo «contrato de concesión» (art. 15 LCSP) el concesionario asume el «riesgo operativo» de la explotación del servicio, con independencia de que se preste un servicio público o una actividad cuyo destinatario sea el propio ente adjudicador. En todo caso, también con independencia de que sea la propia Administración la que realiza un pago en función del uso del servicio por la ciudadanía o si son los usuarios los que abonan directamente una tarifa pública por su utilización, la contraprestación del contrato viene configurada en atención al criterio de «frecuentación del servicio» por parte de la clientela o los usuarios, sin que quede garantizada la recuperación de las inversiones realizadas o los gastos efectuados para la prestación de la actividad. Ahora bien, como ya se dijo, para verificar si se transmite la clientela hay que determinar si esta tiene un «carácter cautivo», en el bien entendido de que constituye un colectivo cerrado de usuarios que no tienen la posibilidad de satisfacer sus necesidades mediante otros operadores.

i) En el caso de que el usuario final pague la tarifa pública para determinar si la clientela tiene un carácter cautivo habrá que atender a indicios como la existencia o no de competencia, la

¹³⁷ J. GARCÍA BLASCO, “Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los «umbrales» de efectividad del Derecho del Trabajo”, cit., pp. 130-134.

obligatoriedad de utilización del servicio por los usuarios, el precio de la tarifa pública en relación al precio de mercado por un servicio equivalente, etc. Estando la clientela cautiva, operará la sucesión de empresas tanto en el cambio de contratista como en la reversión.

ii) En el caso de que la Administración abone la contraprestación será en principio la cliente, con independencia de existencia de otros beneficiarios del eventual servicio público. Ahora bien, la nota definitoria de los contratos de concesión y la necesidad de asunción del riesgo hace que la retribución dependa de la frecuentación del servicio, por lo que quien lo ejecuta asume el riesgo de que no se recuperen las inversiones o los gastos asumidos. En este sentido, aunque sea la Administración la que abone la contraprestación económica del contrato, depende en todo caso de la existencia de un mayor o menor número de usuarios que constituyen un colectivo cerrado adscrito a la gestión del servicio. La clientela estará cautiva y será transmitida, tanto en la sustitución del adjudicatario como en la reversión de la concesión.

C) Considero que el criterio de la transmisión de la clientela es más justo y equilibrado que el de la sucesión de plantillas, puesto que determinará la aplicación de la norma laboral en actividades desmaterializadas basándose en un criterio económico basado en la explotación del servicio. Además, si se valoran otras circunstancias de hecho, la tutela laboral no queda relegada a la esfera de la autonomía de la voluntad individual o colectiva. De esta manera, se podrá concluir que hay sucesión de empresa toda vez que la demanda de servicios que proporciona el contrato público sea suficiente para mantener activa la explotación de la actividad, circunstancia que ocurrirá tanto cuando la clientela esté cautiva como cuando la Administración sea la única cliente.

En este último supuesto es en el que se enmarcarán la práctica totalidad de las actividades desmaterializadas en las que resulta problemática la conservación del empleo y que son canalizadas principalmente a través el contrato de servicios. De esta forma, la transmisión de la clientela permitiría garantizar la continuidad de la plantilla. Y es que, creo que no debería tratarse homogéneamente cualquier tipo de transmisión de empresa con la que se produce en el seno de un proceso de externalización. Un empresario que resulta adjudicatario de una contrata en estos términos, durante la vigencia de la misma, ve garantizado un determinado volumen de ingresos. Además, el riesgo que asume en la prestación de un servicio de estas características, de tracto sucesivo y a cambio de un precio cierto, es prácticamente nulo o inexistente. Con mayor razón en el ámbito de la contratación pública, en el que la extinción del contrato se reduciría mayoritariamente a un incumplimiento de sus obligaciones. Por consiguiente, ante la garantía de percibir un volumen de ingresos estables y la nula asunción de un riesgo operativo, no parece poco razonable que se le exija mantener el volumen de empleo e incorpore la plantilla del anterior contratista en aras a una aplicación teleológica de la normativa laboral¹³⁸. En realidad, en caso

¹³⁸ En sentido contrario, a mi juicio, difícilmente explicable, el criterio seguido por la STSJ Cataluña de 4 de febrero de 2020, rec. 6349/19. En esta concluye que no hay sucesión de empresas, pero *obiter dicta* esgrime que esta doctrina podría ser matizada tras la aprobación del artículo 130.3 LCSP únicamente para el «contrato de concesión de servicios» (art. 15 LCSP) que conlleva la transferencia del riesgo operacional, pero no para el «contrato de servicios» (art. 17 LCSP) «en el que no se pasa la gestión de un servicio público con la asunción del riesgo operacional,

contrario, se está trasladando el riesgo a los trabajadores haciéndoles partícipes de las fluctuaciones en la demanda de bienes o servicios, lo que casa mal con la «ajenidad en los riesgos» propia del contrato de trabajo¹³⁹.

En definitiva, esta solución inspirada en las reglas de la contratación pública bien podría inspirar una reforma normativa que se aplique tanto en el sector privado como en el público¹⁴⁰. Sin embargo, todavía deben formularse una consideración adicional. Y es que la solución propuesta no sería eficaz en el supuesto de reversión por una Administración Pública (o una empresa comitente privada), en tanto que en este supuesto no se transmite la clientela. En este caso, considero que su aplicación podría argumentarse tanto desde una perspectiva finalista de la norma tendente a garantizar la estabilidad en el empleo (como han hecho buena parte de los autores citados en esta sección) o desde una perspectiva de defensa de la libertad de empresa y de protección y defensa de la competencia empresarial.

A esta última razón atiende el artículo 130.3 LCSP cuando establece que “*en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general*”. En efecto, lo que la norma contenida en la legislación de contratos públicos pretende es que se dé a las AAPP el mismo tratamiento que a las empresas privadas sobre esta materia laboral de la transmisión de empresa¹⁴¹. Y ello, tal y como rezaba la justificación de la enmienda por la que se introdujo en el Proyecto de Ley, con el fin de “*aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las AAPP las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados*”¹⁴².

Es decir, no se pretendía como fin directo la tutela de los trabajadores sino la de los operadores económicos que participen en la colaboración público-privada. Al menos, puede decirse que esta era la intención formalmente declarada, pero en todo caso se trata de una

sino que se limita a contratar un servicio a un empresario particular por insuficiencia de medios, manteniendo la entidad municipal la relación con el usuario, siendo aquí de aplicación su artículo 308.2 [...] sin que, por otro lado, se entre en contradicción con la jurisprudencia a favor de la subrogación para las reversiones de servicios externalizados en las que se recuperan elementos productivos e infraestructuras”.

¹³⁹ Este argumento se ha usado para criticar la traslación del riesgo que inestabilidad laboral que se da por la jurisprudencia que permitía la celebración de contratos de obra o servicio vinculados a la contrata. Véase: A. ESTEVE SEGARRA, “Precariedad laboral, empresas multiservicios y dumping social”, en AAVV (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 154-155.

¹⁴⁰ S. YAGÜE BLANCO, “A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado [Ref. BIB 2019/6130]”, cit., p. 17/20 pdf descargado.

¹⁴¹ En este sentido: J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Vías para la subrogación de los trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. PR-6.3.

¹⁴² Capítulo tercero, apartado III.1.

interpretación conforme con los objetivos de las Directivas de contratación pública que transpone, consistentes con la defensa de la competencia (considerando n.º 10 Directiva 2014/24/UE)¹⁴³.

Pero también con el principio básico de la Unión Europea de tutelar el mercado único común. Por eso, aunque el artículo 345 TFUE adopta una posición neutra respecto al régimen público o privado de las empresas estatales, con base en el concepto de «servicio de interés económico general» las empresas públicas encargadas de la gestión de aquellos quedarán sometidas a las normas de los Tratados en materia de defensa de la competencia (art. 106 TFUE). Es por ello que para el TJUE, con independencia de la naturaleza jurídica pública o privada de la entidad y de su modo de financiación, las normas de la competencia serán aplicadas siempre que se ejerza una «actividad económica» (STJUE de 11 de diciembre de 2007, *ETI*, asuntos C- 280/06, ap. 38). Y bajo esta premisa de igual aplicación de las reglas del mercado se ha extendido la eficacia de las normas de la Política Social comunitaria a las Administraciones Públicas, puesto que son reglas que afectan al mercado de trabajo comprendido en el mercado único¹⁴⁴.

En fin, esta noción de «actividad económica» es contemplada en la Directiva 2001/23/CE y constituye un límite a la excepción formulada por el artículo 1.1.c. En resumen, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea para garantizar el buen funcionamiento del mercado común europeo interesa la defensa de la competencia, lo que implica que las AAPP deben jugar con las mismas reglas del mercado cuando desarrollen una actividad económica.

Desde esta perspectiva la aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresas desmaterializadas a la reversión no solo encuentra acomodo en una interpretación de la norma garantista de la estabilidad en el empleo, sino también en la tutela de la iniciativa privada evitando que tengan que asumir cargas laborales que no se tendrían que asumir cuando en igualdad de condiciones se participe en una sucesión de empresas con otro operador económico.

4.3. La apreciación de otros indicios «coadyuvantes»

Entre los indicios clásicos aportados por el TJUE para verificar el mantenimiento de identidad en el traspaso, todavía quedan el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Recientemente se pueden encontrar entre la doctrina algunas ideas que guardan conexión con estos. Así, de un lado, se argumenta que desde el momento en que la jurisprudencia general en materia de transmisiones requiere verificar la «preexistencia» de la entidad económica, en aquellos sectores en los que no existen activos materiales o inmateriales podría ser un criterio a valorar para determinar si procede la transmisión. Dicha constatación consistiría en verifica si la entidad

¹⁴³ A tal fin queda supeditado el establecimiento de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos por parte del Derecho de la Unión, recordando “que ninguna disposición de la presente directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos”, pero que estarán sujetos a sus términos en el caso de hacerlo (considerando n.º 5 Directiva 2014/24/CE).

¹⁴⁴ Capítulo octavo, apartado II.3.2.2.

económica desmaterializada está conformada por una estructura organizada y con autonomía suficiente antes de la transmisión¹⁴⁵. Y del otro, se ha apuntado también como factor para determinar la transmisión en reversiones de servicios públicos la verificación de si la actividad objeto de la reversión constituye un cometido permanente y propio de la Administración, con independencia de que pueda prestarse directa o indirectamente¹⁴⁶.

En cierta forma estos criterios recuerdan sobremanera los que venía manejando la jurisprudencia social en el periodo en que equiparaba la contrata la unidad productiva autónoma. Así, los tribunales en este periodo aplicaban la institución laboral basándose, entre otros criterios, en la adscripción estable y exclusiva de los trabajadores a la contrata o en la continuación de un mismo servicio para el mismo titular y en las mismas instalaciones sin solución de continuidad¹⁴⁷.

En cualquier caso, para comprobar la preexistencia de este conjunto de trabajadores organizados de forma estable puede recurrirse a algunos criterios enunciados por el TJUE para verificar el mantenimiento de la identidad. En efecto, *“su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone”*¹⁴⁸. Estos indicios servirían para identificar la existencia de una entidad económica basada en personal a la que debe extenderse las garantías laborales en los términos expuestos en esta sección.

4.4. Recopilando ideas...

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de los apartados precedentes, el criterio de la sucesión de plantillas no garantiza la continuidad de los trabajadores ante cambios de titular en la prestación de una actividad basada en la mano de obra. Parece más justo y equilibrado, por tanto, que en lugar de erigirse como un parámetro de aplicación judicial único y determinante para imponer las consecuencias del artículo 44 ET, ceda espacio al más objetivo análisis de la clientela. Se trata de una solución más objetiva y razonable por cuanto que atiende a un criterio meramente económico basado en las posibilidades de explotar la actividad y en el origen de la fuente de ingresos del nuevo prestador de la actividad. De modo que si esta fuente de ingresos se transmite garantizando cierta estabilidad económica durante la explotación de la actividad encargada, podrá afirmarse que se mantiene la identidad de una actividad que no requiere para su prestación ningún activo material o inmaterial.

¹⁴⁵ M. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, cit., p. 153.

¹⁴⁶ J. L. MONEREO PÉREZ, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, cit., p. 300.

¹⁴⁷ Véase: E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 116. J. CRUZ VILLALÓN, “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas [Ref. LA LEY 459/2001]”, cit., p. 26/45 pdf descargado.

¹⁴⁸ SSTJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, ap. 15; de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo y otros*, asuntos C-173 y 247/96, ap. 30; de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, asunto C-234/98.

Es más, considero que una eventual normativa específica debería invertir las reglas sobre transmisión. Es decir, ante una sucesión de contratistas se debería considerar que hay transmisión de empresa y que se aplican las garantías laborales, salvo que se acredite que no se ha transmitido la entidad económica. En el caso de las actividades materializadas no cambiaría la situación, pues no habrá transmisión si el cesionario no recibe la infraestructura necesaria para prestar el servicio. Mientras que en las actividades desmaterializadas la continuidad de la plantilla quedaría garantizada siempre y cuando el nuevo prestador no actúe por su cuenta y riesgo y quede sometido a las incertidumbres del mercado asumiendo un riesgo de demanda o de suministro en los términos previstos en el artículo 14.4 LCSP. Términos que, aunque son definidos en marco de la contratación pública, constituyen un parámetro objetivo igualmente extrapolable al sector privado. Es decir, la propia contrata pública o privada o concesión administrativa proporciona un volumen de negocios a la empresa receptora del encargo que no quedaría garantizado en el caso de que desarrollase una actividad análoga en concurrencia con otros operadores en el mercado, se puede entender perfectamente que la empresa ha recibido el elemento necesario e imprescindible para poder ejecutar la actividad. Este elemento no es otro que la clientela y cobra especial relevancia precisamente cuando no se precisan activos materiales o inmateriales para su prestación, toda vez que la mano de obra es fácilmente reemplazable y sustituible por su escasa cualificación o especialización.

Ello no implica descartar por completo el indicio de la sucesión de plantillas cuando por el contrario, los trabajadores que prestan la actividad desmaterializada posean una elevada cualificación y especialización, de cuya adquisición por parte del nuevo titular penda el buen funcionamiento de la actividad que asume.

Igualmente, previamente a la aplicación de la institución laboral debe realizarse un análisis a efectos de calificar el tipo de actividad, ya no solo para distinguir entre una actividad que descansa fundamentalmente en equipamiento o sobre la mano de obra. Dentro de estas últimas debe analizarse el tipo de mano de obra utilizado para valorar si la contratación de la plantilla puede suponer un indicio relevante en tanto que evidencia la transmisión del *Know How* necesario para el desarrollo de la actividad. Pero en cambio, la no asunción de la plantilla no será determinante en aquellos casos en los que la subrogación del personal no sea relevante para poder continuar desarrollando la actividad económica.

4.5. Una alternativa para recomponer el equilibrio de los intereses en liza

Es obvio que la consideración de la «unidad productiva autónoma» como «entidad económica» añadido al criterio de transmisión de la clientela, produce una aplicación expansiva de la sucesión de empresa en el ámbito de las contratas. Aunque debe recordarse que será así únicamente en el ámbito de las contratas desmaterializadas, sin que se altere apenas las reglas que regirán en las actividades basadas en equipamiento.

Aun reafirmando las razones que hemos apuntado para defender esta postura, no puede olvidarse que la institución laboral responde a una doble racionalidad económica y social, pues no

solamente tiene como objetivo garantizar los derechos laborales sino también la conservación o continuación de la empresa. En este sentido, puede afirmarse que ha preocupado más a los tribunales la imposición de todo el conjunto de garantías que conlleva dicha institución laboral por entender que resulta excesivo para el nuevo empresario –afectando a la competitividad y al tráfico jurídico– que la propia subrogación del vínculo contractual que es lo que permite garantizar la estabilidad en el empleo. Especialmente problemática resulta la responsabilidad sobre los créditos laborales nacidos con anterioridad al traspaso, cuya finalidad histórica es que el nuevo empresario pueda responder a las obligaciones con el patrimonio adquirido, además de facilitar su cobro¹⁴⁹.

Quizás esta garantía ha perdido virtualidad en el caso de las empresas desmaterializadas que desarrollan su actividad principalmente en el ámbito de las contratas y concesiones administrativas, pues no cuentan con una estructura patrimonial que pueda quedar afectada al cumplimiento de las deudas. Y en la medida en que el cesionario no recibe activos patrimoniales del cedente, tal vez no debería subrogarse tampoco en los créditos laborales pendientes de cumplimiento. Esta posibilidad ha sido vista con buenos ojos por parte de la doctrina más crítica con la aplicación de la sucesión de empresas en casos en los que no se transmite un equipamiento patrimonial, la exclusión en estos concretos supuestos de la responsabilidad solidaria pero manteniéndose en atención a su finalidad originaria en actividades materializadas¹⁵⁰. Desde luego, el cambio normativo no resulta complejo a la luz del Derecho comunitario, puesto que la Directiva no impone su existencia sino solo la posibilidad de los Estados miembros la prevean. Esta sería, a mi parecer, una buena fórmula de reequilibrar los intereses subyacentes bajo la institución laboral priorizando la continuidad de los contratos sobre otras garantías.

Con todo, aunque no es objeto de este estudio en análisis de la responsabilidad solidaria previsto en el artículo 44.3 ET, sin el mantenimiento del empleo de los trabajadores empleados en contratas cuando se produce una reversión ex artículo 44.1 ET, hay aspectos de ambas garantías

¹⁴⁹ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 298.

En efecto, la institución sucesoria persigue una doble finalidad: “la estabilidad del trabajador y la garantía de los acreedores en el cumplimiento de las obligaciones de la empresa frente al nuevo titular de las relaciones laborales y del establecimiento donde estas se prestan”. Cfr. J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, cit., p. 32.

Esta idea subyace también en algunas resoluciones judiciales, como la STSJ Navarra de 29 de diciembre de 1995 (núm. 638/96), que determina que “la asunción «ope legis» de las deudas laborales, asunción que no puede constreñirse a las derivadas de relaciones laborales subsistentes al tiempo de la cesión, sino que ha de extenderse a todas las que graviten sobre el patrimonio de la cedente por no haber sido satisfechas y ser exigibles, y ello por cuanto la finalidad del precepto estatutario no es otra que servir de garantía a los créditos laborales pendientes al tiempo de la transmisión empresarial, poniéndolos a cubierto de maniobras elusivas patrimoniales, que precisamente a través de la cesión puedan hacer desaparecer el soporte material o económico de la empresa, verdadera destinataria de los frutos de trabajo”; y también que “de lo contrario correría un grave riesgo la subsistencia del orden social y jurídico de tutela de los derechos de los trabajadores”.

¹⁵⁰ A. DESDENTADO BONETE, “Transmisión de empresas: final no demasiado feliz para una divergencia [Ref. LA LEY 2747/4]”, cit., p. 2/2 pdf descargado. En el mismo sentido: A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*, cit., p. 169. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., pp. 150-151.

que están íntimamente relacionados y que será necesario abordar a efectos de las conclusiones que se adoptarán en este trabajo.

A) Así, en primer lugar, merece la pena reflexionar brevemente sobre la interpretación que se ha venido efectuando del régimen de la responsabilidad solidaria *ex art. 44.3 ET*. Dicho precepto establece que *“sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos «inter vivos», responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”*. En efecto, este mecanismo constituye una garantía adicional incorporada por el legislador español, en la medida en que el art. 3.1. 2º de la Directiva señala que *“los estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieron su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso”*.

Así, la jurisprudencia *“considera que la interpretación que procede hacer del precepto cuestionado ha de ser la misma que ya fue tradicional en nuestro derecho histórico, o sea, la que entiende que el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no sólo se produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar”*¹⁵¹. De este modo, los tribunales entienden que, mientras que la garantía de la obligación de subrogación contenida en el apartado primero del artículo 44 cubriría la transmisión material al empresario cedente de los contratos de trabajo vigentes y las condiciones de trabajo que le dan contenido, las obligaciones pendientes de cumplimiento se transmitirían a través del mecanismo de la responsabilidad solidaria¹⁵².

B) En cambio, la doctrina científica ha comenzado a poner de manifiesto en fechas recientes otra interpretación más acorde con la evolución normativa de la institución subrogatoria en el derecho español y con la propia norma comunitaria¹⁵³. Y es que con anterioridad a que el legislador introdujera la garantía de la responsabilidad solidaria (art. 18 LRRLL) los tribunales ya venían entendiendo que las deudas laborales se transmitían igualmente al empresario cesionario¹⁵⁴ bajo el ámbito material de la subrogación en los derechos y obligaciones del empresario anterior prevista en el art. 79 LCT. De esta manera, el cesionario asume la posición del empresario

¹⁵¹ Entre otras, SSTS de 15 de julio de 2003 (3), rec. 3442/01 y 1973 y 1872/02,; de 4 de octubre de 2003, rec. 585/03; de 7 de abril de 2016, rec. 2269/14; de 3 de mayo de 2016, rec. 3165/14, etc.

¹⁵² J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, cit., pp. 39-60.

¹⁵³ C. ARAGÓN GÓMEZ, “Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional”, *Trabajo y Derecho*, n.º 25, 2016, p. 4/7 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 15 marzo 2017. J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, cit., p. 53 y ss.

¹⁵⁴ Entre otras, SSTCT de 22 de mayo de 1967; de 16 diciembre de 1967 y de 16 de noviembre de 1981; igualmente, así lo entendía el Tribunal Supremo en sus SSTS de 30 de junio y de 22 de noviembre de 1988.

cedente, resultando el nuevo obligado, mientras que el empresario saliente queda liberado. Por tanto, una interpretación lógica de la responsabilidad solidaria —hoy regulada en el art. 44.3 ET— conlleva entender que supone una extensión legal de la responsabilidad del «cedente» durante un periodo posterior a la transmisión, evitando que quede desvinculado de las deudas generadas durante el periodo en el que fue el empresario laboral, lo que facilitaría operaciones fraudulentas si el empresario cesionario resultara insolvente.

Esta interpretación también queda avalada a la luz de las Directivas comunitarias. En efecto, el TJUE ha considerado, desde sus primeros pronunciamientos, que el *“artículo 3 de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que engloba las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de Trabajo o de una relación laboral nacida antes de la fecha de la transmisión”*. Así lo determinó en el asunto *Abels* (citado), respecto del salario del mes en que se produjo la transmisión, la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones anuales. Y ello, a pesar de que el gobierno neerlandés, expresamente, sostenía que los créditos laborales que ya eran exigibles al anterior empresario no son transmisibles al cesionario, salvo cuando el legislador nacional prevea la responsabilidad solidaria, en virtud del apartado 2º del art. 3.1 de la Directiva 77/187/CE. Con todo, cabe resaltar que el tenor de dicho precepto antes de la reforma operada por la Directiva 98/50/CE (que conserva la literalidad en la posterior Directiva 2001/23/CE) era mucho más clarificador en la medida en que establecía que *“los Estados miembros podrán prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha del traspaso tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral”*. De modo que TJUE interpretó que dicho párrafo segundo *“que autoriza a los Estados miembros a prever la responsabilidad del cedente, junto al cesionario, «después de la fecha del traspaso», indica que, en primer lugar, es responsabilidad del cesionario hacerse cargo de las obligaciones existentes en el momento de la transmisión y que se deriven de los derechos de los trabajadores”*. Así, no cabe duda alguna de que para el tribunal comunitario las deudas pendientes anteriores a la transmisión se transmiten por mor del mecanismo subrogatorio previsto en art. 3.1.1º Directiva, mientras que la solidaridad pretende que el cedente no quede desvinculado de las mismas una vez efectuado el traspaso, para salvaguardar los créditos de los trabajadores ante el cambio de empresario.

Y esta interpretación es la que parece acoger la STSJ Galicia de 26 de julio de 2018, rec. 2310/16 al aplicar la doctrina contenida en la STJUE *Somoza*. En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia se pronuncia sobre esta cuestión entrando a analizar el contenido del art. 3.1 de la Directiva, y afirma que del mismo *“se deriva que desde que se da el traspaso, el cesionario se subroga en la posición del cedente respecto de todos los derechos y obligaciones del cedente existentes en ese momento, asumiendo obligatoriamente las deudas que aquel hubiera contraído con el trabajador; los Estados pueden reforzar tal garantía estableciendo que sean responsables solidarios cedente y cesionario respecto de las deudas anteriores, pero esta posibilidad, desde luego, no empece que el cesionario sea responsable siempre, se le añada o no legalmente la responsabilidad del cedente”*. De manera que el hecho de que el TJUE no se haya pronunciado sobre la segunda cuestión prejudicial no altera dicha conclusión. De hecho, admite que *“la pregunta (más allá de su redacción, quizás desafortunada) era en este caso meramente hipotética,*

en tanto que la responsabilidad del cedente ya se establecía en la norma convencional y a quien se exoneraba de responsabilidad era precisamente al obligado cesionario”.

C) Dicho con otras palabras, no hay forma de evitar que las deudas nacidas con anterioridad a la transmisión vayan a ser transmitidas al cesionario, con independencia de que la actividad sea materializada o desmaterializada. Pero una reforma del sistema de responsabilidad solidaria, en el sentido de prever únicamente la responsabilidad del cedente sobre las deudas que generó, permitiría que si bien la nueva empresa garantizase la satisfacción del crédito a los trabajadores, más tarde pudiera reclamar la deuda a quien la originó mediante una acción de regreso. En definitiva, no tendría el cesionario que soportar esta carga calificada como excesiva e injusta, mientras que se garantizaría la estabilidad en el empleo.

IV. GESTIÓN DIRECTA A TRAVÉS DE UN MEDIO PROPIO PERSONIFICADO

1. La existencia de diversas fórmulas de gestión directa

Con base en el artículo 103.1 CE que establece que *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*, la legislación ordinaria ha reconocido expresamente a la Administración cierta «potestad autoorganizativa» o facultad de organizar sus recursos para alcanzar los fines que persigue.

Una de las facultades comprendidas dentro de dicha potestad es la de optar por la forma de gestionar los servicios y actividades que conforman sus cometidos¹⁵⁵. En este orden de cosas, además de la gestión indirecta mediante los contratos públicos, los cometidos propios de las Administraciones Públicas también pueden ser gestionados de forma directa con sus propios efectivos o mediante la creación de un ente especializado dependiente que le permita una gestión más ágil y eficaz de las funciones públicas, al dotar de personalidad jurídica propia a una parte de la organización administrativa.

Especialmente ilustrativo es el artículo 85.2 LBRL que establece que *“los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia Entidad Local.*
- b) Organismo autónomo local.*
- c) Entidad pública empresarial local.*
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública [...]*

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público...”.

¹⁵⁵ E. GAMERO CASADO; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, cit., p. 126.

No se trata, sin embargo, de una opción que solo puedan ejercer las entidades locales, pues aunque no lo hace de forma tan gráfica, tanto los artículos 84 y ss. LRJSP como la propia LCSP habilitan para la adopción de idénticas facultades por parte de todas las Administraciones Públicas.

2. Los medios propios personificados: descentralización productiva interna o impropia

Como se acaba de decir, para llevar a cabo las actividades públicas que le son propias las Administraciones pueden crear nuevas personas jurídicas sometidas al derecho público, al derecho privado, o a una fórmula mixta. Ahora bien, en los tres casos, serán personificaciones vinculadas jurídica y económicamente a la Administración creadora y propietaria. Estas entidades, forman parte del sector público institucional pero no en todos los casos tienen la consideración de Administraciones Públicas (art. 2 LRJSP). Por tanto, su pertenencia al sector público no prejuzga la naturaleza del régimen jurídico público o privado al que quedarán sometidas.

En este sentido, en la medida en que pueden encomendar a estas entidades sus actividades constituye una suerte de descentralización productiva funcional equivalente a la que se desarrolla en el sector privado¹⁵⁶. En efecto, más concretamente constituye un supuesto de descentralización interna o impropia, pues supone desgajar una actividad que el ente público realizaba anteriormente o no la realizaba pero desde un determinado momento forma parte de sus competencias, para desplazarla hacia el exterior de la organización, hacia una entidad dependiente, creada *ad hoc* frecuentemente. Sin embargo, no se trata de un supuesto de externalización, por el que se establece un vínculo contractual con un empresario privado totalmente independiente¹⁵⁷, sino un fenómeno similar a la filiación en el seno de los grupos empresariales, pues a pesar de tener personalidades jurídicas diferenciadas, quedan sometidas a una suerte de dirección unitaria derivada de los vínculos accionariales o de las facultades de intervención de la Administración sobre el ente instrumental, destinado a satisfacer los intereses propios del ente matriz¹⁵⁸.

Por tanto, la gestión directa en el ámbito público permite, además de desempeñar las actividades públicas que le son propias a través del personal de la Administración territorial, la creación de filiales de distinto carácter y naturaleza. Sin perjuicio de la extensa tipología de entidades que pueden existir en el sector público estatal, autonómico y local, algunas de ellas con

¹⁵⁶ F. J. GÁRATE CASTRO, "Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la «propia actividad»", cit., p. 155. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales", cit., p. 140.

¹⁵⁷ T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 147.

¹⁵⁸ R. SERRANO OLIVARES, "Los fenómenos de descentralización productiva en las Administraciones Públicas: aspectos de derecho individual del trabajo", cit., p. 940.

un régimen jurídico propio y especial, se referirá ahora tan solo a los principales entes del sector público que pueden usarse para recuperar la gestión del servicio externalizado¹⁵⁹.

A) Para empezar, pueden crear un «Organismo Público» con personificación pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, y autonomía en la gestión (art. 89 LRJSP), que comprende dos tipologías diferentes.

a) De un lado, el «Organismo Autónomo» cuya creación responde al objetivo de desarrollar *“actividades propias de la Administración Pública, tanto actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación”* (art. 98 LRJSP).

b) Del otro, la «Entidad Pública Empresarial» son creadas para desarrollar *“junto con el ejercicio de potestades administrativas, actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”* (art. 103 LRJSP).

Como puede observarse el ámbito funcional de ambas coincide parcialmente, y en ambos casos, son entidades de Derecho Público, pero existen diferencias respecto a su régimen jurídico. Mientras que el organismo autónomo rige su funcionamiento íntegramente por el derecho administrativo al igual que su Administración matriz (art. 99 LRJSP), la entidad pública empresarial lo hace por derecho privado, excepto en la voluntad de formación de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados por las leyes que le sean de aplicación y por sus estatutos (art. 104 LRJSP). El sometimiento de esta última al derecho privado es debido al objeto de su actividad de carácter empresarial, pues las prestaciones y los bienes que produce son *“actividades de contenido económico reservadas a las AAPP”* (art. 88 LRJSP), y como tales, susceptibles de explotación comercial por lo que, a diferencia de los organismos autónomos, se financian mayoritariamente con ingresos de mercado obtenidos de sus operaciones (art. 107 LRJSP).

B) También puede llevarse a cabo la gestión directa a través de «Sociedades de capital íntegramente público». No obstante, la entidad pública empresarial no es el único tipo de empresa que forma parte del sector público, pues las Administraciones y sus entes dependientes pueden poseer también sociedades mercantiles de capital público en alguna de sus formas previstas en el *RD-legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*¹⁶⁰. Se trata, por consiguiente, de sociedades mercantiles de naturaleza totalmente privada que adquieren la dimensión pública por el hecho de estar participadas por fondos públicos en al menos el 50% de acuerdo con los artículos 111 LRJSP y 85.ter LBRL.

¹⁵⁹ Para mayor detalle: F. RAMOS MORAGUES, “Delimitación del Sector Público y ámbito aplicativo del EBEP”, cit., p. 13 y ss.

¹⁶⁰ BOE nº 161 de 01-09-10.

Sin embargo, si bien basta con que el capital de la sociedad sea mayoritariamente público determina la inclusión en el ámbito del sector público y con ello la aplicación de un bloque normativo específico del sector público como normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico financiero y de contratación (arts. 113 LRJSP) que constituye un denominador común para todo el sector público (art. 81 LRJSP), únicamente cuando el capital sea íntegramente de titularidad pública podrá ser considerado «medio propio personificado».

En efecto, de acuerdo con el artículo 32.1 LCSP, los poderes adjudicadores podrán organizarse «ejecutando de manera directa» prestaciones propias de los contratos administrativos previo encargo a una persona jurídica de derecho público o privado que tenga la condición de medio propio respecto del ente que realiza el encargo. De ser así, este tipo de entidades del sector público que son calificadas como poder adjudicador pueden confiar cometidos propios a sus entes instrumentales a cambio de una compensación tarifaria que bien podrían ser objeto de uno de los contratos administrativos previstos en la LCSP pero que de este modo no tendrán naturaleza contractual, por entenderse como una forma de gestión directa. Estos encargos se realizan a través de las denominadas «encomiendas de gestión»

Pues bien, para tener la consideración de «medio propio personificado» respecto de una única entidad concreta del sector público deberán cumplirse acumulativamente los requisitos establecidos en el artículo 32.2 LCSP: 1) que el poder adjudicador ejerza sobre el ente destinatario un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, que determine una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas y que implique el encargo sea de ejecución obligatoria para el ente destinatario; 2) que más del 80% de las actividades del destinatario del encargo se lleven a cabo para el poder adjudicador que lo controla o para otras personas jurídicas controladas por aquel; 3) que la condición de «medio propio personificado» sea reconocida en sus estatutos o actos de creación; y 4) que cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

En cambio, el resto de sociedades del sector público que, de acuerdo con el artículo 111 LRJSP, tengan su capital participado por Administraciones públicas y sus medios propios personificados en un porcentaje superior al 50% pero inferior al 100%, pertenecerán al sector público a los efectos de la aplicación de la materias en el artículo 113 LRJSP, pero no serán considerados medios propios personificados ni el encargo formulado por parte de la Administración que ostenta parte de su capital será considerado gestión directa. En este caso, se trata de «sociedades de economía mixta» que junto con el capital público también tiene parte de su capital participado por entidades del sector privado, de modo que el encargo de que pueda recibir será considerado gestión indirecta y se regirá por lo dispuesto en la DA 72 LCSP.

C) En fin las Administraciones Públicas también pueden recurrir al uso de «Fundaciones del sector público» que, aunque nada diga el artículo 85.2 LBRL, también pueden emplearse para la

gestión directa de las actividades internalizadas¹⁶¹. De acuerdo con el artículo 128.1 LRJSP serán consideradas fundaciones del sector público las que reúnan alguno de los siguientes requisitos: 1) que se constituyan de forma inicial o que reciban con posterioridad a su constitución una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración o de sus entes instrumentales; 2) que su patrimonio esté integrado en más del 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente; y 3) que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal.

De conformidad con el artículo 128.2 LJRSP “*son actividades propias de las fundaciones del sector público estatal las realizadas, sin ánimo de lucro, para el cumplimiento de fines de interés general, con independencia de que el servicio se preste de forma gratuita o mediante contraprestación*”. Además, aclara que “*únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa*”.

Dichos requisitos que son en principio aplicables al sector público estatal sin que tengan la consideración de norma básica, son igualmente extensibles al resto del sector público autonómico y local en virtud del artículo 3.1.e) LCSP que sí tiene tal carácter básico. Además, en materia de contratación se aplicarán las mismas reglas que a las sociedades de capital, pues tendrán la consideración de «medio propio personificado» cuando se cumplan los presupuestos en el artículo 32.2 LCSP. En este caso, la encomienda de gestión formulada a la fundación del sector público que merezca tal calificación será considerada gestión directa no contractual.

3. La aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresa

Para determinar si el encargo de la gestión del servicio a un medio propio personificado tras su reversión constituye una operación de sucesión de empresa, deben traerse a colación de nuevo las consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo, pues no hay apenas especialidades en torno a la delimitación del supuesto de hecho de la normativa laboral¹⁶².

a) En primer lugar, la posible exclusión del campo de aplicación de la Directiva 2001/23/CE con base en el artículo 1.1.c de la misma, únicamente puede circunscribirse al traspaso de facultades y potestades públicas que no sean constitutivas de una «actividad económica».

Para mayor claridad debe recordarse que en la medida en que ni las sociedades de capital ni las fundaciones del sector público pueden disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública o ejercer potestades públicas (arts. 113 y 128 LJRSP), no cabrá aplicar la

¹⁶¹ Así lo prevé el artículo 67 del *Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales* (BOE nº. 196 de 15-07-55).

¹⁶² D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015, p. 258.

excepción prevista en la Directiva. En efecto, dichas entidades solo ejercerán actividades, con o sin ánimo de lucro, que son susceptibles de una explotación económica en el mercado. Es más, en la medida en que aquellas funciones objeto de la exclusión solo pueden ser ejercidas por funcionarios públicos (arts. 9.2 EBEP y 92.3 LBRL), no suscitará dudas desde el momento en que el personal dependiente de este tipo de entidades quedará regido íntegramente por el derecho laboral privado salvo ciertas excepciones (arts. 117.4 y 132.3 LRJSP), pero en ningún caso tiene la consideración de empleado público laboral o funcional (art. 55 y DA 1EBEP)¹⁶³.

b) En cuanto al cumplimiento del «requisito subjetivo» no supone un obstáculo que la vía de encargo más frecuente de actividades y funciones a estos medios propios personificados sea la «encomienda de gestión», aunque no tenga «naturaleza contractual». De nuevo debe recordarse que no es un obstáculo que la transmisión del servicio se efectúe en dos fases: la primera comprende la extinción del contrato público con la contratista y la segunda el encargo a un ente instrumental para su gestión directa. Es decir, la ausencia de «tracto directo» no impide la existencia de la transmisión. Tampoco el hecho de que el cambio de titularidad sea de «carácter coactivo», tanto para el concesionario cesante como para el medio propio personificado que recibe el encargo. En fin, el cambio de titularidad es una cuestión de resultados en la que quedan comprendidos todos los supuestos de sustitución de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa.

c) Menos especialidades todavía presenta en este caso el «requisito objetivo», pues deberá remitirse a la noción general de «entidad económica» y al requisito del «mantenimiento de la identidad», como en cualquier otro supuesto de transmisión de empresas.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha manifestado la existencia de sucesión de empresas en un cambio de titularidad en el que participa una Fundación del sector público¹⁶⁴, en un supuesto en el que asume la gestión directa una Administración¹⁶⁵ o una entidad pública empresarial¹⁶⁶, y ante la disolución una sociedad pública que conlleva la externalización de parte de sus actividades mediante un contrato público y la internalización del resto que son asumidas directamente por la entidad local propietaria de la sociedad disuelta¹⁶⁷.

En el mismo sentido, en sede nacional se ha aplicado la institución laboral cuando tras la reversión del servicio se encomienda la gestión de la actividad a un organismo autónomo local (STSJ Islas Baleares de 1 de junio de 2020, rec. 433/19; ATS de 25 de febrero de 2021, rec. 2197/20), a una entidad pública empresarial (STSJ País Vasco de 22 de diciembre de 2015, rec. 1285/14; la STSJ (CA) Aragón de 15 de mayo de 2018, rec. 285/17) o una sociedad pública (STSJ

¹⁶³ R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 27.

¹⁶⁴ STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99.

¹⁶⁵ STJUE de 29 de octubre de 2010, *UGT-FSP*, asunto C-151/09.

¹⁶⁶ STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14.

¹⁶⁷ STJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16.

Cantabria de 20 de julio de 2020, rec. 377/20). Si bien, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha apreciado fraude de Ley en un supuesto en el que tras la reversión del servicio público y encomienda de gestión a un «medio propio personificado», este último encarga el servicio a una sociedad mixta sin cumplir con los requisitos establecidos en la LCSP, por cuanto que entiende que hay una voluntad manifiesta de perjudicar los derechos de los trabajadores subrogados (STS de 30 de mayo de 2011, rec. 2192/10).

d) Ahora bien, aun cuando no existen especialidades en la determinación del supuesto de hecho de la transmisión en estos supuestos de encomienda de la gestión directa a un medio propio personificado, no ocurre así en la aplicación de las garantías laborales. En este caso, la distinta intensidad en el sometimiento al derecho público o privado afecta al régimen jurídico del personal a su servicio, lo que puede determinar mayor grado de confrontación con normas y principios de orden público en las entidades de derecho público y mayor flexibilidad en supuestos en los que se gestione de forma directa a través de una entidad sometida al derecho privado.

En efecto, precisamente por estas condiciones de flexibilidad ha sido harto frecuente que las Administraciones recurriesen con frecuencia, en especial en los años anteriores a la crisis económica de 2008, la creación de numerosos entes instrumentales de derecho privado para la gestión de las actividades y servicios públicos. Es por ello que en muchos de los asuntos judiciales existentes sobre transmisión de empresas se plantea la subrogación laboral entre una sociedad pública y el empresario privado que ve extinguida su relación contractual con la Administración.

4. Límites a la creación y mantenimiento de entes instrumentales¹⁶⁸

Si bien tradicionalmente se ha considerado que el marco constitucional, en especial los artículos 103.3, 137 y 140 CE, otorgaban a las Administraciones Públicas un amplio margen de libertad para determinar la forma de gestión que mejor permita la consecución de sus fines e intereses¹⁶⁹, dicha libertad se ha visto condicionada en los últimos años por la introducción del principio de Estabilidad Presupuestaria.

¹⁶⁸ Además de las cuestiones que se van a tratar en este apartado referidas únicamente a las restricciones para elegir la concreta forma de gestión del servicio, en tanto que afecta directamente a las cuestiones desarrolladas en la segunda parte de este trabajo, la decisión de revertir la gestión de un servicio o actividad pública requiere la comprensión de innumerables cuestiones de derecho público que escapan del objeto de este trabajo. Por tanto, además de la doctrina administrativista citada, cabe remitir a recientes y completos estudios de conjunto sobre la materia. Entre otros J. ESTEVE PARDO, “Perspectivas y cauces prodecimentales de la remunicipalización de servicios”, cit., p. 305 y ss. E. GAMERO CASADO, “Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales”, cit. M. LEÓN ACOSTA, “El procedimiento de remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LBRL”, cit., p. 72 y ss. V. MERINO ESTRADA, “Los procesos de remunicipalización”, cit., pp. 27-101. J. QUESADA LUMBRERAS Y OTROS, “Título III. Aspectos jurídico-administrativos”, cit., p. 123 y ss.

¹⁶⁹ E. GAMERO CASADO; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, cit., p. 672. En el mismo sentido, R. SERRANO OLIVARES, “Los fenómenos de descentralización productiva en las Administraciones Públicas: aspectos de derecho individual del trabajo”, cit., p. 937. H. SANTOR SALCEDO, “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades”, cit., p. 189. T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 265. J.

En efecto, como punto de partida esa libertad administrativa para adoptar la decisión del cambio en la forma de gestión estaba básicamente sometida al cumplimiento de los principios de «buena administración» (art. 103 CE) y a la exigencia de que la decisión, aun discrecional, no fuera arbitraria o supusiera la asignación de recursos al margen de los criterios de equidad, eficiencia y economía en el gasto público (arts. 9.3 y 31.2 CE)¹⁷⁰. Además, de la existencia de una «parca y fragmentada» regulación legal que introducía algunos límites que no afectaban en exceso al principio de libertad administrativa, como la imposibilidad de encomendar facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública mediante gestión indirecta o directa a través de entes sometidos al derecho privado¹⁷¹, la exigencia de adoptar preceptiva tramitación del expediente administrativo susceptible de un ulterior control judicial¹⁷², o el surgimiento de algunos límites nuevos derivados de la normativa de carácter coyuntural conocida como o «derecho de crisis»¹⁷³.

Ahora bien la reforma del artículo 135 CE, derivada del mandato comunitario de imposición de un «techo de gasto» para las Administraciones Públicas, ha alterado notablemente la situación. Mediante la reforma de la Carta Magna dicho precepto introduce el denominado «principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», desarrollado legalmente por la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* (en adelante, LOEPSF)¹⁷⁴. A su vez, dicha Ley orgánica ha traído consigo numerosos reajustes y medidas de reordenación tanto en el sector público estatal (*Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa*; en adelante LRSP)¹⁷⁵ como local (*Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*; en adelante, LRSAL)¹⁷⁶. Y, a su vez, con estas normas, se han implantado unos principios que deben guiar la decisión de creación de nuevos medios propios y la elección de una concreta opción para alterar la forma de gestión (art. 81 LRJSP).

En este orden de cosas, la elección del modo concreto de gestión de un servicio queda ahora condicionada a que sea la forma más sostenible y eficiente de entre todas las posibles. Esta

ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 6/32 pdf descargado.

¹⁷⁰ J. PONCE SOLÉ, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, cit., p. 74.

¹⁷¹ En la medida en que constituyen una privatización formal de la Administración (T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 23).

¹⁷² En este sentido, J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 8/32 pdf descargado. J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, cit., p. 41.

¹⁷³ F. J. VILLAR ROJAS, “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, p. 96.

¹⁷⁴ BOE n.º 103 de 30-04-12.

¹⁷⁵ BOE n.º 226 de 17-09-14.

¹⁷⁶ BOE n.º 312, de 30-12-3.

exigencia se ve todavía más reforzada cuando la opción por la que se pretende llevar a cabo la gestión directa sea una entidad pública empresarial o una sociedad de capital público.

De un lado, requiere acreditar desde una «perspectiva jurídico-material»¹⁷⁷ que la opción por este tipo de medios propios es más eficiente que la contratación pública o la gestión directa por la propia Administración Pública. En este sentido, la doctrina científica administrativista considera que el legislador ha introducido una suerte de «principio de subsidiariedad»¹⁷⁸ en la elección de estas formas de gestión que afecta tanto al ámbito local por imponerlo así la LRSAL (art. 85.2 LBRL), como al ámbito estatal, especialmente respecto a las sociedades de capital (arts. 86.2.a y 114.1.b LRJSP). En este caso, el citado criterio de eficiencia no se basa en meros principios que han de observarse, sino que ha de acreditarse mediante operaciones matemáticas, quedando su cumplimiento sometido a un posterior control judicial¹⁷⁹. Por su parte, la exigencia de sostenibilidad, hace referencia en todo momento a sostenibilidad financiera de la hacienda pública, de acuerdo con el art. 4.2 LOEPSF, a la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y no morosidad de deuda comercial, pero no a otros criterios que serían deseables a la hora de valorar la sostenibilidad de un servicio público (social, medioambiental, etc.)¹⁸⁰.

De otro lado, desde una «perspectiva jurídico-formal»¹⁸¹ o «procedimental»¹⁸², se requiere la elaboración de cierta documentación que deje constancia de los motivos que acrediten que se cumplen los requisitos materiales. Así, deberá elaborarse una memoria justificativa que deberá tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión, en la cual deberá constar el asesoramiento técnico recibido. Además, se recabará un informe del interventor local o el Interventor General de la Administración del Estado, según el caso (art. 85.2 LBRL o 86.2 LRJSP), que velará por la sostenibilidad financiera de la propuesta planteada. En el caso de los entes estatales, se requiere además la elaboración de un anteproyecto de creación que incluya un plan inicial de justificación (art. 92 LRJSP).

¹⁷⁷ J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 8/32 pdf descargado.

¹⁷⁸ J. M. GIMENO FELIÚ, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, cit., p. 43.

¹⁷⁹ J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 9/32 pdf descargado. Con mayor detalle: J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 4/19 pdf descargado.

¹⁸⁰ Por todos, F. J. VILLAR ROJAS, “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 103. J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, cit., p. 43. J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 2/19 pdf descargado.

¹⁸¹ J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 8/32 pdf descargado.

¹⁸² Con mayor detalle: J. ESTEVE PARDO, “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, cit., p. 305 y ss. M. LEÓN ACOSTA, “El procedimiento de remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LBRL”, cit., p. 76 y ss.

En otro orden de acontecimientos, junto a estas limitaciones en la elección de las formas de gestión, las Administraciones o sus organismos dependientes no podrán crear nuevos entes o tendrán dificultades para mantenerlos si están inmersos en un «plan económico-financiero» o «plan de ajuste»¹⁸³. Respecto al primero, de acuerdo con el artículo 21.1 LOEPSF, *“en caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, la Administración incumplidora formulará un plan económico-financiero que permita en el año en curso y el siguiente el cumplimiento de los objetivos o de la regla de gasto, con el contenido y alcance previstos en este artículo [...]”*. En cuanto al segundo, se encuentra entre los mecanismos adicionales de financiación dispuestas en la DA 1.1 LOPSF, que reza así: *“Las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que soliciten al Estado el acceso a medidas extraordinarias o mecanismos adicionales de apoyo a la liquidez, vendrán obligadas a acordar con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un plan de ajuste, cuando sea preceptivo, que sea consistente con el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública [...]”*. Pues bien, tanto en el ámbito local (art. 116.bis y DA 9 LBRL) como en el estatal (arts. 81.1 y 85.3.b LRJSP), la existencia de dichos planes determinará que no puedan crearse nuevos medios propios o que deba acometerse su disolución para equilibrar el presupuesto público.

En resumen, esta nueva normativa impone nuevos límites y condicionantes que restringen considerablemente la libertad de las Administración para determinar la forma de gestión directa tras la reversión del servicio, así como la creación y mantenimiento de entes de derecho privado, habida cuenta que son los que presentan una mayor flexibilidad para compatibilizar las garantías laborales de la transmisión de empresa con las normas que rigen el empleo público¹⁸⁴.

¹⁸³ F. J. VILLAR ROJAS, “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 101.

¹⁸⁴ Véase capítulo noveno, apartado I.4.

Otras fuentes de subrogación

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se han identificado tres fuentes de obligaciones que pueden imponer la obligación de subrogación: la legal, generalmente en art. 44 ET; la convencional, derivada de las previsiones en materia de mantenimiento del empleo contenidas en la negociación colectiva sectorial; y la contractual, consistente en el acuerdo de voluntades entre el empresario cedente y cesionario y dentro del cual se han incluido normalmente las obligaciones impuestas por los pliegos de cláusulas administrativas¹.

Tratándose los supuestos analizados en este trabajo de una manifestación de la descentralización productiva o externalización a través de contrataciones y concesiones, adquiere una especial relevancia la subrogación convencional, en tanto que ha constituido una garantía clásica para la tutela de la estabilidad en el empleo de los trabajadores ocupados en las contrataciones.

Tratándose además de supuestos en los que participa una Administración debe atenderse también a los pliegos de condiciones en la contratación pública, aunque como se verá tienen una virtualidad muy limitada a causa de la concreta operación objeto de estudio, además de que la jurisprudencia más reciente ha descartado la capacidad del pliego para imponer la subrogación.

Además de este, hay otro mecanismo al que se ha recurrido con frecuencia para garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores del sector público ante cambios de titularidad en el marco de reestructuraciones del sector público y la reorganización de Administraciones Públicas: la Ley. Se trata, no obstante, de una norma legal especial de carácter no laboral, sino que tiene naturaleza administrativa. Sin embargo, al margen de estas operaciones de traspaso en el sector público que constituyen el ámbito natural en que se aplican estas leyes, la experiencia también muestra que también se ha recurrido a leyes de carácter especial para canalizar supuestos de transmisión de empresa entre el sector privado y el sector público.

El marco normativo actual normaliza algunos de estos mecanismos de subrogación aplicables a la reversión de una actividad externalizada para su gestión pública directa. Más concretamente, el artículo 130.3 LCSP, indica que *“en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador*

¹ T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contrataciones”, cit., p. 385.

económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.”

II. CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. Caracterización general de la subrogación convencional

Habida cuenta de las lagunas de protección que el artículo 44 ET tiene para el personal empleado en contratas y concesiones cuya actividad descansa esencialmente sobre el factor personal, la normativa sectorial tradicionalmente ha articulado ciertas previsiones para garantizar la estabilidad en el empleo y paliar los efectos negativos que pueden acarrear los cambios de empresa contratista². De este modo, aun cuando no concurren los presupuestos aplicativos es posible que la negociación colectiva intervenga garantizando la estabilidad en el empleo.

Estas cláusulas son habituales en los convenios colectivos de actividades del sector servicios altamente precarizadas y que no requieren para su ejecución activos patrimoniales importantes (limpieza, vigilancia y seguridad, jardinería, ayuda a domicilio, servicios ferroviarios, etc.), aunque con el tiempo se han expandido a otras actividades³. Las SSTSJ Madrid de 16 de enero de 2015 (rec. 454/14) y de 7 de abril de 2017 (rec. 69/17), entre otras, se ocupan de establecer una exhaustiva enumeración de ámbitos en los que se han incorporado este tipo de cláusulas. Por cierto, todos ellos, referidos a actividades y servicios públicos que habitualmente son gestionados de forma indirecta: “*Así, en nuestro Derecho Colectivo, los sectores que regulan la subrogación en los Convenios Colectivos Nacionales son: acción social e intervención social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos, asistencia en tierra en aeropuertos (handling), atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas, Construcción, Contact Center, Contratas Ferroviarias, Empresas Concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos, entrega domiciliaria, hostelería, instalaciones deportivas, juego del bingo, limpieza de edificios y locales, limpieza pública, viaria, riegos, recogida,*

² Véase: E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios [Ref. LA LEY 544/2001]”, cit., p. 8/37 pdf descargado. También: C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2006, p. 5/26 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.

³ Pueden consultarse los estudios de M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 63 y ss. W. SANGUINETI RAYMOND, “Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, en AAVV (Coord. Ricardo Escudero Rodríguez) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 1/16 pdf descargado, fecha de consulta en <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/art-suc-contratas-observatorio-wsr.pdf> el 7 junio 2019. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 99 y ss. R. MENÉNDEZ CALVO, *Negociación colectiva y descentralización productiva*, Consejo Económico y Social España -CES, Madrid, 2009, p. 183 y ss. S. DE SOTO RIOJA, “Sucesión de empresas y contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional [Ref. TOL5.537.089]”, cit., p. 17/47 y ss. pdf descargado. A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 2, 2016, p. 82.

tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, puertos de Estado y autoridades portuarias, regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, reparto sin direccional, seguridad, transportes de enfermos y accidentados en ambulancias”.

Por tanto, se trata de un tipo de subrogación *sui generis*, cuyos efectos no derivan del art. 44 ET, sino de la fuerza de obligar de los convenios a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación (art. 82.3 ET). En este sentido, hay que tener en cuenta la compatibilidad o admisibilidad de estas previsiones en atención a la propia naturaleza del art. 44 ET de carácter imperativo, pues es una “*norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85.1 ET y art. 3.1.c ET)*”⁴. Por tanto, la legalidad del convenio depende de que no trate de interferir o limitar su ámbito de aplicación o sus efectos cuando la norma estatutaria sea aplicable. En tanto que respete el carácter de mínimo de derecho necesario, las dudas sobre su admisibilidad deberán resolverse en sentido positivo⁵.

Así las cosas dos clases de intervención de la negociación colectiva en torno a la regulación de la sucesión de empresa son posibles: De un lado, teniendo en cuenta el carácter de derecho mínimo necesario que tiene la norma legal, la negociación colectiva puede mejorar la protección estableciendo un régimen de garantías laborales más favorable en los casos en que resulte aplicable la ley⁶. Se trata de supuestos que se pueden denominar como «declarativos», por cuanto que la transmisión existe sin la intervención del convenio⁷. Del otro, ampliando los supuestos en los que se tutelaré la garantía de la continuidad de los contratos de trabajo⁸. Este último caso, es que se corresponde con su finalidad y razón de ser histórica de este tipo de regulación sectorial⁹: la cláusula convencional de subrogación desplegará sus efectos únicamente ante la ineficacia de la norma legal¹⁰. En estos casos, se trata de supuestos «constitutivos», puesto que la norma

⁴ STSJ País Vasco de 13 de febrero de 2007, rec. 9/07.

⁵ El propio legislador laboral ha admitido implícitamente su legalidad. Así cabe entender el art.15.5 ET que incorpora la única referencia a este tipo de subrogación en la norma estatutaria.

⁶ M. I. RAMOS QUINTANTA, *Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial*, cit., p. 42.

⁷ A. BLASCO PELLICER, “Convenio colectivo y sucesión de contratadas”, en AAVV (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 77. De la misma forma se la calificado como «subrogación impropia» (J. GARCÍA ORTEGA, “La sucesión de contratistas”, cit., p. 361).

⁸ Por todos, T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratadas”, cit., p. 400. L. E. NORES TORRES, “Sucesión de contratadas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada [Ref. BIB 2016/4852]”, *Revista de Información Laboral*, n.º 9, 2016, p. 6/9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 2 febrero 2017.

⁹ Así reza en la STS de 20 de octubre de 2004, rec. 4424/03: “*Precisamente estas garantías se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del art. 44 ET*”.

¹⁰ SSTTS de 22 de abril de 1997, rec. 2303/96; de 8 de febrero de 1998, rec. 167/97.

convencional se proyecta sobre cambios de titularidad excluidos del artículo 44 ET¹¹. Igualmente, la doctrina ha puesto de manifiesto también su admisibilidad desde el punto de vista de la libertad de empresa y la defensa de la competencia¹².

Ahora bien, su eficacia dependerá de que el convenio colectivo vincule a las empresas y trabajadores implicados y del cumplimiento de ciertas exigencias o requisitos. Si bien, este tipo de cláusulas se han caracterizado por su falta de homogeneidad, tanto en lo que respecta al conjunto de garantías que suelen contemplar como a los requisitos para que opere la subrogación¹³.

1.1. La necesaria vinculación funcional del Convenio Colectivo

Como punto de partida para que las previsiones subrogatorias establecidas en el convenio resulten vinculantes, será necesario que a las empresas les sea aplicable la norma colectiva o, en términos empleados por la jurisprudencia, *“para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga”*¹⁴.

Dicha afirmación implica de entrada que la legalidad de su inclusión en un convenio colectivo extraestatutario resulta cuanto menos dudosa. Pues a pesar de que tradicionalmente el Tribunal Supremo ha estimado que para quedar afectado por este tipo de normas colectivas se requería que la empresa esté afiliada a las organizaciones firmantes¹⁵, más recientemente ha determinado que *“una cuestión como la que se refiere a la subrogación laboral por cambio de empresa no es por su propia naturaleza susceptible de regulación en un convenio de eficacia limitada por cuanto es materia que necesariamente afecta a todo el personal afectado y excede*

Por todos, C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]”, cit., p. 6/26 pdf descargado. M. I. RAMOS QUINTANTA, *Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial*, cit., p. 41.

¹¹ A. BLASCO PELLICER, “Convenio colectivo y sucesión de contratistas”, cit., p. 78.

¹² Véase J. M. GOERLICH PESET Y OTROS, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado (Resumen ejecutivo)*, Consejo Económico y Social España -CES, Madrid, 2011, p. 31 y ss., fecha de consulta en http://www.ces.es/documents/10180/106107/libecon_merctraba_dercomp.pdf/a5987a7f-fd5d-4a73-b054-9ec8f1cb85b5 el 05-05-20. Más recientemente, J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratistas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, cit., p. 106.

¹³ W. SANGUINETI RAYMOND, “Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, cit., pp. 1-2/16 pdf descargado.

¹⁴ Cfr. STS de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/97. En el mismo sentido, SSTS de 29 de enero de 2002, rec. 4749/02; de 10 de mayo de 2016, rec. 2957/14; de 7 de abril de 2016, rec. 2269/14.

¹⁵ STS de 14 de diciembre de 1994, rec. 469/94; de 9 de febrero de 1995, rec. 3754/93. Véase: J. GARCÍA ORTEGA, “La sucesión de contratistas”, cit., p. 362. D. MONTOYA MEDINA, *Trabajo en contratistas y protección de los trabajadores*, cit., p. 403. L. M. CAMPS RUIZ, “La subrogación entre contratistas sucesivos: algunas reflexiones”, cit., p. 269. T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratistas”, cit., p. 406. L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratistas*, cit., p. 58.

por lo tanto de las posibilidades de este tipo de convenios”¹⁶. Por tanto no se trata de una cláusula cuya naturaleza sea compatible con la del convenio colectivo extra-estatutario.

Además, el convenio ha de incluir en su ámbito de aplicación funcional y personal a todas las partes implicadas, empresas y trabajadores, o de lo contrario, no resultará vinculante¹⁷. En consecuencia, por de pronto, quedará fuera de juego la cláusula de subrogación establecida por el convenio colectivo de empresa¹⁸, que si bien puede vincular a la entidad que lo negocia, no resultarán aplicables a la otra parte empresarial que participe en la operación como cedente o cesionaria, ni tampoco a los trabajadores de las empresas no afectadas por el convenio.

En cambio, no obsta a que si es el convenio de la empresa principal, mediante aquel la entidad se comprometa a subcontratar solamente con otras empresas que previamente acepten y se comprometan a aplicar la cláusula subrogatoria. Así como que las empresas contratistas alcancen un acuerdo de respetar la cláusula pactada en el convenio de empresa de una de ellas, sea la cedente o la cesionaria. O bien que la cláusula esté en el convenio de la empresa que asume la actividad, configurándose como un compromiso voluntario de asumir la plantilla pactado con la representación de los trabajadores. En cualquier caso, la transmisión de los contratos laborales en estos supuestos se enmarcaría en el ámbito de la subrogación contractual y no de la convencional, por lo que habrá que estar a la naturaleza y efectos de aquella y no a los esta¹⁹.

La misma solución puede extrapolarse a los supuestos en los que la previsión sucesoria figure en un convenio colectivo de sector pero no estén ambas empresas y los trabajadores afectados incluidos en el ámbito de aplicación del mismo. Podría consumarse la subrogación laboral cuando la previsión esté en el convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa saliente pero no a la entrante, aunque su naturaleza sería igualmente la de la sucesión contractual, pues exigiría la voluntad de la empresa cesionaria de incorporar a la plantilla, al no quedar dentro del ámbito de aplicación convenio. De idéntica manera, cuando el convenio colectivo sectorial afecte a la empresa entrante pero no a la saliente, pues sus trabajadores no quedarán vinculados a la obligación de subrogación²⁰.

¹⁶ Cfr. STS de 11 de julio de 2012, rec. 38/11, F.J.3º.

¹⁷ Por todos, J. GARCÍA ORTEGA, “La sucesión de contratistas”, cit., p. 362. M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 63. L. M. CAMPS RUIZ, “La subrogación entre contratistas sucesivos: algunas reflexiones”, cit., p. 269. L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, cit., p. 59.

¹⁸ STS de 11 de julio de 2012, rec. 38/11: “A tal efecto procede constatar que esta materia ni siquiera es susceptible de ser regulada por un convenio estatutario de empresa por cuanto se ha entendido que la representación que ostentan estos negociadores no puede vincular a terceros dados los límites derivados de la propia delimitación del ámbito negociador y de la representatividad de sus propios negociadores pues en ningún convenio colectivo se pueden imponer condiciones a terceros”.

¹⁹ Un análisis de la casuística que puede presentarse en L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, cit., pp. 59-63.

²⁰ También cabe remitir al análisis casuístico en *Ibid.*, pp. 63-70.

De esta forma, la jurisprudencia entiende que *“el convenio ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 ET al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio. Siendo ello así, resulta evidente que los artículos que impugna la Autoridad laboral no se hallan ajustados a la legalidad, en tanto que imponen a futuros concesionarios, ajenos al convenio en el que tales cláusulas se insertan, el deber de subrogación”*²¹.

1.2. Requisitos procedimentales a cumplir por las empresas implicadas

Además de la inclusión de las partes en el ámbito de aplicación del convenio, la eficacia de la cláusula queda supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos formales y documentales para que la garantía de mantenimiento del empleo en ella prevista despliegue plenos efectos. Es decir, sus previsiones son eficaces únicamente cuando se cumplan las condiciones previstas, no siendo frecuente que se aplican con carácter general y automático sin someterse a dichos requisitos²². Aunque, no son desconocidos supuestos de regulación pactada en los que la cláusula transcribe literalmente el artículo 44 ET o se remite al precepto legal en bloque²³.

A) La admisibilidad de la inclusión de estos requisitos no plantea dudas de legalidad si se tiene en cuenta que el convenio colectivo amplía los supuestos previstos por el art. 44 ET. Desde esta perspectiva, es simplemente una mejora sobre la intervención legal, por lo que la norma paccionada cuenta con libertad para determinar los requisitos que considere oportunos²⁴. En este sentido la subrogación *“se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida”*²⁵. Pero en cambio, cuando a la misma operación resulte aplicable tanto el artículo 44 ET como el convenio, no desplegarán efectos las previsiones de este último que establezcan requisitos condicionantes²⁶.

²¹ Cfr. STS de 28 de octubre de 1996, rec. 566/96 (que reitera la STS de 12 de marzo de 1996, rec. 945/95). Conformando una doctrina jurisprudencial consolidadísima: SSTS de 15 de diciembre de 1997, rec. 184/97; de 14 de marzo de 2005, rec. 6/04; de 26 de abril de 2006, rec. 38/04; de 10 de diciembre de 2008, rec. 2731/08; de 21 de diciembre de 2010, rec. 208/09; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10; de 17 de septiembre de 2012, rec. 2639/11; de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; etc.

²² R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 102.

²³ R. MENÉNDEZ CALVO, *Negociación colectiva y descentralización productiva*, cit., p. 170.

²⁴ Por todos, J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 71. C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]”, cit., p. 6/26 pdf descargado. L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 70.

²⁵ Cfr. STS de 17 de septiembre de 2012, rec. 2693/11.

²⁶ T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, cit., p. 400.

B) En este sentido, es harto frecuente que para que la obligación de subrogación opere se requiera que el empresario cedente aporte determinada «información socio laboral» que se considera relevante para el cesionario²⁷ y cuyo contenido y alcance varía en función del concreto convenio colectivo (suelen solicitarse relaciones del personal adscrito a la contrata, sus contratos, certificaciones negativas de deudas de Seguridad Social, etc.)²⁸. En principio, tales prescripciones son obligatorias para que la cláusula que contempla la obligación de subrogación obtenga eficacia plena, de modo que si la empresa saliente no cumple con las obligaciones informativas impuestas por el convenio no podría operar la subrogación en los contratos hacia la empresa entrante. En este caso, el empresario incumplidor tendrá que soportar las consecuencias laborales y hacerse cargo de la plantilla o, en su caso, de las extinciones contractuales. Al respecto, la jurisprudencia ha afirmado que “*no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente*”²⁹.

C) Ahora bien, la duda surge cuando la obligación de información se cumple pero adolece de irregularidades tales como falta de algunos documentos, entrega en mal estado y desorden, incumplimiento de los plazos otorgados en el convenio, etc. En estos casos, hay que tener presente que las consecuencias negativas de la inaplicación de la cláusula se proyectan sobre los trabajadores y no sobre la empresa incumplidora, por lo que este criterio tan estricto ha sido reformulado de un modo más flexible³⁰.

En primer lugar, para determinar las consecuencias del incumplimiento habrá que estar a las previsiones que eventualmente pudiera contener el convenio, pudiendo ser que el mismo otorgue a las obligaciones informativas un valor constitutivo o que por el contrario no le otorguen naturaleza *ab substantiam*. Ante el primer supuesto podría ser que la propia regulación pactada declare expresamente la ineficacia de su contenido ante la inobservancia de tal requisito, mientras que respecto al resto de requisitos cabría entender que los derechos de los trabajadores permanecerían indemnes ante su eventual incumplimiento o cumplimiento defectuoso³¹.

²⁷ STS de 28 de julio de 2003, rec. 2618/03.

²⁸ Con mayor detalle: C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]”, cit., p. 9/26 y ss. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 106 y ss.

Más recientemente: J. GIL PLANA, “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en AAVV (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 222 y ss.

²⁹ STS de 17 de septiembre de 2012, rec. 2693/11. Con cita de las anteriores SSTS de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/97; de 29 de enero de 2002, rec. 4749/00; de 11 de marzo de 2003, rec. 2252/02; de 28 de julio de 2003, rec. 2618/02.

³⁰ STS de 6 de marzo de 2007, rec. 3976/05.

³¹ Por todos, C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]”, cit., pp. 9-10/26 pdf descargado. W. SANGUINETI

Aunque en la práctica, esta delimitación propia efectuada por la regulación pactada no es el supuesto más habitual³², sino que se requerirá de una labor interpretativa para determinar la configuración y la trascendencia que la norma atribuye a tales requisitos y el perjuicio para la empresa entrante que puede derivarse de su eventual inobservancia³³. De modo que solo cabrá determinar la ineficacia de la cláusula cuando de la lectura de la misma se desprenda que la intención de las partes negociadoras del convenio ha sido la de considerar el cumplimiento del concreto requisito como una condición indispensable, cuestión que depende de las circunstancias de cada supuesto de hecho³⁴. En este sentido, no debería frustrar la subrogación la no aportación de una determinada documentación que no tiene una clara conexión con la finalidad que la cláusula convencional prevé, esto es, el establecimiento de una determinada garantía laboral. Por tanto, aunque haya perdido virtualidad a la luz de la jurisprudencia vigente, puede señalarse como ejemplo la exigencia de acreditar estar al corriente de deudas de seguridad social cuando entre los efectos del convenio no se prevé una responsabilidad solidaria por las mismas³⁵. Así pues, con esta nueva interpretación matizada, *“la subrogación puede operar, incluso cuando la documentación no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social”*³⁶.

1.3. Requisitos referidos a la personal del trabajador

Además de los requisitos anteriormente señalados es frecuente que la negociación colectiva establezca otras condiciones que deben ser cumplidas por los trabajadores afectados, como tener una determinada antigüedad, estar adscrito a la contrata durante un periodo temporal mínimo anterior al cambio de contratista, ostentar una categoría profesional determinada, realizar unas concretas funciones o requerirse que la vinculación jurídica del trabajador se produzca mediante determinadas modalidades de contratación laboral.

En origen el establecimiento de estos requisitos respondía a la necesidad de evitar que la empresa saliente pudiera desprenderse de personal no vinculado a la contrata llevando a cabo un sobredimensionamiento de la plantilla en periodos cercanos al cambio de titularidad. Así como permitir la subrogación de personal contratado poco tiempo antes del traspaso, incluso cuando ya sabía que se había perdido la adjudicación, con el fin de perjudicar al empresario entrante y, en

RAYMOND, “Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, cit., p. 10/16 y ss. pdf descargado.

³² L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 71.

³³ A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, cit., p. 90.

³⁴ W. SANGUINETI RAYMOND, “Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, cit., p. 11/16.

³⁵ SSTSJ I. Baleares de 12 de septiembre de 2005, rec. 235/05; de 24 de septiembre de 2012, rec. 237/12.

³⁶ SSTS de 11 de marzo de 2003, rec. 2252/02; de 28 de julio de 2003, rec. 2618/02; de 17 de septiembre de 2012, rec. 2693/11.

consecuencia, afectar a la concurrencia empresarial³⁷. A esta finalidad respondían los primeros requisitos enunciados en la ejemplificación formulada más arriba, aunque la evolución de la regulación en esta materia ha determinado que progresivamente se vayan incluyendo otros. En cualquier caso, la admisibilidad de la introducción de estos requisitos está amparada por la libertad que tienen los sujetos negociantes en la autonomía colectiva³⁸. Eso sí, deberán observar en todo caso el debido respeto al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE)³⁹.

Junto a este tipo de requisitos también es frecuente que el convenio no imponga la subrogación del personal, sino únicamente la obligación de incorporar a la plantilla adscrita a la contrata a un proceso selectivo. O bien, que determine que la plantilla a asumir vendrá compuesta por un número determinado o un porcentaje de trabajadores adscritos⁴⁰.

En definitiva, la idea que debe quedar presente es que bajo la eficacia de la subrogación convencional es muy probable que la garantía de subrogación no afecte a toda la plantilla, sino únicamente a la parte del personal adscrito a la contrata que cumpla los requisitos.

1.4. Régimen de efectos de la subrogación convencional

Aunque sistemáticamente no procede tratar en esta parte del trabajo los efectos o garantías de la subrogación, debe destacarse que en el ámbito de la subrogación convencional la conflictividad jurídica que se ha tenido lugar en los últimos años –aunque prácticamente pueda hablarse ya de décadas– no permite desvincular la determinación de la aplicabilidad de la regulación pactada del régimen de efectos previstos en la cláusula. Y es que, como se desarrollará en un apartado posterior, la aplicación de la sucesión de plantillas ha provocado ciertas interferencias tanto con el alcance de la obligación de subrogación como con las garantías previstas por el artículo 44 ET.

Simplemente conviene apuntar ahora que normalmente las cláusulas de subrogación reguladas en la negociación colectiva comprenden un régimen de efectos o garantías mucho más limitado del que establece regulación legal de la sucesión de empresas⁴¹. Así, por ejemplo, es frecuente que la garantía de la responsabilidad solidaria quede al margen del catálogo de efectos

³⁷ R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 102.

³⁸ Su validez ha quedado jurisprudencialmente avalada por, entre otras, las SSTs de 27 de abril de 2012, rec.3524/11; de 16 de julio de 2014, rec. 2440/13.

³⁹ A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, cit., p. 85.

⁴⁰ Con mayor detalle sobre este tipo de condicionantes C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]”, cit., p. 7/26 pdf descargado. W. SANGUINETI RAYMOND, “Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, cit., p. 8/16 y ss. pdf descargado. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 102 y ss. R. MENÉNDEZ CALVO, *Negociación colectiva y descentralización productiva*, cit., p. 181 y ss.

⁴¹ Aunque en algunos casos se remite en bloque al conjunto de garantías del art. 44 ET. O se aplican estos de forma supletoria cuando el convenio impone la subrogación pero no concreta su régimen de efectos (STS de 31 de mayo de 2017, rec. 234/16).

cuando no se excluya expresamente con el fin de que se impute a cada empresario las deudas y obligaciones laborales derivados de su periodo de ejecución de la contrata, tal y como ocurre con el paradigmático y conflictivo Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad⁴².

1.5. Interpretación de la cláusula

En fin, la jurisprudencia viene entendiendo que, al constituir una excepción a las reglas generales sobre sucesión previstas en el artículo 44 ET, la norma sectorial goza de cierta libertad en su configuración tanto en lo relativo a sus requisitos como a sus garantías previstas. Por tanto, las previsiones contenidas en la norma sectorial deben ser objeto de una interpretación restrictiva y literal⁴³. De esta manera que las garantías laborales serán las estrictamente previstas por el convenio, sin que quepa equipararlas o interpretar su alcance a la luz del precepto estatutario.

En fin, debe repararse en el carácter obligatorio que tiene la subrogación convencional, tanto para los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, como para las empresas. Para los primeros, no se requerirá su cumplimiento en tanto que la obligación se encuentra contenida en un convenio colectivo estatutario al que el ordenamiento jurídico le otorga eficacia normativa general. Esto es, el trabajador queda vinculado de la misma forma que si la obligación la impone una norma legal. En el caso de las empresas ocurre lo mismo. Para la empresa cedente, el incumplimiento de las obligaciones de información al cedente comportará la ineficacia de la cláusula de subrogación, por lo que los trabajadores permanecerán bajo su dependencia, sin que pueda extinguir los contratos de trabajo, debiendo responder de las consecuencias perjudiciales que le sobrevengan y, en su caso, al despido del trabajador si ya ha sido formalizado⁴⁴. Para la empresa cesionaria, el incumplimiento de la obligación impuesta por convenio colectivo será sancionado judicialmente con imputación de la declaración de improcedencia de las extinciones contractuales de aquellos trabajadores que debieron ser subrogados⁴⁵.

⁴² Por todos, M. LLANO SÁNCHEZ, *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, cit., p. 162. C. ARAGÓN GÓMEZ, "Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]", cit., p. 15/26 y ss. pdf descargado. T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, "Los problemas laborales de la sucesión de contratas", cit., p. 408. L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 87 y ss.

⁴³ SSTs de 8 de junio de 1998, rec. 2178/97; de 10 de diciembre de 2008, rec. 3837/07. En el mismo sentido por la doctrina judicial STSJ País Vasco de 24 de noviembre de 2015, rec. 2024/15; STSJ Andalucía, Sevilla, de 24 de septiembre de 2015, rec. 2224/14.

L. M. CAMPS RUIZ, "La subrogación entre contratistas sucesivos: algunas reflexiones", cit., p. 269. Aunque un sector doctrinal se ha manifestado en contra de la interpretación restrictiva por cuanto que "no existe una regla general de no subrogación ni tampoco una excepción subrogatoria. Se trata, por el contrario, de un derecho reconocido convencionalmente al trabajador, ni más ni menos excepcional que cualquier otro que en el convenio se reconozca". Cfr. T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, "Los problemas laborales de la sucesión de contratas", cit., p. 399.

⁴⁴ R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 165. Entre otras, SSTs de 26 de julio de 2007, rec. 381/06; de 17 de septiembre de 2012, rec. 2693/11.

⁴⁵ A. BLASCO PELLICER, "Convenio colectivo y sucesión de contratas", cit., p. 81. Entre otras, STS de 10 de enero de 2017, rec. 1077/15.

2. Interferencias entre la subrogación legal y convencional a causa de la doctrina comunitaria sobre la sucesión de plantillas.

2.1. Consideraciones previas

Una de las cuestiones que más ha captado la atención de la jurisprudencia comunitaria y nacional en los últimos años ha sido la determinación de las consecuencias o implicaciones que tiene que, por aplicación de la cláusula de subrogación prevista en el convenio colectivo sectorial, se produzca se asuma una parte esencial de la plantilla en términos de número y competencias que active la Directiva 2001/23/CE y el artículo 44 ET.

Como prontamente determinó el Tribunal de Justicia la sucesión de plantillas se produce tanto si deriva de una decisión voluntaria y unilateral del nuevo empresario de contratar a una parte esencial de trabajadores de la entidad saliente, como si se produce en el marco de una cesión convencional negociada entre ambos, o aunque derive de la imposición de una norma de obligado cumplimiento como es el Convenio Colectivo para los sujetos insertos en su campo de aplicación (STJUE de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C-51/00).

A partir de esta importante sentencia comunitaria la aplicación judicial por parte de nuestros tribunales nacionales –y muy especialmente por parte del Tribunal Supremo– ha supuesto un auténtico calvario, pues conllevaba la mutación de su tradicional doctrina que contemplaba que la transmisión de una entidad económica materializada precipitaba el artículo 44 ET, mientras la subrogación de la plantilla en ausencia de dicha transmisión solo cabía en el marco de actuación del convenio colectivo cuya cláusula determinará los requisitos a cumplir para que opere y las garantías a aplicar a los trabajadores subrogados con el alcance que las partes negociadoras diesen. De modo que desde la STJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen* (asunto C-13/95), la Sala de lo Social del Alto Tribunal venía resistiéndose a aplicar la doctrina comunitaria que no compartía, pero en todo caso no era una oposición excesivamente forzada en tanto en cuanto que la sucesión de plantilla únicamente tenía carácter voluntario para el nuevo empresario y rara vez se asumía de esta manera al personal cesado. Es más, se solucionaba judicialmente entendiendo que ha habido una ruptura de la unidad del vínculo contractual, derivada de la extinción del contrato por la contratista cesante y, a lo sumo, la concertación de nuevas relaciones por la entrante, sin que hubiese un desplazamiento patrimonial que permitiese entender que se ha transmitido una empresa⁴⁶. En cambio, desde el asunto *Temco* las divergencias entre la doctrina nacional y la

⁴⁶ Había hecho alusiones en sus sentencias a la jurisprudencia comunitaria de la sucesión de plantillas, pero no se había visto con la necesidad de ponerla práctica. Así en la STS de 10 de diciembre de 1997 (rec. 164/97), en la que el empresario entrante no se hace cargo de la plantilla del anterior por no haber transmisión de activos y por no haber cumplido el segundo las obligaciones de documentación previstas en el Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Burgos que ocasionara que el “nuevo empresario se hubiere hecho cargo por tal causa de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata”. Sobre un supuesto idéntico y con aplicación de la doctrina de la anterior: STS y de 29 de enero de 2002, rec. 4749/00. A la misma conclusión llega la STS de 22 de mayo de 2000 (rec. 2892/99) en relación con un comedor de empresa, en el que las previsiones del Convenio no se aplican por ser

comunitaria comenzaban a ser más acentuadas en tanto en cuanto la subrogación impuesta por los convenios colectivos debía conducir a la misma solución que casos más tradicionales de transmisión de empresa. Fue la STS de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/02) la que incorporó la doctrina comunitaria al acervo jurisprudencial interno y, a partir de ahí, se han sucedido una serie de vaivenes jurisprudenciales que han estado más o menos cercanos a la postura del TJUE.

2.2. La evolución hermenéutica sobre la subrogación convencional y la sucesión de plantillas⁴⁷

En efecto, como ya se decía la evolución de la jurisprudencia del TJUE en torno a la delimitación del concepto de «entidad económica» ha sido coherente y constante⁴⁸ en tanto que ha seguido una tendencia expansiva, pero nuestros tribunales han mostrado varios «vaivenes»⁴⁹ mostrando una evolución discontinua y con constantes giros interpretativos influenciados por el carácter vinculante de la jurisprudencia comunitaria y las resistencias del Supremo a abandonar sus tesis más clásicas sobre la transmisión de empresa.

Al respecto pueden identificarse cuatro etapas diferentes en función de las consecuencias jurídicas imputadas a la sucesión de plantillas impuesta por el convenio colectivo.

2.2.1. Primera etapa: la subrogación de plantilla no produce efectos ex art. 44 ET

Durante la década de los noventa, la línea interpretativa que el Tribunal Supremo seguía vino marcada por la citada STS de 5 de abril de 1993 (rec. 702/92) que definió el estado de la cuestión. Así, como ya se vio en los capítulos precedentes, la conservación del empleo ante una sucesión de empresas contratistas podía producirse por dos vías diferentes: la primera, por aplicación de la sucesión de empresa del art. 44 ET (transmisión patrimonial) y la segunda por la negociación colectiva cuando subsidiariamente prevea la obligación de subrogación. En otro caso, lo producido es una mera sucesión en la actividad objeto de la contrata, que no conlleva efecto subrogatorio alguno, pudiendo el contratista cesante proceder a extinguir los contratos.

Por tanto, la continuidad de los trabajadores externalizados frente a las vicisitudes organizativas empresariales podía producirse a través de dos mecanismos independientes, aplicables a supuestos diametralmente distintos y con diferentes niveles de tutela laboral. Todo, con base en un único criterio: la necesidad de elementos significativos del activo material o

un supuesto de reversión a la principal, que no queda incluida en el ámbito de aplicación del mismo. Sin embargo, aunque reversionen las instalaciones que antes empleaba la contratista, al ser de propiedad originaria de la principal, tampoco se considera que hay transmisión de unidad productiva autónoma.

⁴⁷ S. YAGÜE BLANCO, “Entre subrogación convencional y transmisión de empresas: la sucesión de plantillas”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 52, 2019, p. 44 y ss.

⁴⁸ En este sentido: T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, cit., p. 395. L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 41 y ss.

⁴⁹ W. SANGUINETI RAYMOND, “Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, cit., p. 1/16 pdf descargado.

inmaterial para explotar la actividad. Así, los trabajadores empleados en actividades basadas en equipamiento gozarían de la protección completa de la norma legal ante la existencia de una transmisión material de la unidad productiva donde prestasen servicios. Pero, en defecto de esta, aun podrían tener la expectativa de que el convenio colectivo pudiera establecer algunas garantías

En definitiva, este periodo se caracteriza por la existencia de una separación nítida entre la subrogación legal y la convencional, sin que haya interferencias entre ambas fuentes normativas. La aplicación de la cláusula de estabilidad de empleo pactada únicamente produciría efectos en los términos y con los límites que se estableciesen⁵⁰, aunque impusiera la subrogación de la totalidad de la plantilla⁵¹, y con independencia del tipo de sector o actividad. Y ello, a pesar de que, esta postura, ya mostrara una «clara falta de sintonía» con la interpretación se venía fraguando en sede comunitaria⁵².

2.2.2. Segunda etapa: la sucesión de plantilla impuesta por convenio colectivo puede producir efectos ex art. 44 ET

Con la incorporación al acervo jurisprudencial interno de la doctrina sobre sucesión de plantillas el panorama cambia, pues el efecto derivado de la obligación impuesta por convenio colectivo puede convertirse en la causa determinante de la sucesión legal. Esta situación se produjo con la STS de 27 de octubre de 2004 (rec. 899/02), mediante la cual el Alto Tribunal se «apartaba» de su posicionamiento anterior y «acataba» la doctrina comunitaria, no por convicción, sino por su carácter vinculante (art. 267 TFUE).

No obstante, lo hacía expresando ciertas «reservas» y dejando constancia de que, a su juicio, “*difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento jurídico*”, pues nada tienen que ver este tipo de subrogaciones con la transmisión de un establecimiento empresarial⁵³. Y es que la sucesión de plantillas podía provocar ciertas «distorciones»⁵⁴, pues, en la medida en que se aplique la previsión convencional, el supuesto se insertará directamente dentro del ámbito de aplicación de la sucesión legal⁵⁵.

⁵⁰ Entre otras, SSTS de 10 de julio de 2000, rec. 923/99; de 14 de marzo de 2005, rec. 6/04; de 23 de mayo de 2005, rec. 1674/04.

⁵¹ Entre otras, STS de 22 de abril de 1997, rec. 2303/1996; de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/1997; de 31 de marzo de 1998, rec. 1744/97; de 23 de julio 2003, rec. 2343/02.

⁵² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Transmisión de empresas y Derecho europeo”, en AAVV *La transmisión de empresas en Europa*, Ed. Cacucci, Bari, 1999, p. 11.

⁵³ Previamente, ya había expresado sus argumentos en contra en las SSTS de 20 y 21 de octubre de 2004, rec. 4424 y 5075/03, aunque por las circunstancias del caso, llegó a una solución distinta.

⁵⁴ A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, cit., p. 254.

⁵⁵ Por todos, M. C. SALCEDO BELTRÁN, *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, cit., p. 63. C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]”, cit., p. 22/26 pdf descargado. L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las provisiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, cit., p. 89.

Esta circunstancia, además de los perjuicios que acarrearía contra la protección de los trabajadores⁵⁶, conllevaría dos efectos inmediatos sobre la validez de la cláusula convencional: 1) la ineficacia de todas aquellas previsiones que obliguen al nuevo empresario a subrogarse en solo una parte de la plantilla, pues una vez convertida la sucesión convencional en legal la nueva contratista deberá asumir a la totalidad de trabajadores sin excepciones⁵⁷; y 2) las garantías ya no serán las ordenados por el convenio, sino todas las impuestas por el art. 44 ET. De hecho, esta parecía ser la máxima preocupación del TS en tanto en que conlleva aplicar “*un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social*”.

En cualquier caso, a pesar de dichas reticencias y los intensos debates doctrinales ocasionados⁵⁸, durante los años siguientes, el Alto Tribunal aplicó la sucesión de plantillas, produciéndose el necesario ajuste a la doctrina comunitaria⁵⁹. Así, una vez interiorizada, en sus propias sentencias dejaba constancia de que “*el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación*”⁶⁰. Así, para la aplicación de la doctrina se requería únicamente: 1) que la sucesión se produzca en un servicio o actividad cuyo activo principal sean los recursos humanos; y 2), que se constate que la subrogación ha afectado a una parte esencial de esos trabajadores⁶¹. Si falta alguno de estos dos presupuestos, no habrá transmisión por sucesión de plantillas.

De esta manera, en sectores cuya actividad no descansa sobre la mano de obra, sino que requieren material e instalaciones para su explotación, no basta con la continuidad del personal para aplicar el conjunto de garantías previstas en el art. 44 ET, sino que se exigirá una transmisión patrimonial⁶². Pero, en estos mismos sectores, cuando no se produzca dicha transferencia, aun puede intervenir la negociación colectiva imponiendo la obligación de mantener la plantilla al nuevo contratista, en cuyo caso habrá que estar a los condicionantes y efectos previstos en la propia

⁵⁶ En las SSTs de 20 de octubre de 2004 y de 22 de octubre de 2004 se advertía de la posibilidad de realizar descentralizaciones estratégicas, además del desincentivo que supondría para la negociación de nuevas cláusulas.

⁵⁷ STS de 27 de abril de 2015, rec. 348/14.

⁵⁸ A. DESDENTADO BONETE, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, cit. A. DESDENTADO BONETE, “Transmisión de empresas: final no demasiado feliz para una divergencia [Ref. LA LEY 2747/4]”, cit. T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratistas”, cit. M. S. HERRAIZ MARTÍN, “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratistas [Ref. LA LEY 1860/2007]”, cit. J. LAHERA FORTEZA, “La intersección entre las cláusulas convencionales de subrogación contractual y la transmisión de empresa del art. 44 ET en las sucesiones de contratistas [Ref. LA LEY 17029/2011]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 2, n.º 19, 2011, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 8 marzo 2017.

⁵⁹ W. SANGUINETI RAYMOND, “Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, cit., p. 3/16 pdf descargado.

⁶⁰ Entre otras, SSTs de 12 de julio de 2010, rec. 2300/09 (con mención expresa al cambio de criterio); de 28 de febrero de 2013, rec. 542/12.

⁶¹ Entre otras, SSTs de 5 de marzo de 2013, rec. 3984/11; de 9 de julio de 2014, rec. 1201/13; de 12 de marzo de 2015, rec. 1480/14.

⁶² SSTs de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07; de 29 de mayo de 2008, rec. 3617/09; de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07; de 23 de octubre de 2009, rec. 2684/08; de 7 de diciembre de 2011, rec. 4665/10, etc.

norma pactada⁶³. Al carecer del primer presupuesto —no es la mano de obra el factor esencial— no producirá efectos por aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas. En último caso, de haber cláusula convencional subrogatoria aplicable y también producirse la transmisión de equipamiento que desencadene la sucesión legal, el régimen de garantías del convenio quedaría neutralizado, a excepción de aquellos efectos que resulten más favorables.

En cambio, si la mano de obra es el elemento organizativo fundamental en la actividad, habrá transmisión de empresa, aplicando el conjunto de garantías del art. 44 ET, cuando se produzca la asunción de una parte relevante de trabajadores, ya sea voluntariamente, o impuesta por convenio colectivo⁶⁴. Y solo se aplicarán las más limitadas garantías de la subrogación convencional cuando la parte de empleados transmitida no sea esencial, ya que faltará el segundo presupuesto enunciado. Habida cuenta de que estos últimos casos han resultado ser los más problemáticos, tal y como señala la doctrina científica⁶⁵, la litigiosidad se ha centrado en las siguientes cuestiones: a) dirimir si el convenio colectivo que puede provocar la sucesión de plantillas resulta o no aplicable⁶⁶; b) verificar si los trabajadores cumplen los requisitos establecidos para ser subrogados⁶⁷; c) precisar el alcance del incumplimiento de la empresa cedente de las obligaciones formales impuestas por la norma pactada⁶⁸; y, d) delimitar cuándo la parte de la plantilla subrogada tiene la consideración de esencial, cuestión que desde un punto de vista técnico provoca una gran inseguridad jurídica⁶⁹.

En síntesis, la imposición de la subrogación contractual por parte del convenio colectivo podía, previa concurrencia de los referidos requisitos, desencadenar la aplicación en bloque del conjunto de garantías previsto por el art. 44 ET.

⁶³ Así, ha ocurrido en el sector de *contact center*, entre otras: SSTS de 15 de julio de 2013, rec. 1377/12; de 27 de enero de 2015, rec. 15/14; de 22 de septiembre de 2016, rec. 1438/14.

⁶⁴ Entre otras, STS de 9 de julio de 2014, rec. 1201/13.

⁶⁵ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, "Sucesión de contratos y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma", cit., p. 19 y ss.

⁶⁶ Esta cuestión se ha suscitado, especialmente, respecto a empresas principales que recuperan la actividad externalizada y no se ven afectadas por el convenio sectorial (SSTS de 28 de octubre de 1996, rec. 566/96; de 10 de diciembre 2008, rec. 2731/07); y en las mismas circunstancias, Administraciones públicas que recuperan servicios que se gestionaban de forma indirecta (SSTS de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10); así como Centros Especiales de Empleo que concurren a la adjudicación de contratos en un determinado ámbito sectorial (SSTS de 4 de octubre de 2011, rec. 4597/10; de 18 de diciembre de 2012, rec. 44/12).

⁶⁷ Entre otras, SSTS de 18 de septiembre de 2012, rec. 2963/11; de 12 de febrero de 2013, rec. 28512

⁶⁸ Entre otras, SSTS de 20 de septiembre de 2006, rec. 3671/05; de 26 de julio de 2007, rec. 381/06.

⁶⁹ Puede apreciarse el contraste entre la STS de 7 de diciembre de 2011 (rec. 4665/10), en la que se estima que hay sucesión de plantillas por asumir la contratista entrante a 36 de 46 trabajadores, y la STS de 9 de abril de 2013 (rec. 1435/12), en la que también hay sucesión, pero solo asume a 3 de 7/8 trabajadores.

2.2.3. Tercera etapa: la sucesión de plantillas impuesta por convenio colectivo puede causar una transmisión al amparo de la Directiva pero no del art. 44 ET

Después de más de una década de alineamiento pacífico entre la jurisprudencia interna y comunitaria, la STS de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/14)⁷⁰, seguida de muchas otras que consolidaron su doctrina⁷¹, marcó el inicio de un periodo parcialmente distinto al anterior en cuanto a la determinación de los efectos de la subrogación convencional de una parte esencial o total de la plantilla. En efecto, con este pronunciamiento, el Alto Tribunal vuelve a «mostrar su incomodidad» con la sucesión de plantillas impuesta por convenio, y da un giro interpretativo que ha sido calificado como un «nuevo alejamiento» de la jurisprudencia comunitaria⁷².

La controversia surge al hilo de una reclamación de cantidad contra las dos empresas contratistas y la interpretación que debe hacerse del ya referido convenio estatal de empresas de seguridad y su cláusula de subrogación que excluye la responsabilidad. El TS consideró que la nueva adjudicataria no debía responder solidariamente porque, aunque se ha subrogado en los contratos de trabajo por imponerle el convenio, no resulta aplicable el art. 44 ET. A esta conclusión llegó con base en algunos argumentos ya empleados y otros de carácter novedoso.

Respecto a los primeros, considera que no se ha transmitido una entidad económica, en el sentido que prevé el apartado segundo del precepto estatutario, porque no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales, y porque no ha habido una asunción de plantilla por parte de la nueva contratista. Así, al no darse los requisitos legales necesarios, conforme a reiterada jurisprudencia de la sala en torno a la sucesión de contratistas, se abre la posibilidad de que la negociación colectiva pueda ordenar la subrogación, con la sujeción a los requisitos y límites que la norma establezca. Y esto es lo que ocurrió en el asunto enjuiciado.

Como puede apreciarse, hasta este punto, no hay diferencias sustanciales con la etapa anterior. Pero aquí es donde incorpora los dos elementos novedosos⁷³ que caracterizan su particular «reconstrucción alternativa» del criterio de la sucesión de plantillas⁷⁴: 1) la «necesaria voluntariedad» de la sucesión de plantillas para producir efectos ex artículo 44 ET; y 2) la

⁷⁰ Con mayor detalle, la exposición doctrinal efectuada por el que fue su Magistrado ponente en A. BLASCO PELLICER, "Convenio colectivo y sucesión de contratistas", cit., pp. 84-91.

⁷¹ SSTs de 3 de mayo de 2016, rec. 3165/14; de 10 de mayo de 2016, rec. 2957/14; de 1 de junio de 2016, rec. 2468/14; de 6 de julio de 2017 (2), rec. 1550 y 1669/16; de 13 de julio de 2017, rec. 2883/16; de 25 de julio de 2017, rec. 2239/16; de 20 de diciembre de 2017, rec. 335/16; de 10 de abril de 2018, rec. 3684/16; de 3 de mayo de 2018, rec. 2346/16; 9 de mayo de 2018, rec. 3065/16; de 29 de mayo de 2018, rec. 2748/16; de 31 de mayo de 2018, rec. 2586/16.

⁷² F. FITA ORTEGA, "El artículo 44 ET y las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en normativa sectorial, o en los pliegos de condiciones de contratistas y concesiones administrativas", *Revista de Derecho Social*, n.º 76, 2016, p. 194 y 195.

⁷³ C. ARAGÓN GÓMEZ, "Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional", cit., p. 3/7 pdf descargado.

⁷⁴ L. E. NORES TORRES, "Sucesión de contratistas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada [Ref. BIB 2016/4852]", cit., p. 8/9 pdf descargado.

posibilidad de que “*el convenio introduzca el supuesto de hecho directamente en el ámbito de aplicación de la Directiva*” sin que resulte aplicable la norma legal.

Así, por un lado, diferencia entre sucesión de plantillas voluntaria que, al parecer, sí quedaría incluida en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET, y la sucesión de plantillas impuesta por convenio que no conduciría a la misma solución⁷⁵. Dicho con otras palabras, introduce un nuevo requisito en la configuración de la exégesis normativa del precepto: la asunción de plantillas debe ser «voluntaria». La razón que avalaría este entendimiento es que, de no haber existido el mandato del convenio, no se habría producido subrogación alguna, debido a la inaplicación inicial del estatuto, de ahí la legalidad de las previsiones más restrictivas de la cláusula convencional.

Y por el otro lado, no niega que, conforme a la citada STJUE *Temco*, estemos ante una sucesión de plantilla impuesta por la negociación colectiva que introduce el supuesto directamente en el ámbito de aplicación de la Directiva. Y es que, otra solución, colisionaría frontalmente con la jurisprudencia comunitaria y con su propio posicionamiento durante el periodo anterior. Por tanto, entiende que, en los casos de aplicación del criterio de la sucesión de plantillas por cumplimiento del mandato de un convenio colectivo —no voluntario—, lo que se produce es una transmisión de empresa a efectos de la Directiva, pero no de la ley. Así las cosas, las consecuencias que deben aplicarse son las previstas en la norma comunitaria. De este modo, el convenio amplía la protección en materia de sucesión de empresa, en régimen de «suplementariedad» o «conurrencia no conflictiva» con la ley. Esta facultad del convenio, expresamente prevista en el art. 8 de la Directiva 2001/23/CE, quedaría avalada por la condición de derecho necesario mínimo de la norma estatutaria.

En definitiva, esta nueva interpretación no se opone a la aplicación de la garantía de subrogación del total de la plantilla aun cuando el convenio solo ordene la contratación de una parte de la misma, pues es un efecto previsto por ambas normas, legal y comunitaria. Pero sí prevé que el convenio pueda disponer de la responsabilidad solidaria, por cuanto que este es un efecto del art. 44 ET y no de la Directiva⁷⁶.

No obstante, el pronunciamiento cuenta con dos votos particulares, que evidencian el intenso debate que debió producirse en el seno de la Sala 4ª, dada la trascendencia y complejidad

⁷⁵ De este modo, el Tribunal Supremo hace suyo el argumento empleado en la STSJ País Vasco, de 6 de mayo de 2014 (rec. 710/14), contra la que se recurre en casación.

⁷⁶ Así se afirma que “*lo que sí ponen en evidencia estos pronunciamientos son las reservas que todavía alberga el Tribunal sobre la doctrina de la sucesión de plantillas y, lo que es más relevante, las tensiones que genera la aplicación de esta doctrina al menos cuando deriva de la subrogación prevista en convenio colectivo*”. Cfr. A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, cit., p. 109.

Por otro lado, se ha calificado como «discutible» su argumentación (J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 41). En el mismo sentido: J. L. MONEREO PÉREZ, “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, cit., p. 16/42 pdf descargado.

Una crítica a la difícil configuración jurídica de esta posibilidad que apunta el TS en S. YAGÜE BLANCO, “Entre subrogación convencional y transmisión de empresas: la sucesión de plantillas”, cit., pp. 51-54.

del tema⁷⁷. Del sentir general de ambos se desprende que la cuestión estaba ya resuelta en numerosas sentencias —correspondientes a la segunda etapa— en las que se deja constancia de que la subrogación convencional de una parte esencial de la plantilla en estos sectores desmaterializados convierte la operación en una transmisión de empresa a efectos de la Directiva y del propio art. 44 ET, con todas sus garantías. De hecho, se pone de manifiesto cómo el voto mayoritario recurre, para fundamentar su posición, a sentencias de la etapa anterior, o se citan otras posteriores, pero en las que lo discutido era si se cumplen los requisitos convencionales para que opere la subrogación. Por tanto, tomando en consideración toda esta jurisprudencia citada, y aludiendo a los principios de jerarquía normativa, de irrenunciabilidad de derechos e, incluso, implícitamente, al principio *in dubio pro operario*, los cinco magistrados que se adhieren a estos dos votos consideran que la solución del caso requería haber declarado la nulidad de la cláusula convencional y la aplicación del régimen de efectos del art. 44 ET. De esta forma, se concluye que “como regla general hay que señalar que el Convenio puede imponer o no la subrogación, si no la impone la empresa entrante no está obligada a subrogarse pero, si la impone, la citada empresa ha de subrogarse en los derechos y obligaciones de la saliente con las garantías establecidas en el artículo 44 del ET, lo que es de aplicación al asunto controvertido”⁷⁸.

2.2.4. Cuarta etapa: la sucesión de plantillas impuesta por convenio en sectores desmaterializados desencadena una sucesión de empresas.

Frente al estado de cosas precedente, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia eleva dos nuevas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia⁷⁹. Mediante la primera pregunta si queda incluida en el campo de aplicación de la Directiva una situación en la que un contratista ve rescindido su contrato por la empresa principal para prestar un servicio de vigilancia y seguridad y es celebrado otro contrato con una nueva contratista que se ve obligada a asumir una parte esencial de la plantilla por efecto del Convenio Colectivo. Mediante la segunda, en caso de respuesta afirmativa a la primera, si es conforme a la Directiva que la cláusula del convenio excluya la garantía de la responsabilidad solidaria por deudas de la empresa entrante.

Pues bien, mediante la STJUE de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo* (asunto C-60/17), el Tribunal de Justicia da, previsiblemente, una respuesta afirmativa a la primera cuestión, en tanto que supone confirmar la doctrina ya dictada con su sentencia *Temco*. En cuanto a la segunda, el TJUE se declara incompetente para resolver la cuestión, ya que implicaría pronunciarse sobre la compatibilidad entre distintas fuentes normativas nacionales y no sobre la

⁷⁷ L. E. NORES TORRES, “Sucesión de contratistas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada [Ref. BIB 2016/4852]”, cit., p. 3/9 pdf descargado.

⁷⁸ Segundo voto particular, formulado por la Magistrada D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga y al que se adhieren D. Fernando Salinas Molina, D^a. Rosa María Vicolés Piñol y D. Jordi Agustí Julià. El primero es formulado por el Magistrado D. Miguel Ángel Luelmo Millán.

⁷⁹ ATSJ Galicia de 30 de diciembre de 2016, rec. 2310/16. A la que se sumó en términos similares el ATS Islas Canarias, Las Palmas, de 26 de enero de 2018, rec. 661/17.

interpretación del derecho comunitario⁸⁰. No obstante, pese a no responder a la cuestión, señala que la controversia “*versa sobre el examen de conformidad de una disposición de un convenio colectivo con una disposición legislativa nacional*” y que, dicho examen, requiere “*valorar cuestiones de jerarquía normativa*”. Con todo, nuestra doctrina científica prontamente entendió que con la respuesta a la primera cuestión prejudicial el TJUE ya proporcionaba elementos de juicio suficientes para resolver esta última incógnita⁸¹, por lo que aunque no haya dado respuesta, no hay razón para entender que deja sin resolver la cuestión de fondo⁸².

El impacto de la reafirmada doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas impuesta por convenio volvió a provocar un nuevo giro jurisprudencial. En efecto, con la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/16)⁸³ el TS admite que la nueva sentencia *Somoza Hermo* requiere un nuevo replanteamiento de su doctrina.

Aunque afirma que la doctrina *Temco* era conocida y tenida en cuenta por la Sala, se partía de una premisa diferente a la del TJUE, pues entendía que el hecho de que los agentes sociales decidieran proteger una situación que quedaba extramuros del concepto legal de transmisión de empresa permitía una interpretación restrictiva, esto es, admitir la validez de la regulación pactada por cuanto que lo pretendido era la estabilidad en el empleo y no imponer cargas pecuniarias al nuevo empresario. Sin embargo, se acepta ahora que el único criterio relevante es que se transmita la entidad económica —verdadero elemento definidor de la sucesión empresarial— que puede quedar constituida por un conjunto de trabajadores organizados y adscritos de forma estable a la contrata en actividades basadas en la mano de obra. Por tanto, no se debe seguir abordando el problema atendiendo a la “causa” de la continuidad de la plantilla, ya que es indiferente que la misma se produzca de forma voluntaria o impuesta por el convenio.

Sin embargo, en esta sentencia se introduce un nuevo elemento cuyo impacto en futuras resoluciones es todavía difícil de precisar. Así, por un lado, reitera que en sectores desmaterializados es posible que un conjunto de personas conforme una entidad económica. Pero, por otro lado, advierte de que esta subrogación no es automática ni incondicionada, pues la mera asunción de un conjunto de personas no equivale a la transmisión de una unidad productiva en

⁸⁰ “*Reconociendo lo obvio para la mayoría*”. Cfr. C. MOLINA NAVARRETE, “«Juego de Tronos» entre «togados comunitarios»: «nuevas batallas» por la «última palabra» en materia sociolaboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 430, 2018, p. 130.

⁸¹ E. ROJO TORRECILLA, “Sucesión de empresa y responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. Notas a la importante sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17). Aplicación del art. 44 de la LET y no del art. 14 del convenio colectivo de empresas de seguridad”, en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo [12 julio 2018]*), fecha de consulta 13 julio 2018, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>.

⁸² I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de plantilla ex Convenio Colectivo: impacto de la doctrina *Somoza Hermo* (incluida la Ley de Contratos del Sector Público)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 16-07-2018*), fecha de consulta 17 julio 2018, en <http://ignasibeltran.com/>.

⁸³ En este caso, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre una sucesión de contratas de limpieza (centro de trabajo del Aeródromo de la Virgen del Camino, León) en la que el contratista entrante (Ciece, SA) debe asumir a la plantilla del anterior (Cleanet Empresarial, SL) por mandato del convenio colectivo. La empresa saliente es declarada en situación de concurso voluntario y a la trabajadora se le adeudan ciertas cantidades salariales, por lo que interesa a la demandante la aplicación del art. 44 ET con la consiguiente extensión de responsabilidad a la cesionaria.

todos los casos, sino que habrá que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes. En este sentido se requiere “*el examen de las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario de personal, etc.), del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) son aspectos valorables para despejar esa incógnita, que constituye al tiempo un condicionante de la subrogación*”.

A mi juicio, caben dos formas de entender este nuevo criterio. De un lado, admite la interpretación de que, tal y como ocurría con anterioridad a la STS de 7 de abril de 2016, dos sean los requisitos que deben acreditarse para que se pueda aplicar la sucesión de plantilla: 1) que el activo principal y único para realizar la actividad sea el personal y; 2) que la parte asumida por el nuevo titular sea relevante. Y, en consecuencia, tal y como ya señalaba la doctrina científica, la actividad probatoria podría circunscribirse a delimitar cuándo la parte de la plantilla subrogada tiene la consideración de esencial o también se podría tratar de acreditar que la mano de obra no es el factor de producción fundamental de la actividad y por tanto no puede activar la transmisión de empresa una eventual sucesión de plantillas. Solo así, se entiende que entre estas nuevas «circunstancias concurrentes» señaladas se haga referencia a activos patrimoniales materiales e inmateriales (mobiliario, programas informáticos y medios audiovisuales). De este modo, podría considerarse que cuando existan ciertos activos de dudosa relevancia podría probarse que su valor es superior al que en un principio se le atribuía y, en consecuencia, se requerirá su traspaso para considerar que se transmite una entidad económica patrimonial.

Pero por otro lado cabría interpretar que aun cuando se ha transmitido una parte esencial de la plantilla en términos de número y competencias, en atención a ciertas características de la adjudicación —como, expresamente señaladas, condiciones de tiempo, el modo de suministrar los servicios, la dirección de la plantilla subrogada o la afectación funcional o locativa de la misma— cabría eludir, de nuevo, la aplicación de la normativa legal y comunitaria. Y ante esta interpretación, se debe insistir en que de *lege data* el criterio de la asunción de plantillas es un indicio único y determinante de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Cabría discusión en torno a determinar qué es una «parte esencial» de la plantilla, atendiendo a variables cuantitativas y/o cualitativas, pero una vez subrogada una parte esencial de la misma, no cabría alegar otras circunstancias para evitar la aplicación de la normativa sucesoria.

En cualquier caso, la doctrina del Tribunal Supremo, acatando de nuevo los parámetros del TJUE fue prontamente reiterada y consolidada, sin que haya habido cambio alguno hasta la fecha⁸⁴. En definitiva, cuando se trate de un sector intensivo en mano de obra, la aplicación del

⁸⁴ SSTS de 24 de octubre de 2018, rec. 2842/16; de 25 de octubre de 2018, rec. 4007/16; de 26 de octubre de 2018, rec. 2118/16, etc.

artículo 44 y de la Directiva adquirirán plenos efectos cuando se asuma una parte esencial de la plantilla de la anterior prestataria, con independencia de que obedezca a una decisión voluntaria o venga impuesta por convenio colectivo. En este punto, la nueva empresa deberá subrogar a la totalidad de la plantilla anterior (aunque el convenio determinase un número inferior de trabajadores), y se aplicará en bloque el régimen de garantías previsto en el Estatuto (con independencia de que el convenio estipule otra cosa). El convenio colectivo mantendrá íntegramente su régimen jurídico ante las siguientes situaciones: 1) cuando por aplicación de la cláusula de subrogación no se llega a asumir una parte esencial de la plantilla en actividades que descansen sobre la mano de obra; 2) cuando se aplique en una actividad materializada en la que no ha desplegado efectos el artículo 44 por falta de transmisión patrimonial; y 3) cuando se aplique en supuestos en los que previamente ha operado la transmisión de empresas respecto de aquellas cuestiones en que se mejore el régimen jurídico legal⁸⁵.

3. La subrogación convencional en los supuestos de reversión de contratas públicas

3.1. La consolidada doctrina sobre la inaplicación del convenio sectorial

A) En principio, la obligación de subrogación impuesta por la negociación colectiva es susceptible de ser aplicable a las reversiones de contratas y concesiones por una Administración Pública⁸⁶. Ninguna norma de rango legal en el ordenamiento laboral se oponga a ello: ni en el Estatuto de los Trabajadores ni en el Estatuto Básico del Empleado Público puede encontrarse previsión normativa alguna que permita inferir una conclusión diferente. Sin embargo, esta afirmación ha de ser profundamente matizada en tanto en cuanto existe una consolidada jurisprudencia que determina que el convenio colectivo sectorial no resulta aplicable a las Administraciones (entre otras, SSTs de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10; de 26 de julio de 2012, rec. 3627/11; de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 19 de mayo de 2015, rec. 358/14). Esta arraigada jurisprudencia determinó un hito importante en la

En resumen el TS define la doctrina que se debe aplicar fundamentada en las siguientes premisas: “Primera.- Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante. Segunda.- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET. Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal. Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina”.

⁸⁵ Un sector de la doctrina, disconforme con la aplicación de la doctrina Somoza por la primacía del derecho comunitario, continúa señalando que probablemente el resultado de la subrogación convencional no coincida con el que las partes querían cuando lo negociaron, además de que se considera que puede tener un efecto «bumerán» no deseado. Véase A. V. SEMPERE NAVARRO, “La subrogación convencional”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^ª Emilia Casas Baamonde*, USC-Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, p. 180.

⁸⁶ T. SALA FRANCO, “Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas”, cit., p. 204.

medida en que zanjó las dudas que existían al respecto por parte de otros órganos judiciales interiores⁸⁷. La inaplicabilidad del convenio se basa en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, la cláusula del convenio sectorial no afectará a las Administraciones que procedan a revertir los servicios y actividades enmarcados en el ámbito de estos convenios porque la entidad pública no está incluida en el ámbito funcional de la disposición paccionada⁸⁸. Además, se entiende que no puede la Administración resultar obligada por el contenido normativo del convenio si no ha participado en las negociaciones y no ha suscrito dichos acuerdos, toda vez que no está representada formal o institucionalmente por los sujetos firmantes⁸⁹.

En realidad este argumento no constituye una especialidad de la subrogación convencional a las AAPP, más bien, es un efecto derivado de la descentralización productiva y la segmentación que la misma produce sobre la negociación colectiva, que conlleva una redefinición y reducción objetiva de sus ámbitos funcionales⁹⁰. En consecuencia se aplica igualmente en el sector privado como en el público respecto a empresas principales que reasumen una actividad accesoria de su ciclo productivo tras un periodo de externalización, en la medida en que dichas tareas no están incluidas en el convenio sectorial que resulte aplicable a esta empresa que reasume la gestión⁹¹. Más recientemente, la jurisprudencia ha precisado que aun tratándose de una actividad externalizada que formara parte del núcleo esencial o de la propia actividad de la empresa principal, el convenio colectivo que resultaría aplicable sería en todo caso el sectorial que mejor se adapte a la actividad de la empresa contratista y no el de aquella⁹². En consecuencia, la doctrina científica mayoritariamente ha entendido que el convenio solo puede afectar a empresas cuyo objeto social quede comprendido por el convenio, por lo que la inclusión de la Administración por disponerlo la norma pactada habría que entender que esta desborda su capacidad negocial, contradice el principio de correspondencia y lesiona gravemente el interés de terceros⁹³. Aun así, no faltan convenios en los que la cláusula expresamente incluyen a la Administración⁹⁴.

⁸⁷ Por ejemplo, STSJ Cantabria de 2 de junio de 2004, rec. 534/04; STSJ Islas Canarias de 12 de abril de 2010, rec. 298/10; STSJ Castilla-La Mancha de 9 de junio de 2010, rec. 176/10; STSJ Madrid de 4 de diciembre de 2012, rec. 52/12.

⁸⁸ L. A. FERNÁNDEZ NIETO, "Subrogación y externalización de servicios en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (2017)", *Diario La Ley*, n.º 9115, 2018, p. 4/20 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 11 enero 2018.

⁸⁹ Para comenzar, se alega que no debe confundirse que la administración esté incluida dentro del ámbito de aplicación con la necesaria firma del convenio colectivo (J. L. MONEREO PÉREZ, "Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos", cit., p. 292.).

⁹⁰ F. NAVARRO NIETO, "Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, 2016, p. 310 y ss. en el mismo sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA, "Subrogación convencional y sucesión legal de empresas", cit., p. 89.

⁹¹ En este sentido, SSTs de 15 de diciembre de 1997, rec. 184/97; de 14 de marzo de 2005, rec. 6/04; de 26 de abril de 2006, rec. 38/04; de 10 de diciembre de 2008, rec. 2731/07.

⁹² STS de 12 de febrero de 2021, rec. 2839/19.

⁹³ J. CRUZ VILLALÓN, "Claves laborales de la participación privada en la actuación pública", cit., p. 42.

⁹⁴ STS de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10.

En definitiva, cabría entender, al menos en hipótesis, que el convenio colectivo podría imponer la obligación de subrogación a la Administración si esta estuviera, junto con la empresa contratista cesante y sus trabajadores, incluida en un convenio colectivo de eficacia general. Esto es, solo quedarían afectadas en aquellos casos en que la Administración fuera parte del convenio. Sin embargo, las reglas expuestas hacen que sea una situación poco dable en la práctica⁹⁵.

b) En segundo lugar, se considera que el hecho de que la Administración recupere la prestación un servicio que prestaba indirectamente pero que tenga la competencia del mismo atribuida por una norma legal (*publicatio*) no convierte a la Administración en una empresa del sector que implique su inclusión del ámbito funcional del convenio colectivo sectorial. Esta idea se ha reiterado, especialmente, para justificar que aunque los Ayuntamientos acuerden asumir la gestión directa de las competencias municipales que los artículos 25 y 26 LRBL les atribuyen, no permite considerarlos una empresa del sector de la limpieza viaria o de la recogida de residuos por más que estos sean un servicio público de su propia competencia y de prestación obligatoria. En cierto modo, esta jurisprudencia considera que el ente público es un «tercero ajeno» al Convenio Colectivo y a sus previsiones sobre la subrogación del personal⁹⁶.

c) En tercer lugar, se aduce que cuando las partes negociadoras del convenio regulan estas cláusulas de estabilidad en el empleo, no están pensando en vincular a la entidad pública que recupere la gestión de la actividad sino, más bien, en el supuesto típico de la sustitución de contratistas o concesionarios por empresas que operan dentro del mismo sector de actividad. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que *“la obviedad de los argumentos son demostrativos de que en realidad los negociadores del ALEH y del Convenio Colectivo en manera alguna pretendieron -como corresponde a la representatividad de sus negociadores- que las pactadas alcanzasen a las Administraciones Públicas contratantes, sino tan sólo a las empresas del sector, aunque en este caso cualquiera que fuese el ámbito -público o privado- en el que la contrata tuviese lugar”*⁹⁷. Dicho con otras palabras, consideran la reversión de actividades un «supuesto ajeno» al previsto por las cláusulas de la negociación colectiva sectorial⁹⁸.

d) En fin, para reforzar sus argumentos, en no pocas ocasiones se ha recurrido a la aplicación del artículo 301.4 TRLCSP (actual art. 308.2 LCSP) afirmando que se trata de una norma legal cuya jerarquía normativa haría inviable una cláusula convencional que pretendiese imponer la subrogación a una Administración Pública a la terminación del contrato público⁹⁹

⁹⁵ A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, cit., p. 4/11 pdf descargado.

⁹⁶ F. NAVARRO NIETO, “Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva”, cit., p. 321.

⁹⁷ SSTs de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 19 de mayo de 2015, rec. 358/14.

⁹⁸ F. NAVARRO NIETO, “Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva”, cit., p. 327.

⁹⁹ Véase capítulo noveno, apartado III.

B) En consecuencia, el Tribunal Supremo ha negado la subrogación vía convencional ante la reversión del servicio de limpieza viaria a un Ayuntamiento¹⁰⁰ y ante la reversión de servicios de cafetería y de restauración a organismos públicos dependientes del Estado¹⁰¹. Por su parte, la doctrina judicial también ha aplicado esta jurisprudencia declarando la ineficacia del Convenio sectorial en otro tipo de servicios, como por ejemplo, en la asunción directa de instalaciones deportivas y piscinas¹⁰²; al servicio de conservación de parques y jardines que vuelve a ser asumido por la corporación local¹⁰³; el servicio de ayuda a domicilio¹⁰⁴; o la reversión del servicio de limpieza de un edificio correspondiente a una Residencia Universitaria dependiente de una Diputación¹⁰⁵ y la cafetería de la Facultad de Geológicas y Biológicas de la Universidad Complutense de Madrid¹⁰⁶. Con todo, se han identificado algunas «vías de escape» para esta doctrina excluyente.

Pero en cambio, entre la doctrina científica y judicial se han puesto de manifiesto algunas posibilidades de aplicar el convenio en las operaciones de reversión administrativas que podrían constituir la excepción a esta consolidada jurisprudencia.

a) En primer lugar, algunas sentencias han impuesto la subrogación a la Administración Pública acogiéndose a una vieja doctrina del Tribunal Supremo que establecía que el convenio colectivo sectorial resultaría aplicable cuando no dispusiese de convenio colectivo propio¹⁰⁷. En efecto, de acuerdo con las SSTs de 7 de octubre de 2004 (rec. 2182/03) y de 1 de junio de 2005 (rec. 2747/04)¹⁰⁸, aquellas administraciones que, principalmente por su reducido tamaño, no dispusiesen de norma colectiva propia deberá aplicar el convenio sectorial que resulte aplicable a

¹⁰⁰ Por no considerar aplicable el art. 49 del Convenio colectivo del Sector de Saneamiento Público, Limpieza Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado (SSTS de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10; de 26 de julio de 2012, rec. 3627/11)

¹⁰¹ Tampoco resulta aplicable el art. 59 del *V Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería* (SSTS de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; 19 de mayo de 2015, rec. 358/14).

¹⁰² Art. 25 del *III Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios* (SSTSJ Asturias de 26 de septiembre de 2014, rec. 1632/14; de 25 de julio 2014, rec. 1575/14; STSJ Castilla y León de 23 julio 2014, rec. 594/2014; C. Valenciana 31 de octubre 2012, rec. 2231/12).

¹⁰³ Art. 43 del *Convenio Colectivo estatal de jardinería* (STSJ Madrid de 4 de noviembre 2013, rec. 1102/13).

¹⁰⁴ Inaplicación del convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales (STSJ Castilla La Mancha de 10 julio 2014, rec. 827/14, F.J.2º).

¹⁰⁵ Art. 17 del Convenio Colectivo estatal de limpieza de edificios y locales (STSJ Castilla La Mancha de 20 de octubre de 2014, rec. 601/14). En el mismo sentido, respecto del correspondiente convenio de ámbito provincial (STSJ Extremadura de 18 de febrero de 2014, rec. 626/13; de 27 de febrero de 2014, rec. 20/14).

¹⁰⁶ Inaplicación del Convenio de Hostelería de la Comunidad de Madrid (STSJ Madrid de 13 de octubre de 2014, rec. 272/14).

¹⁰⁷ STSJ Castilla y León de 23 de octubre de 2014, rec. 1086/14; STSJ Castilla-La Mancha de 28 de junio de 2017, rec. 443/17 (ATS de 17 de abril de 2018, rec. 3584/18); de 27 de junio de 2017, rec. 442/17 (ATS de 13 de marzo de 2018, rec. 3592/17). En el mismo sentido SJS n.º 2 Toledo de 2 de febrero de 2018, proc. 276/17.

¹⁰⁸ Reiterada más recientemente por: STSJ Asturias de 14 de marzo de 2017, rec. 181/17; de 2 de mayo de 2017, rec. 555/17; STSJ Castilla-La Mancha de 9 de enero de 2007, rec. 1323/05; de 24 de noviembre de 2011, rec. 1133/11. Incluso, se aplica cuando sí hay convenio propio pero excluye a un colectivo específico (STSJ Asturias de 22 de febrero de 2013, rec. 85/14).

cada una de sus actividades¹⁰⁹, pues no consideraba la Sala admisible el vacío de regulación de las condiciones de jurídicas que comportaría para los trabajadores. Así lo ha considerado la doctrina científica que, a pesar de los innumerables inconvenientes que acarrearía, de orden más práctico que legal, pone de manifiesto cómo la única solución para evitarlo sería negociar un convenio colectivo propio con su personal laboral¹¹⁰.

Incluso afirmaba la Sala 4ª que esa ausencia de regulación sería injustificada y podría atentar contra el principio de igualdad contenido tanto en el artículo 14 CE como en el artículo 17 ET, pues los empleados de dicha Administración saldrían gravemente perjudicados en comparación con los de otras entidades públicas que sí tengan convenio o con el de cualquier otra empresa privada que realizase la misma actividad.

A mayor abundamiento, debería imponerse la subrogación cuando la entidad que recibe el encargo ya venía aplicando el convenio sectorial de forma pacífica al objeto de determinación de las condiciones laborales de sus empleados (STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 8 de octubre de 2014, rec. 195/14). Por consiguiente, cuando el Ayuntamiento revierte el servicio de recogida de basuras y se lo encomienda al Consorcio Insular, entidad de derecho público, que ya venía aplicando a su personal el convenio sectorial, le vinculará sin lugar a dudas la subrogación.

Las propias sentencias de 2004 y 2005 argumentan que el hecho de no formar parte de las organizaciones empresariales negociadoras no es un obstáculo para evitar la aplicación de un convenio colectivo estatutario de eficacia general. Además, el tribunal concedor de las singularidades del empleador público, así como de la ruptura del principio de unidad de empresa que supondría aplicar un convenio por cada actividad desempeñada, pone de manifiesto que, precisamente por ello, el ente público tiene la oportunidad de gestar un convenio propio de «empresa», como es práctica habitual. Por tanto, este supuesto bien podría ser una excepción a la consolidada jurisprudencia de inaplicación de la subrogación a las AAPP. Así se ponía de manifiesto en la STS 11 de julio de 2011 (citada), que haciéndose eco de los anteriores precedentes, no los considera aplicables al caso que resuelve sobre la recuperación de un servicio,

¹⁰⁹ Rompiendo el parámetro de «unidad de empresa». Véase: M. Á. FALGUERA BARÓ, «La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados», *Ciudad del Trabajo: actualidad iuslaboralista*, n.º 3, 2018, p. 62.

¹¹⁰ T. SALA FRANCO; A. BLASCO PELLICER; J. A. ALTÉS TÁRREGA, *La negociación colectiva en el empleo público*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 14. En el mismo sentido: F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, La Ley, Móstoles (Madrid), 2011, p. 436. C. L. ALFONSO MELLADO, «Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Las novedades que introduce el Real Decreto ley 10/2015 de 11 de septiembre», en AA.VV. (FEMC) *Seminari sobre relacions col·lectives (17ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2015, fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/index.asp?opc=10&anyo=2015> el 17-06-17.

pero porque no se produce vacío normativo, pues la corporación disponía de convenio propio¹¹¹. Lo cierto es que un nutrido grupo autores también había considerado razonable esta opción¹¹².

Pero recientemente la doctrina que sentaban aquellas sentencias de mediados de los 2000 ha sido modificada por las SSTs de 6 de mayo de 2019 (4), rec. 4452/17, 406, 409 y 608/18; de 28 de enero de 2020, rec. 606/18; de 4 de noviembre de 2020, rec. 607/18; de 3 de diciembre de 2020, rec. 408/18. De acuerdo con esta nueva línea interpretativa la ausencia de convenio colectivo propio de la entidad local no justifica la aplicación de la negociación colectiva sectorial, ni siquiera a efectos de condiciones de trabajo. Además, estas nuevas sentencias, para defender la inaplicación del convenio del ramo a los Ayuntamientos a efectos retributivos y de aplicación del resto de condiciones de trabajo, se apoyan en la doctrina jurisprudencial sobre la inaplicación del convenio sectorial a la Administración en supuestos de reversión. En cualquier caso, no faltan voces críticas con la inaplicación del convenio a la Administración en los casos de reversión de contrata públicas¹¹³.

b) En segundo lugar, también se ha hecho referencia a las excepciones que la jurisprudencia ha contemplado para la aplicación del convenio sectorial aunque no sean empresas del sector para los Centros Especiales de Empleo¹¹⁴. Así, el Tribunal Supremo ha admitido la aplicabilidad de la regulación establecida en el convenio sectorial a estas empresas cuando, aun sometidas a un convenio sectorial propio de su actividad especial, concurren a la adjudicación de una contrata, por ejemplo de limpieza, les resultará aplicable la cláusula establecida en el convenio sectorial de limpieza de edificios y locales, comportando incluso la subrogación de trabajadores sin discapacidad. Y en sentido inverso, la empresa entrante puede quedar vinculada a la subrogación de trabajadores con discapacidad que provienen del centro especial que actúa como empresa saliente¹¹⁵. No implica esta solución jurisprudencial que a los trabajadores con discapacidad les resulte aplicable el convenio sectorial de limpieza o jardinería, entre otros. Seguirán rigiéndose por el convenio propio de su actividad como centro especial de empleo, sin

¹¹¹ S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, "Reversión de contrata públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017", cit., p. 9/15 pdf descargado.

¹¹² Entre otros, J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, "Aspectos laborales de la reversión de servicios públicos", cit., p. 12. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]", cit., p. 6/27 pdf descargado. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 80. M. Á. FALGUERA BARÓ, "La reversión de contrata en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados", cit., p. 63. R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 173. J. GORELLI HERNÁNDEZ, "Vías para la subrogación de los trabajadores en caso de reversión de servicios públicos", cit., p. PR-6.8.

¹¹³ F. NAVARRO NIETO, "Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva", cit., p. 328. También habían mostrado una tendencia proclive a su aplicación M. J. MADRIGAL ESTEBAN; D. MARTÍNEZ SALDAÑA, "La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 40, 2015, Dykinson, p. 40.

¹¹⁴ Véase V. CORDERO GORDILLO, "Subrogación convencional y centros especiales de empleo", en AAVV (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 411 y ss.

¹¹⁵ SSTs de 21 de octubre de 2010, rec. 806/10; de 7 de febrero de 2012, rec. 1096/11; de 4 de octubre de 2012, rec. 3163/11; de 10 de febrero de 2014, rec. 93/13; de 23 de septiembre de 2014, rec. 50/13, entre otras.

embargo, a los solos efectos de la cláusula de subrogación sí que se les aplicará el convenio sectorial del ramo en el que desarrollen su actividad¹¹⁶. Como ha resaltado el Tribunal Supremo esta aplicación del convenio sectorial se refiere únicamente a las «relaciones externas» que pueda mantener el centro especial de empleo con otras empresas del sector cuando intervengan ambas en la adjudicación de la contrata, pero las «relaciones internas» con sus trabajadores se regirán por el convenio propio¹¹⁷. Como se ha afirmado, el Alto Tribunal admite aplicar en cierto sentido la técnica del «espiguelo» per únicamente respecto en materia de subrogación¹¹⁸.

De esta manera, tampoco convierte a los centros especiales de empleo en empresas de sector la subrogación en las relaciones laborales. Se trata de una excepción al ámbito funcional del convenio en la que la doctrina no ha visto impedimento legal alguno para que sea aplicada en iguales términos a la entidad pública que revierte el servicio¹¹⁹. Excepción que, además, ha adquirido fuerza de ley en tanto que ha sido positivada en el artículo 130.2. LCSP.

De algún modo el propio Tribunal Supremo, en alguna de sus sentencias sobre la inaplicación del Convenio a la Administración reversora, parece que había dejado abierta la posibilidad de aplicar en estos casos una excepción similar a la expuesta. En efecto, en la citada STS de 19 de mayo de 2015, sobre la reversión de un servicio de hostelería a un organismo autónomo, se citaba la jurisprudencia aplicable a los centros especiales de empleo y declaraba que la inaplicación de la subrogación convencional en la reversión de contrata se establece “*como regla general y sin perjuicio de excepcionales irrupciones en el ámbito sectorial por parte de empresas en principio ajenas a él*”. Aunque se plantea ciertamente difícil interpretar a qué se está refiriendo con esta expresión.

c) En tercer lugar, se han conocido supuestos judiciales en los que se imputan los efectos de la subrogación convencional a la Administración Pública tras verificar que sí que está representada, directa o indirectamente, en la negociación del convenio. Tal es el caso de una Mancomunidad de Municipios que crea una sociedad mercantil de titularidad pública para gestionar el servicio de ciclo integral del agua y tratamiento de residuos urbanos, y que cuenta con convenio propio de empresa que remite al convenio estatal del sector de la limpieza pública, viaria, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillados en materia de sucesión de la plantilla. Cuando el Ayuntamiento rescata el servicio para prestarlo directamente, la subrogación convencional despliega efectos en la medida en que los

¹¹⁶ V. CORDERO GORDILLO, “Subrogación convencional y centros especiales de empleo”, cit., p. 419.

¹¹⁷ SSTs de 24 de noviembre de 2015, rec. 136/14; de 9 de diciembre de 2015, rec. 135/14; de 2 de febrero de 2017, rec. 2012/15.

¹¹⁸ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Sucesión de contrata de limpieza y trabajadores discapacitados: ¿su salario puede ser inferior al de los no discapacitados?”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 17-03-2016*], fecha de consulta 15 diciembre 2020, en <https://ignasibeltran.com>.

¹¹⁹ M. J. MADRIGAL ESTEBAN; D. MARTÍNEZ SALDAÑA, “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”, cit., p. 46 y ss.A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, cit., p. 5/11 pdf descargado. C. L. ALFONSO MELLADO, “La reversión de la gestión pública de servicios públicos: problemas laborales”, cit., p. 249. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 78.

Ayuntamientos formaban parte de la Mancomunidad titular de la sociedad. Esto es, formaron parte en las negociaciones del convenio¹²⁰.

En fin, más recientemente el Tribunal Supremo mediante su STS de 27 de febrero de 2018 (rec. 724/16) confirma, en un supuesto similar al anterior, que el Ayuntamiento no es un «tercero ajeno» al convenio a efectos de la aplicación de la cláusula subrogatoria, ya que el ente local era propietario indirecto (a través de la Mancomunidad que integraba) de la sociedad pública que gestionaba el servicio, y esta, incluye en su propio convenio colectivo una cláusula de subrogación que le afecta. Así, resaltada la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del convenio a las Administraciones matiza que *“esa general inaplicabilidad del Convenio Colectivo a terceros no sería predicable de una cláusula -la de asunción de los trabajadores por los respectivos Ayuntamientos en supuesto de inviabilidad de la empresa pública y de asunción de la gestión- respecto de la que tales Administraciones Locales no pueden en puridad calificarse de «terceros», en tanto que «Giahsa» es una empresa pública instrumental creada para el cumplimiento de servicios públicos locales y precisamente por la Mancomunidad de la que el Ayuntamiento demandado forma parte; y menos aún respecto de la asunción directa del servicio, porque ello ya no sería consecuencia de la previsión convencional, sino más rectamente de la norma laboral y de la jurisprudencia”*. La Sala cuarta continúa afirmando que *“de lo que aquí se trata no es de extenderle la titularidad empresarial por el sólo hecho de titular del servicio público o creador de la entidad empresarial, sino tan sólo de imputar a los Ayuntamientos, creadores indirectos -a través de la Mancomunidad- de la sociedad pública instrumental, de una previsión convencional que directamente les afecta y que en manera alguna puede considerarse «ajena» e inaplicable a ellos, habida cuenta del régimen jurídico tutelar que respecto de tales sociedades les corresponde”*. Aunque en el supuesto finalmente no se cumplieron los presupuestos de la cláusula convencional para determinar la responsabilidad del consistorio (que no fuera viable la continuidad de la

¹²⁰ STSJ Andalucía de 11 de abril de 2012, rec. 2508/11: *“no podemos olvidar que el convenio colectivo de GIAHSA [...] en su art. 74, establece que si el personal afectado presta sus servicios para el Ciclo de Residuos Sólidos Urbanos, se estará a lo dispuesto por el Convenio General para Limpieza Pública, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación del alcantarillado que se encuentre en vigor y en su último párrafo que en el caso de que alguno de los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad de Aguas Costa de Huelva, o Entidades públicas o privadas a las que Giahsa preste sus servicios, lo rescatara, estará obligado a asumir la cuota de trabajadores que le corresponda y dicho convenio colectivo, sin perjuicio de ser suscrito entre la representación de la empresa y la de sus trabajadores, no puede hacernos olvidar que la empresa fue constituida por la MANCOMUNIDAD DE AGUAS COSTA DE HUELVA, aprobando sus estatutos y suscribiendo en su integridad su capital social, mancomunidad constituida por diversos municipios, entre los que se encontraba Lepe, por lo que así se entiende adecuadamente la inclusión de dicho precepto en el convenio, incluyendo obligaciones para el cada uno de los Ayuntamientos que componían la Mancomunidad de Aguas Costa de Huelva, a las que Giahsa prestaba sus servicios, para el caso de rescatar el mismo, la de asumir la cuota de trabajadores que le corresponda, por lo que se puede mantener que era empresario, ya que formaba parte de la mancomunidad propietaria de la empresa y no puede negarse que mancomunadamente se conformaba su voluntad, debiendo ser por tanto cumplido el pacto, art. 1091 y 1261 del CC y si se pudiera sostener que el Ayuntamiento era un tercero al convenio, pues fue suscrito por la empresa GIAHSA y sus trabajadores, tal convenio a ese respecto es de aplicación, no solo en atención a lo dispuesto a las exigencias de buena fe, por el art. 7.1 del Código Civil, sino porque el mismo nunca resultó impugnado, por quien pudo, ya que si el Ayuntamiento que formaba parte de la Mancomunidad, propietaria de la empresa, entendía que el convenio no le debía afectar, bien pudo acudir al cauce que le brinda el art. 163 de la LPL”*

empresa pública que lo gestiona o que se produjese un rescate de la contrata), lo relevante es que vincula a las AAPP con los compromisos adquiridos a través de sus entes instrumentales.

Y, en este sentido, cabe destacar que algunos convenios sectoriales incluyen entre las organizaciones patronales firmantes alguna que tiene afiliadas a numerosas empresas públicas. Así, por ejemplo el *VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022)*¹²¹ cuyo ámbito funcional se corresponde con el de la gestión de un servicio público municipal, es firmado por la parte patronal por la Asociación Española de Empresas Gestoras de los Servicios de Agua Urbana (art. 2 Convenio) que, si se consulta en su página web corporativa¹²², puede comprobarse como la mayoría de empresas asociadas son sociedades de propiedad municipal.

d) En último lugar, se ha puesto de manifiesto que, aun teniendo un convenio colectivo propio la Administración, en la medida en que este podría ser considerado una suerte de «convenio de empresa», podría cuestionarse si atendiendo a las reglas sobre la estructura y articulación de la negociación colectiva en los distintos niveles del sector, debería prevalecer la aplicación de la cláusula de subrogación tratándose de una materia propia del convenio sectorial¹²³.

C) Menos consenso judicial existe cuando tras la reversión se adopta el acuerdo de gestión directa a través de un medio propio personificado. Aunque se trata de una cuestión que no queda plenamente resuelta porque, salvo error u omisión por mi parte, no hay un pronunciamiento frontal por parte del Tribunal Supremo.

Debe tenerse en cuenta que tratándose de una sociedad mercantil participada por fondos públicos, que no puede ejercer potestades y facultades públicas, su objeto social se corresponderá con el de una actividad económica, esto es mercantil, por más que su objeto sea la gestión de un servicio público. Es más, con toda probabilidad el ejercicio de dicha actividad de interés general comportará su inclusión en alguno de los ámbitos funcionales de los convenios colectivo citados. Se trata, además, de una empresa que ha de regirse por el derecho privado a todos los efectos, sin que exista especialidad alguna en materia de negociación colectiva, por cuanto que no se aplica el Estatuto Básico del Empleado Público.

Sin embargo, algunas sentencias en suplicación extienden la doctrina sobre la inaplicabilidad del convenio a las AAPP también a sociedades municipales¹²⁴. Pero en otros casos, si se ha determinado eficaz la cláusula de subrogación laboral contenida en el convenio colectivo sectorial¹²⁵. Por ejemplo, se admitió la subrogación convencional en el caso de una empresa pública municipal que asumió los servicios que anteriormente venía desempeñando la

¹²¹ Resolución de 19 de septiembre de 2019 de la Dirección General de Trabajo (BOE n.º 238 de 03-10-19).

¹²² <https://www.asoaga.com/asociados/>

¹²³ F. NAVARRO NIETO, "Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva", cit., p. 317.

¹²⁴ STS País Vasco de 12 de noviembre de 2002, rec. 2194/02; STSJ Cataluña de 23 de mayo 2014, rec. 489/14; STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013, rec. 1590/13, firme por ATS de 26 de marzo de 2015, rec. 885/14.

¹²⁵ STSJ Asturias de 1 de marzo de 2013, rec. 30/13; de 26 de abril de 2013, rec. 560/13.

concesionaria privada de una Diputación, impuesta por el convenio sectorial estatal de jardinería. Además, dicha empresa tenía la condición de Centro Especial de Empleo que disponía de un convenio colectivo propio¹²⁶. La sala entiende que no se está ante un supuesto de reversión equiparable al que analizan las sentencias que contienen la jurisprudencia analizada en el apartado anterior, sino afirma que el hecho de que revierta la contrata a la Administración y seguidamente sea encomendada la gestión a un medio propio personificado equiparan la transmisión a una suerte de sucesión de contratistas.

En el mismo sentido, se ha dado esta solución aun cuando el medio propio es una Mancomunidad formada por dos Ayuntamientos (art. 44 LRBRL), con personalidad jurídica de derecho público diferenciada de las corporaciones, que recibe la encomienda tras recuperar el servicio por parte de uno de los dos Ayuntamientos que la componen. Dejan entrever, estas sentencias, al igual que en el caso anterior, que no es un supuesto de reversión, sino más próximo a la sucesión de concesionarios, en este caso, públicos¹²⁷.

A mi entender, si la Administración se vale de un ente instrumental sometido al derecho privado para poder actuar como un agente económico más en el mercado, debería hacerlo con todas las consecuencias, y en este caso, no podría evitar la aplicación de un Convenio Colectivo Sectorial ni de la posible cláusula de subrogación prevista en el mismo. En este sentido se ha manifestado también algún autor, afirmando que cuando la gestión de un servicio público se presta mediante una entidad pública o una sociedad mercantil pública son estas propias entidades quienes negocian y forman parte del convenio, por lo que nada impediría que el contenido negocial les afectase¹²⁸. Con todo, también hay un sector de la doctrina que entiende que no sería aplicable la subrogación convencional ni siquiera a entidades instrumentales con forma societaria¹²⁹.

3.2. La irrupción del artículo 130.3 LCSP

Desde el momento en que la nueva Ley de Contratos del Sector Público declara en su artículo 130.3 que en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a

¹²⁶ STSJ País Vasco de 16 de septiembre de 2014, rec. 1434/14.

¹²⁷ STSJ País Vasco de 18 de junio de 2015, rec. 1084/14; de 7 de enero de 2015, rec. 2463/14; de 13 de enero de 2015, rec. 2363/14; de 20 de enero de 2015, rec. 2508/14; de 26 de mayo de 2015, rec. 779/15; de 24 de marzo de 2015, rec. 248/2015.

¹²⁸ J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 75. También lo habían defendido con anterioridad: F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 90. E. ÁVILA CANO, "La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua", en AA.VV. (Dir. Eulalio Ávila Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019, pp. 215-216.

También DE SANDE PÉREZ BEDMAR entiende que si en la citada STS de 27 de febrero de 2018 se estimó aplicable la cláusula convencional es porque la empresa pública que negoció el convenio era una sociedad y no la propia Administración. Véase: M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, "Condiciones de subrogación en contratos de trabajo. El artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público", *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, 2018, p. 878.

¹²⁹ J. CRUZ VILLALÓN, "Claves laborales de la participación privada en la actuación pública", cit., p. 42.

la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, aparecen nuevas dudas. Por tanto, su redacción causa un «cierto confucionismo»¹³⁰ que admitiría nuevas interpretaciones.

3.2.1. En lo referente al «Convenio Colectivo»

En efecto, en la medida en que el art. 130 LCSP irrumpe en lo que hasta ahora era una cuestión clara y resuelta, deja la puerta abierta a dos interpretaciones que merece la pena explorar.

A) Por un lado, que la ley, al mencionar el convenio colectivo, ha omitido la «coletilla» que refiera al convenio colectivo “*que les sea aplicable [a las AAPP]*”¹³¹. En tal caso, a la luz de la anterior jurisprudencia solo cabría pensar que los instrumentos de negociación colectiva que pueden vincular a las AAPP son los propios de los empleados públicos.

Esto nos conduciría a pensar que la LCSP da soporte legal simplemente a la posibilidad de que los convenios de los empleados públicos laborales regulen cláusulas de subrogación respecto del personal de las empresas contratistas. En primer lugar, podría aducirse que la no afectación de estos últimos por los instrumentos de negociación previstos en el EBEP implicaría el carácter no obligatorio para ellos, debiendo estar a los efectos de la subrogación contractual, que requiere el consentimiento de los trabajadores (art. 1205 Código Civil). Es cierto que en la práctica no supondría problema alguno para los trabajadores afectados, y menos aún, para la empresa cedente que evitaría así la eventual extinción de los contratos. Ahora bien, más cuestionable resulta que la comitente, siendo un ente público, pudiera adquirir dicho compromiso.

Como premisa, cabe tener en cuenta que la integración unilateral y voluntaria de la plantilla por el propio ente no resulta admisible, tal y como señala la doctrina¹³². Pues bien, sobre esta premisa a mi parecer resulta difícil asumir que la Administración, a través de la autonomía colectiva, pueda comprometerse voluntariamente con los representantes de los empleados públicos en supuestos extramuros del art. 44 ET a integrar en su plantilla al personal asalariado de las empresas contratistas sin la debida observancia de los procedimientos selectivos previstos en el EBEP. De ser así, no solo nos encontraríamos ante un supuesto en el que el convenio vulneraría normas de rango legal de derecho necesario absoluto como las que determinan la selección, ingreso y provisión de empleados públicos (art. 55 EBEP), sino también de rango constitucional en tanto que no estaría otorgando a la ciudadanía un trato igualitario en el acceso

¹³⁰ M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contrataciones en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 63.

¹³¹ Cfr. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [13-11-17]*), fecha de consulta 13 noviembre 2017, en <https://ignasibeltran.com>.

¹³² Entre otros, J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 43. A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, cit., p. 4/11 pdf descargado. L. E. NORES TORRES, “La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, cit.

entre otros, Cruz, 2016:43; De la Puebla, 2016; Nores, 2016; en contra, Falguera, 2017:63

al empleo público (art. 14 CE)¹³³. Se trataría de una decisión que difícilmente sería sostenible en tanto que las Administraciones están sujetas al principio de legalidad, que afecta, por su puesto, a su intervención en la negociación colectiva (art. 33.1 EBEP y 85.1 ET). Con mayor razón resulta cuestionable si se tienen en cuenta los efectos de tal decisión sobre terceros ajenos a la negociación, como los ciudadanos y su derecho de igualdad en el acceso, u otros empleados públicos que verían mermadas sus expectativas de movilidad o promoción.

Creo que debe insistirse, aun arriesgándome a ser reiterativo, que lo que argumenta en el párrafo anterior es que resultaría cuestionable que, sin estar obligada la Administración a la subrogación por quedar la reversión extramuros del artículo 44 ET, ella misma, tanto mediante un acto unilateral como comprometiéndose a través de la autonomía colectiva incluida aquella que le fuese estrictamente aplicable, pueda decidir la ampliación del supuesto de hecho del precepto estatuario y de la Directiva. Que no es lo mismo que si se cumplen las previsiones imperativas de tales normas deba integrar a la plantilla, en cuyo caso, como defenderé después, ni se vulnera a mi juicio la norma legal que regula el acceso al empleo público ni el principio de igualdad.

Aun así, un sector doctrinal considera que este es el sentido que debe darse al art. 130 LCSP, pues, tras su entrada en vigor, no hay obstáculo alguno para que los convenios que se refieren al estricto ámbito de las AAPP contemplen la subrogación. Incluso, podría pensarse que, ante su inexistencia, en casos de «anomia absoluta», el ente podría decidir unilateralmente la asunción del personal, pues la norma no parece tener la condición de *numerus clausus*¹³⁴.

En el mismo sentido, son numerosos los autores que defienden que el artículo 130.3 LCSP no ha mutado el estado de cosas anteriores a su entrada en vigor, por cuanto que la norma administrativa se refiere a convenios que sean aplicables a las Administraciones Públicas y están estén incluidas en su ámbito funcional¹³⁵. De manera que solo les afectarán en la medida en que hayan participado en su negociación, sin que la norma legal de «carta de naturaleza» a la subrogación convencional sectorial¹³⁶.

En cambio, como ya se ha argumentado, esta opción debería descartarse. Otra cosa sería que el convenio establezca una cláusula de subrogación respecto a los trabajadores de las entidades del sector administrativo en caso de reestructuración interna¹³⁷, pues estos sí quedan incluidos en su ámbito funcional, y además, han accedido al empleo con la observancia de los

¹³³ Véase capítulo octavo.

¹³⁴ M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 63.

¹³⁵ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 83.

R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 173. M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “Condiciones de subrogación en contratos de trabajo. El artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., p. 879.

¹³⁶ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de los contratos: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 54 y 58.

¹³⁷ Por ejemplo, el art. 12 del *III Convenio colectivo único para el personal laboral de la AGE*.

mencionados principios, aunque no se concreten en los estrictos procedimientos previstos para las entidades de derecho público (DA 1ª EBEP)¹³⁸. En el mismo sentido, también se ha cuestionado por parte de otros autores la posibilidad de que la Administración pueda pactar una cláusula de este tipo en su negociación colectiva, *“pues no se acaba de entender que puedan hacer por vía del convenio colectivo lo que no parece que puedan hacer de forma unilateral”*¹³⁹.

B) Y por otro, que la norma pretende alterar el *status quo* anterior para que el convenio sectorial pueda ser aplicable, quedando sin efecto la consolidada jurisprudencia citada. De hecho, podría entenderse que en la medida en que el legislador decide introducir una previsión sobre una cuestión que no parece controvertida en su aplicación judicial, quizás sea porque desde un determinado momento pretende que la Administración quede afectada por el convenio sectorial, escapando de esta afectación únicamente por pactos de eficacia limitada y por los convenios de ámbito empresarial privado¹⁴⁰. Con mayor contundencia si cabe se argumenta que, a la luz de la nueva regulación prevista en la LCSP, no resulta aceptable que no pueda ser aplicable la cláusula de subrogación del convenio colectivo de la empresa que venía prestando la concesión a la Administración reversora. En este sentido, se entiende que dicho precepto incorpora una regla absoluta, clara y novedosa que proporciona un efecto directo al convenio sectorial: *“ni el artículo 44 ET ni el 130.3 LCSP, limitan en este sentido, por lo que, como conclusión, podemos afirmar que la subrogación convencional tiene plena validez en todo supuesto de reversión como consecuencia de una novedosa regla que así lo prevé desde el año 2017, quedando superada, por tanto, las interpretaciones al amparo de una jurisprudencia dictada conforme a la regulación anterior y para supuestos concretos de sucesión de contratistas”*¹⁴¹.

De nuevo debemos recurrir a la justificación de motivos de la enmienda parlamentaria por la que se introdujo el apartado tercero del artículo 130. En este punto debe destacarse, primero, que en la redacción final decidió suprimirse la coletilla «de aplicación» referida al Convenio, lo que dejaría sin lugar a dudas de que se trataría de un convenio aplicable a las AAPP. Y segundo, una vez más debemos referirnos a que la finalidad del precepto era aportar seguridad jurídica a los «licitadores», esto es, los contratistas de la Administración, para que en el caso en que esta decida recuperar el servicio no se encuentren con la obligación de asumir el coste de los despidos del

¹³⁸ S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “Reversión de contratistas públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, cit., p. 8/15 pdf descargado.

¹³⁹ Cfr. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratistas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 113.

¹⁴⁰ C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, en AA.VV. (ed. María José Feijóo Rey; Manuel Pimentel Siles) *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2017, p. 142. Más recientemente, reitera el autor que le resulta difícil entender que con dicha previsión el legislador no pretendiera un cambio. Véase: C. L. ALFONSO MELLADO, “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, cit., p. 34. También ha entendido que comporta su afectación desde la LCSP: J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, *Cuadernos de derecho local*, n.º 17, 2017, p. 92. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratistas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 113.

¹⁴¹ F. VILA TIERNO; M. Á. GÓMEZ SALADO, “Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 21, 2019, p. 19.

personal. Por ello, lo que se pretendía es “*simplemente de aplicar a las AAPP las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados*”.

En este sentido, se ha destacado que el espíritu de la norma conlleva la remisión al convenio colectivo sectorial, por más que la mayoría de la doctrina siga entendiendo que se refiere a instrumentos de negociación colectiva pública. Así, el artículo 130.3 LCSP perseguiría, a juicio de algunos autores, tres fines: 1) el mantenimiento del empleo; 2) la continuidad del marco regulador aplicable a cualquier operación de transmisión; y 3) “*la idea de incluir cargas y complejidad para frenar los supuestos de reversión de contratos públicas*”. En caso de no aplicarse, por tanto, sus consecuencias serían: 1) el efecto no deseado ni querido de la extinción contractual de las relaciones laborales que se han venido manteniendo a lo largo de diferentes cambios de concesionaria; y 2) plantearía nuevas dudas respecto al significado del artículo 130 LCSP¹⁴².

A mi parecer, la interpretación teleológica del precepto, además de que pueda cuestionarse, no deja lugar a dudas. Tal y como ha considerado una parte de la doctrina, el mencionado precepto ha de leerse en clave de «ruptura» con la situación anterior. Esta es la solución que, por lo demás, me parece más razonable y coherente, como dije en el capítulo anterior, con el espíritu y finalidad de las Directivas de contratación pública y del propio Derecho de la Unión Europea, a los que interesa preservar la competencia empresarial como pieza clave para el buen funcionamiento del mercado único europeo¹⁴³. Además, esta afectación del convenio sectorial a las Administraciones Públicas, no prohibida por ninguna Ley de rango legal, es compatible con el tenor de la norma sin que la entidad pública deba adquirir un compromiso de subrogación *extra legem* que sí podría ser más cuestionable por cuanto que permitiría abrir la posibilidad a integrar personal laboral del sector público sin observancia del procedimiento legal de acceso al empleo público.

3.2.2. En lo referente al «*acuerdo de negociación colectiva de eficacia general*»

Por último, la Ley de contratos públicos se refiere a los acuerdos de negociación colectiva de eficacia general. Se trata de dilucidar el tipo de pacto colectivo al que se refiere, así como la viabilidad de inclusión de estas cláusulas¹⁴⁴.

A) Por un lado, podría estar haciendo referencia a acuerdos que afecten en exclusiva al personal laboral, que se regirán por la legislación laboral a falta de previsión expresa del EBEP (arts. 32.1 y 2). A su vez, podrían ser distintos instrumentos normativos: bien un acuerdo sobre materias concretas, de ámbito funcional empresarial o inferior —a nivel de la propia administración o uno de sus centros—; o bien, un acuerdo sectorial, a pesar de las dificultades para instrumentar la representatividad por la parte empleadora pública en el ámbito supra-empresarial, y con la duda

¹⁴² *Ibid.*, pp. 14-16.

¹⁴³ Sin perder de vista el valor que los trabajos preparatorios de una norma pueden tener para la interpretación del ordenamiento nacional conforme al comunitario. Véase R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico”, cit., p. 398.

¹⁴⁴ S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “Reversión de contratos públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, cit., pp. 11-13/15 pdf descargado.

de si resulta aplicable el art. 34.2 EBEP, relativo a la legitimación de asociaciones de municipios previsto para las mesas de negociación funcionariales¹⁴⁵; o bien, un acuerdo interprofesional firmado por las asociaciones empresariales y sindicales más representativas. Todos, susceptibles de tener eficacia general en tanto que se acomoden a lo previsto en el Título III del ET. Sin embargo, sobre los dos primeros, cabría traer aquí las mismas consideraciones expresadas respecto al convenio colectivo por el cual la Administración se compromete voluntariamente a integrar a la plantilla, a mi juicio, no admisible como se ha expresado antes. Respecto al tercero, surgirían las dudas sobre su afectación a las AAPP ante la falta de asociaciones más representativas de empleadoras públicas o la imposibilidad de afiliarse a las ya existentes¹⁴⁶.

B) Por otro lado, podría tratarse de instrumentos de negociación colectiva conjunta del personal funcional y laboral sobre materias comunes, también de eficacia general de acuerdo con los arts. 36.3 y 38.8 EBEP. Incluidos, aquí sí, los de carácter sectorial, por reconocimiento expreso de legitimación negocial a las asociaciones de municipios (34.2 EBEP). Aunque tampoco parece admisible que las AAPP adquieran estos compromisos, la Sala 3º del Tribunal Supremo, ha considerado que un pacto de este tipo “*tiene plena cabida en la negociación colectiva del personal laboral de las AAPP*” (STS (CA) de 30 de abril de 2014, rec.1416/13; en el mismo sentido: STSJ (CA) País Vasco 26 de octubre de 2015, rec. 337/14). Y, aunque ciertamente la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer sobre estos acuerdos de negociación conjunta y el planteamiento ha sido acogido la doctrina¹⁴⁷, conviene hacer algunas precisiones sobre los supuestos que se incluyen en estos pronunciamientos.

a) Primero, el litigio versa sobre la impugnación del acto administrativo por el que se aprueba la convocatoria para adjudicar el servicio, ya que el pliego de cláusulas administrativas no respeta el contenido del acuerdo regulador de condiciones de empleo del personal laboral y funcionario alcanzado ex art. 36.3 EBEP con la Administración. Por tanto, el acuerdo queda fuera del alcance revisor del proceso en tanto que goza de presunción de validez y genera obligaciones desde que se negoció. Esto es, lo aprobaron los órganos de gobierno de la Diputación y nunca se impugnó por considerarse un acto unilateral lesivo. No obstante, aunque “*lo expuesto bastaría por sí solo*

¹⁴⁵ M. N. MARTÍNEZ GAYOSO, “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el ámbito supramunicipal: la experiencia de la Administración local vasca”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 43, 2017, p. 165.

¹⁴⁶ T. SALA FRANCO Y OTROS, *La negociación colectiva en el empleo público*, cit., p. 15. F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 435.

¹⁴⁷ C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 22. F. NAVARRO NIETO, “Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva”, cit., p. 336. J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit.

Más recientemente se entiende que con la aprobación de la LCSP se refuerza la tesis de la doctrina que la Administración pueda comprometerse mediante un convenio propio o un acuerdo de empresa con sus trabajadores a asumir el personal si decide recuperar el servicio. Véase: F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 83. J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 98. C. L. ALFONSO MELLADO, “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, cit., pp. 21-22.

para la desestimación del motivo [del recurso], sin necesidad de tener que afrontar el análisis del otro contenido del mismo” [infracción de lo preceptuado en el EBEP], la sala estima conveniente entrar a realizar la valoración.

b) Segundo, la cláusula de subrogación del acuerdo —no respetada en el pliego— tenía como beneficiarios a los trabajadores de las empresas concesionarias de los servicios asistenciales adjudicados, sin que —como queda latente— “se deba dar la condición previa de que tales trabajadores o empleados provengan en origen de la plantilla de personal de la propia Diputación por virtud de un proceso de externalización de servicios, sino que el supuesto se enclava plenamente en la vicisitud normal de la gestión indirecta de servicios de la competencia foral”. En este sentido, la Administración alegó que el acuerdo excedía del ámbito subjetivo que permite el EBEP, pues los acuerdos negociados por su personal no pueden afectar a empleados de las empresas contratistas que son terceros ajenos al pacto enjuiciado, por lo que debía interpretarse que solo son eficaces respecto a empleados públicos que, tras externalizar el servicio, pasaran a ser trabajadores de las empresas adjudicatarias.

c) Tercero, el Tribunal Supremo considera que esta tesis de que “el pacto en cuestión se refiere a condiciones de empleo de terceros ajenos a la negociación” es “excesivamente reduccionista”. Su argumentación lógica apunta a que si vence el contrato administrativo y el servicio revierte, deberá la Administración asumir a aquellos trabajadores que previamente ha obligado a subrogar a los anteriores adjudicatarios mediante la cláusula, por lo que “no puede decirse en rigor que la Administración sea un tercero ajeno a esos contratos [de trabajo], sino que está directamente concernida en la posición del empleador en el mecanismo de la subrogación”.

Sin embargo, a mi parecer, no debería extrapolarse dicha doctrina a los acuerdos de reversión en la negociación colectiva ya que, sin perjuicio de resultar discutible la argumentación seguida, esta es realizada, en primer lugar, *obiter dicta*. Además, es opuesta a la tesis de la sala 4ª en materia de subrogación y sujetos ajenos al ámbito del convenio, lo que podría dar lugar a una solución muy diferente de haberse planteado sobre un acuerdo similar exclusivo del personal laboral. Por parte de la doctrina también se aduce que el ámbito natural para el que se conciben dichos acuerdos es para el supuesto en el que se produjera un cambio de adjudicataria y no para la recuperación del servicio, de manera que cabe dudar de la extrapolación de la doctrina de estas sentencias en tanto que no son exactamente el mismo supuesto¹⁴⁸.

3.3. La interpretación judicial del artículo 130.3 LCSP

A) Tras la entrada en vigor del artículo 130.3 LCSP, algunos Tribunales Superiores de Justicia han entendido que la norma sobre contratación pública debía suponer una alteración de la anterior jurisprudencia consolidada sobre la ineficacia del convenio sectorial en el ámbito de la

¹⁴⁸ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “Condiciones de subrogación en contratos de trabajo. El artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., p. 880.

reversión de contrata públicas. Así, con base exclusiva en el reciente precepto de la LCSP, han impuesto a las Administraciones que revierten el servicio la obligación de integrara a la plantilla en tanto en cuanto quedan, ahora sí, vinculadas por la norma pactada sectorial (SSTSJ Castilla y León, Burgos, de 20 de diciembre de 2018, rec. 891/18; de 17 de enero de 2019, rec. 923/2018; STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 23 de febrero de 2018, rec. 1076/17, entre otras). En otros casos, no se ha aplicado la subrogación convencional debido al tiempo de producirse la operación la norma sobre contratación pública se encontraba en *vacatio legis* (STSJ Castilla y León, Burgos, de 27 de febrero de 2019, rec. 70/19). Y, en fin, como no podía ser de otra manera, otros tribunales continúan aplicando la jurisprudencia anterior y declarando la ineficacia de la cláusula de subrogación del convenio sectorial ante una reversión de servicio público (STSJ Navarra de 14 de noviembre de 2019, n.º 345/2019; STSJ Aragón de 9 de marzo de 2020, rec. 97/20).

B) Por su parte, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado de manera frontal sobre cuál es el alcance del artículo 130.3 LCSP. Aunque sí ha casado y anulado una sentencia en la que se aplicaba la subrogación convencional apoyada en el referido precepto. En efecto, la STS de 13 de octubre de 2020, rec. 2126/18, resuelve el supuesto de reversión del servicio de limpieza externalizado por el Instituto Marítimo Pesquero de Formación Profesional de Canarias en Lanzarote, dependiente de la Consejería de Agricultura y Pesca del Gobierno de Canarias. El Instituto se negó a subrogar al personal y afrontó el servicio con efectivos propios de la Consejería. El Juzgado de lo Social, estimó la demanda de los trabajadores declarando la improcedencia del despido por omisión de la obligación de subrogación existente en el Convenio sectorial de Limpieza de Edificios y Locales. La STSJ Islas Canarias de 23 de febrero de 2018 (antes citada), desestimó el recurso de suplicación y entendió aplicable la obligación de subrogación por efecto de la nueva LCSP. La Administración recurre en casación aportando como sentencia de contraste la STS de 26 de julio de 2012, rec. 3627/11, una de las cuales por las que se consolidó la doctrina jurisprudencia clásica del TS en esta materia.

En este punto, la Sala cuarta abre su argumentación afirmando que *“una vez más accede a nuestro conocimiento un litigio en el que se debate sobre las consecuencias de que finalice una externalización de actividad accesoria (limpieza) y la empresa principal (una Administración Pública) acabe asumiéndola con personal y medios propios”*. Además, advierte de la importancia del asunto que pretende resolver indicando que *“la contradicción entre las sentencias comparadas constituye un presupuesto de orden público procesal, que debemos controlar incluso de oficio. Adicionalmente, en este caso concurren varias circunstancias que convierten ese análisis en especialmente trascendente”*. A mayor abundamiento destaca que la sentencia de contradicción es una dictada por la propia Sala, de lo que se desprende *“la lógica expectativa de que, si se aprecia la contradicción, apliquemos la doctrina previamente acuñada; en caso contrario, habríamos de justificar el apartamiento de la misma, sea por considerar nuevos elementos argumentales, sea por tratarse de doctrina superada por otra posterior”*.

Pues bien, entre esos «nuevos elementos argumentales» no está, desde luego, la Ley de Contratos del Sector Público, ni su artículo 130.3 que literalmente dice que la Administración vendrá obligada a subrogarse si así lo dispone un convenio colectivo o un acuerdo de negociación

colectiva de eficacia general. Y es que a lo largo de la sentencia ni se nombra la existencia de la LCSP, cuestión cuanto menos llamativa en tanto que en la sentencia recurrida y casada se aplicaba el precepto citado. Desde luego, habría sido esperable y deseable que el Alto Tribunal valorase el alcance de la norma sobre contratación pública en tanto que contiene una regla de naturaleza laboral que directamente afecta al objeto del debate judicial. O, cuanto menos, podría haber aportado luz sobre cuales son los instrumentos de negociación colectiva a los que se refiere, aunque fuese para descartar la aplicación del convenio y revalidar su postura. En cambio, repasa punto por punto su tradicional doctrina y añade como argumento nuevo, las recientes sentencias de la Sala en las que se declara inaplicable el convenio sectorial a efectos de determinar el contenido de las condiciones de trabajo en Ayuntamientos aunque no tengan convenio propio.

Es decir, como en una suerte de bucle, primero, se apoya en la jurisprudencia en materia de reversión para cambiar su doctrina sobre la aplicación del convenio sectorial a los Ayuntamientos que no tengan convenio propio, y después, recurre a esta última para reafirmar su postura en materia de subrogación convencional en los casos de reversión. A mi juicio, ni en una ni en otra se dan argumentos de fondo por los que el convenio colectivo sectorial no puede ser aplicable a una Administración Pública.

III. LA SUBROGACIÓN EX PLIEGOS DE CONDICIONES ADMINISTRATIVAS

Tradicionalmente el pliego de condiciones en la contratación pública se ha considerado como una vía de subrogación de naturaleza contractual. Lo que implicaría que, sin perjuicio de su admisibilidad como cualquier tipo de transmisión de la empresa basada en un acuerdo de voluntades y que no actualiza el supuesto de hecho del artículo 44 ET, no sería obligatoria para los trabajadores, que deberían prestar necesariamente su consentimiento¹⁴⁹, expreso o tácito, pero en cualquier caso se regirá por el artículo 1205 del Código Civil, que establece que *“la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*. Ante tal situación, queda claro que el trabajador, como acreedor del salario y de las demás obligaciones que la legislación laboral impone al empresario, debe prestar su consentimiento para la subrogación. En caso contrario, el contrato de trabajo permanecerá en la esfera del cedente, pudiendo este adoptar medidas de reestructuración de plantillas si tiene causa legal para hacerlo¹⁵⁰.

Por lo demás, y atendiendo a su naturaleza contractual, su interpretación deberá realizarse conforme a los artículos 1281 y ss. del Código Civil, que vienen a confirmar la preferencia de una interpretación literal sobre el resto de criterios hermenéuticos, siempre y cuando los términos sean claros y no dejen duda sobre la intención de los contratantes. Interpretación que, además, debe

¹⁴⁹ Por todas, SSTS de 11 de marzo de 2002, rec. 694/01; de 31 de enero de 2005, rec. 6025/03.

¹⁵⁰ R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 167.

ser restrictiva y ajustarse a sus propios términos sin que quepa realizar una interpretación extensiva en favor de los trabajadores¹⁵¹.

Con todo, en la actualidad, y sin necesidad de extenderse mucho más sobre esta materia, cabe negar la virtualidad del pliego de condiciones como vía para imponer la subrogación de los cuando no intervenga el convenio colectivo o el precepto legal estatutario.

A) En efecto, si bien la jurisdicción social venía considerando al pliego como un mecanismo clásico para imponer la subrogación contractual de los trabajadores ocupados en contratos del sector público¹⁵², desde hace tiempo que el orden de lo contencioso, basado en pronunciamientos de órganos administrativos con competencias en materia de contratación pública –en especial, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa–, venía negando tal posibilidad¹⁵³ sobre la base de que el artículo 120 TRLCSP, como sus predecesores, no habilitaban a introducir una obligación de subrogación autónoma por parte del ente público, sino que más bien debía el pliego limitarse a informar a los licitadores de tal obligación cuando la ley o el convenio sectorial así lo impongan. Finalmente la STS de 12 de diciembre de 2017 (rec. 668/16), dictada por la sala de lo Social, ha venido a corregir dicha discrepancia para acomodarse a criterio de la Sala 3ª. En consecuencia, es un criterio pacífico hoy en día que el pliego no puede introducir una obligación autónoma de subrogación cuando la norma convencional o legal no lo hagan.

Dicha interpretación viene confirmada por la más clara redacción del artículo 130.1 LCSP frente a su antecedente normativo inmediato: *“Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo”*¹⁵⁴.

B) Además de lo dicho, tratándose en este caso de un supuesto de reversión de un contrato público extinguido en el que no hay una nueva adjudicación que posibilite la existencia de un nuevo pliego, tampoco habrá dudas sobre su posible intervención. De este modo, la práctica totalidad de la doctrina ha señalado este hecho para descartar esta vía de subrogación¹⁵⁵. Sobra decir que

¹⁵¹ Con mayor detalle: L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, cit., pp. 75-77.

¹⁵² STS de 5 de abril de 1993, rec. 702/92. Más recientemente, entre otras, STS de 14 de septiembre de 2015, rec. 191/15.

¹⁵³ Entre otras, STS (CA) de 16 de marzo de 2015, rec. 1009/14.

¹⁵⁴ Véase S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]”, cit., p. 8/25 pdf descargado.

¹⁵⁵ Por todos, J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 43. M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones

dados los condicionantes expuestos para el pliego la auto-imposición de la subrogación de la plantilla de la contratista, bien podría constituir un supuesto de Fraude de Ley en el acceso al empleo público, toda vez que debería comportar la nulidad del acto administrativo por vulnerar el procedimiento legal de acceso previsto en el EBEP¹⁵⁶.

IV. SUBROGACIÓN POR NORMATIVA LEGAL ADMINISTRATIVA

A) En nuestra opinión, cuando el artículo 130.3 LCSP determina que “*en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal...*” –[el subrayado es mío]–, admite dos lecturas.

a) La primera no introduce ninguna novedad por cuanto que se estaría refiriendo al artículo 44 ET. En efecto, si con «norma legal» se refiere al precepto estatutario la previsión en este concreto aspecto resulta de todo punto innecesaria y redundante, incluso aun cuando declara su aplicación expresa a las AAPP, pues esto último no era controvertido a luz de la jurisprudencia nacional y comunitaria. Tampoco realiza ninguna aportación en cuanto a la aplicación del régimen de garantías que es donde se presenta el verdadero nudo conflictual.

b) La segunda lectura posible consistiría en entender que se refiere a la posibilidad de que otra norma legal intervenga regulando esta materia. Tendría más sentido esta hipótesis en la medida en que se alude a «una norma legal» con carácter indeterminado. Podría pensarse así que el legislador esta reivindicando el uso de este instrumento para actuar sobre un supuesto de extraordinaria complejidad como el que constituye la reversión de contratos y servicios públicos. De hecho, la historia muestra que las leyes administrativas pueden y suelen ser un instrumento eficaz para determinar los efectos laborales la reversión y modular los conflictos jurídicos que se plantean con las normas de orden público, permitiendo cumplir con el mandato de la Directiva.

Esta posibilidad de que una norma con rango de Ley o reglamentaria aprobada por los poderes públicos pueda de ordenar el traspaso de una actividad o sus efectos, ha sido específicamente contemplada por el Tribunal de Justicia. En efecto, cuando hace ya algún tiempo se le preguntó al TJUE sobre la compatibilidad de este tipo de disposiciones con la Directiva en materia de transmisión de empresas, el pretor comunitario respondió afirmativamente. Mas concretamente, lo que declaró es que queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva la transmisión a título oneroso autorizada por una Ley estatal y dispuesta por una Orden Ministerial de una empresa gestionada por un organismo público dependiente del Estado a una sociedad privada (STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C-343/98).

sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, cit., p. 15/26 pdf descargado. F. NAVARRO NIETO, “Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva”, cit., p. 316.

¹⁵⁶ Véase capítulo noveno, apartado I.3.2.2.

B) Nuestro ordenamiento jurídico ha conocido con frecuencia supuestos en los que se recurre o se ha recurrido a una Ley o una reglamentación administrativa –con su necesaria cobertura legal, eso sí¹⁵⁷– para ordenar transmisiones de empresa. Así, por ejemplo, un supuesto tradicional impuesto por una norma legal de carácter sectorial es el artículo 75.4 *Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres*¹⁵⁸. De forma más específica, refiriéndose a supuestos en los que una Administración Pública participa en el traspaso también son conocidos algunos precedentes que dieron lugar a una importante doctrina judicial.

a) Por ejemplo, *RD 1327/1986, de 13 junio, sobre recaudación ejecutiva de los derechos económicos de la Hacienda Pública*¹⁵⁹, por el que se integraron en la Hacienda Pública los antiguos Recaudadores de Zona. En este caso, el Tribunal Supremo entendió que no había una transmisión de empresa legal y que el personal se subrogó *ope legis* vía normativa específica, lo que constituía “una mejora sobre las garantías generales” del art. 44 ET¹⁶⁰

b) *El RD 2308/1994, de 2 diciembre, por el que se establece el régimen y destino del personal al servicio de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior*¹⁶¹, en las que el Tribunal Supremo entiende tampoco las condiciones de integración ordenadas por esta norma permiten apreciar la concurrencia de los presupuestos exigidos por el artículo 44¹⁶².

c) En los numerosos traspasos de competencias entre comunidades autónomas en los que sí que se apreció una transmisión de empresa entendiendo además que no era necesaria una norma diversa al artículo 44 ET¹⁶³, a pesar de las correspondientes leyes especiales que así lo determinaban y fueron esenciales para garantizar la continuidad del personal funcionario (por ejemplo, *Ley 11/1987, de 26 de diciembre, reguladora de las Relaciones entre la Comunidad Autónoma de Andalucía las Diputaciones Provinciales de su territorio*¹⁶⁴).

d) Más recientemente hemos conocido importantes supuestos de reestructuración que han traído consigo una enorme litigiosidad judicial. Algunos regulados normativa estatal de carácter

¹⁵⁷ Véase la exhaustiva recopilación de una antigua normativa sobre esta cuestión en L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 207.

¹⁵⁸ BOE nº 182, de 31-07-87.

¹⁵⁹ BOE n.º 157 de 02-07-86.

¹⁶⁰ SSTS de 13 de marzo de 1990; de 24 de julio de 1990; de 10 de junio de 1991, rec. 719/90; de 9 de julio de 1991, rec. 146/91.

¹⁶¹ BOE n.º 305 de 22-12-94.

¹⁶² Por todas: SSTS de 23 de septiembre de 1997, rec. 300/97; de 6 de febrero de 1998, rec. 3054/97; de 22 de junio de 1998, rec. 3537/97; de 14 de octubre de 1998, rec. 2568/97; de 29 de septiembre de 1999, rec. 4375/98; de 20 de julio de 2000, rec. 2011/99, entre otras.

¹⁶³ Así la Sala afirmaba que “en el ámbito del Derecho del Trabajo no fue necesario dictar ninguna disposición específica ya que el citado art. 44 ET (y anteriormente el art. 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales) ampara y protege perfectamente tales derechos, pero en relación con los funcionarios públicos la Ley 12/1983, de 14 de octubre, en sus arts. 24 y 25, se cuidó de establecer y proclamar la necesidad de que a éstos les fuesen respetados los derechos de cualquier orden que les correspondan en el momento del traspaso, y que las Comunidades Autónomas asumirán todas las obligaciones del Estado en relación con los mismos” (SSTS de 3 de junio de 1992, rec. 1380/91; de 29 de junio de 1994, rec. 1746/92; de 20 de noviembre 1994, rec. 2935/93). Véase capítulo tercero apartado III.2

¹⁶⁴ BOE n.º 17 de 20-01-88.

legal destinada tanto al sector público institucional estatal como al local (las ya citadas Ley 15/2014 LRSP y Ley 27/2013 LRSAL), como de carácter reglamentario (así la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal¹⁶⁵, y la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial¹⁶⁶. Así, como por parte de las Comunidades Autónomas, entre otras, la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la Generalitat, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat Valenciana¹⁶⁷; la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía¹⁶⁸; o la Ley 11/2011, de 20 de diciembre, de reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de Cataluña¹⁶⁹. Todas ellas causantes de una abundante doctrina jurisprudencial que ya ha sido o que será tratada a lo largo de este trabajo.

e) También, por su carácter afín a los supuestos de reversión de contrata públicas, por cuanto que suponen integraciones del personal que prestaba servicios en empresas privadas en el sector público, cabe destacar, de un lado, la Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco¹⁷⁰ (del Parlamento Vasco), sobre la integración del personal docente y de servicios de las ikastolas. Y del otro, el Decreto 291/1995, de 12 de diciembre, por el que se regula el régimen de integración del personal laboral fijo de los hospitales de la Cruz Roja de Algeciras, Almería y Málaga en los regímenes estatutarios de la Seguridad Social¹⁷¹.

f) Y de forma mucho más reciente, sobre un supuesto propiamente de reversión de una concesión sanitaria en la Comunidad Valenciana, la DA 8ª Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat¹⁷², desarrollada por Decreto 22/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de la Ribera en materia de personal¹⁷³.

C) Pues bien, lo relevante en este momento es formular algunas precisiones sobre el margen de actuación de estas normas de derecho administrativo que intervienen en una materia laboral como es la sucesión de empresa.

¹⁶⁵ BOE n.º 72 de 24-03-12.

¹⁶⁶ BOE n.º 242 de 09/10/13.

¹⁶⁷ DOGV n.º 7030 de 23-05-13.

¹⁶⁸ BOJA n.º 36 de 21-02-11.

¹⁶⁹ DOGC de 30-12-11.

¹⁷⁰ BOPV n.º 74 de 22-04-93. BOE n.º 35 de 10-10-12.

¹⁷¹ BOJA n.º 162 de 20-12-95.

¹⁷² BOE n.º 38, 12-02-18.

¹⁷³ DOGV n.º 8263, 28-03-18.

a) En primer lugar, tal y como se ha apuntado, la finalidad esencial de las mismas es garantizar la continuidad del personal funcionario adscrito a las unidades administrativas extinguidas o fusionadas en el marco de un proceso de reestructuración, en la medida en que estos no quedan, *a priori*, amparados por la normativa laboral y el artículo 44 ET, sin que por otro lado cuenten con una norma equivalente en el ordenamiento administrativo¹⁷⁴.

b) En segundo lugar, por lo que respecta a su afección al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas debe distinguirse si la *lex specialis* interviene sobre un supuesto de hecho en el que no opera el artículo 44 ET y, por tanto, incrementa el radio de acción del precepto, o si ya resulta aplicable el artículo 44 ET y su fin es matizar sus consecuencias.

i) En cuanto a los primeros supuestos, que podríamos denominar «constitutivos», cabe decir que en principio tendrán libertad para configurar tanto la subrogación como las garantías que se aplicarán a los trabajadores subrogados. Es a esta hipótesis a la que se refirieron algunas de las antiguas sentencias antes citadas que afirman que no concurrían los presupuestos del artículo 44 ET. Y no concurrían, porque como se describe en ellas, no hubo un desplazamiento patrimonial.

Pero este entendimiento debe ser de nuevo matizado a la luz de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas, que es precisamente lo que ocurre en la STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10. Se trata de un supuesto del ordenamiento italiano, en el que mediante Ley y diversos Decretos Ministeriales, se transfiere al personal administrativo, técnico y auxiliar (ATA) de los centros públicos de enseñanza del Estado a las Entidades Locales. En este punto, tras identificar la entidad económica se basa en la mano de obra (ap. 50), y confirmar que se tiene la suficiente autonomía en tanto que realizan las funciones de limpieza, mantenimiento y asistencia administrativa de las escuelas públicas italianas (ap. 51) afirma que, “*a reserva de la comprobación por el tribunal remitente, se aprecia que el personal ATA de las entidades locales empleado en las escuelas constituía dentro de la administración de esas entidades una entidad que podía organizar y ejecutar sus tareas de forma relativamente libre e independiente, por medio en especial de instrucciones emitidas por los miembros de ese personal ATA titulares de facultades de coordinación y de dirección*” (ap. 52). En este orden de cosas, no puede enervar la aplicación de la Directiva “*el hecho de que la operación de transmisión de que se trata en el litigio principal se basa en la Ley núm. 124/99 y nace por tanto de una decisión unilateral de los poderes públicos*”, como tampoco el hecho de que la subrogación fuese facultativa para el personal, que podían optar por continuar al servicio de las entidades locales de las que dependían (ap. 64-65).

En consecuencia, tal y como también se reconoce en el asunto *Collino e Chiappero*, cuando la operación sea constitutiva de una sucesión empresarial en el sentido de la Directiva, todos sus efectos en bloque deberán ser aplicados, con independencia de que la Ley interna especial sea el

¹⁷⁴ En este sentido la STSJU Castilla y León, Valladolid, de 2 de octubre de 2013, rec. 1451/13, que distingue, en las transferencias de competencias en el sector público, la norma administrativa asegura la continuidad del personal funcional, mientras que la estabilidad en el empleo del personal laboral deriva directamente del art. 44 ET.

mecanismo jurídico por el que se articule (el elemento causal que determina el cambio de titularidad), pues en tal caso la norma administrativa inserta el supuesto en el campo de aplicación de la Directiva. Ahora bien, en caso de que la norma administrativa no precipite la transmisión de empresa entonces, podrá entenderse como una disposición más favorable ex artículo 8 Directiva 2001/23/CE que protege más situaciones de las inicialmente previstas por la disposición europea.

ii) En cambio, pudiera ser que la norma tuviera mero «carácter declarativo». Este será el supuesto más frecuente, al menos, para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas afectado por un proceso de reorganización administrativa. Como se ha destacado en numerosas sentencias de la Sala 3ª del TS, con frecuencia la regulación administrativa está amparada, además de en una norma con rango de ley, en el propio Estatuto de los Trabajadores. Así pues, se entiende que la *lex specialis* “*pretende cohesionar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades o empresas públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida*” (por todas, STS (CA) de 17 de febrero de 2016, rec. 3944/14).

Es el caso del supuesto de reversión de la concesión sanitaria del hospital al que antes se hacía referencia. Tal y como dispone la DA8.1 de la Ley 21/2017 del parlamento valenciano:

“En fecha 31 de marzo de 2018 se producirá la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del departamento de salud de La Ribera formalizado entre la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública y Ribera Salud II, Unión Temporal de Empresas, Ley 18/82, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 5 del contrato.

En consecuencia, en fecha 1 de abril de 2018 el servicio revertirá a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, con los efectos previstos en el artículo 283 del Real decreto legislativo 3/2011[...] de la Ley de contratos del sector público.

De conformidad con la disposición adicional 26 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Real decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, relativo a la sucesión de empresas, de aplicación en este caso, en fecha 1 de abril de 2018 la Generalitat, a través de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, se subrogará en la condición de empleador que la empresa concesionaria, Ribera Salud, ostentaba en los contratos de trabajo celebrados al amparo del Estatuto de los trabajadores para la incorporación del personal necesario para la prestación del servicio, ya fueran temporales o indefinidos”.

c) En cuanto a la determinación de los efectos o las garantías laborales que recojan dichas normas debe partirse de que, tratándose de normas reglamentarias, ya el extinto Tribunal Central de Trabajo entendía que las normas específicas reguladoras del proceso de reordenación del sector público no pueden ser consideradas como que impongan un régimen especial y diverso al que establece la sucesión de empresa en la normativa laboral, por cuanto que por más que determinen los efectos de la subrogación de carácter administrativo, no pueden alterar el alcance y la virtualidad del precepto estatutario para ordenar los efectos laborales. Así, con carácter

general, desde bien pronto nuestra jurisprudencia rechaza que pueda producirse una “colisión de normas cuya jerarquía impidiese la vigencia de esta última [art. 44 ET]”¹⁷⁵.

Más recientemente los tribunales también se han referido a las disposiciones legales y/o reglamentarias que ordenan cambios de titularidad en el sector público, indicando que su carácter sectorial no puede prevalecer contra la norma general que constituye el artículo 44 ET¹⁷⁶. Así se ha afirmado que “la interpretación que cabe hacer de estas normas no puede ser contraria a la imperativa aplicación del art. 44.1 del ET, en virtud del principio de jerarquía normativa del art. 9 de la Constitución Española que prevé, entre otros supuestos, el cambio de titularidad de la empresa para la consecuencia subrogatoria, por lo que la oferta de integración que dichas normas contienen, una vez materializada, implica una oferta de continuidad de la relación laboral, pues como pone de manifiesto la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 13-3-1990, el rescate de la actividad por la Administración no puede ignorar la garantía de la estabilidad en el empleo y la conservación de los derechos de los trabajadores” (STSJ Cantabria de 14 de febrero de 1992, rec. 770/91)¹⁷⁷. De este modo, cada vez que el cambio de titular sea un supuesto incurso en el campo de aplicación de la norma legal laboral, el régimen de efectos será el de esta con independencia de lo que diga la norma especial.

No obstante, en algún asunto judicial se ha aludido a la posibilidad de realizar excepciones por vía legislativa. En este sentido, la STS de 30 de octubre de 1989, que regula el proceso de trasposos de ciertas competencias de la Administración General del Estado a la Autonómica, y que afirma que la disposición de la Ley de proceso de transferencias en concreto constituye una *lex specialis* respecto al artículo 44 ET a los efectos de establecer un sistema de responsabilidad por obligaciones laborales diverso al del artículo 44 ET, esto es, en régimen de solidaridad. La cuestión aquí es diferente. Para empezar debe tomarse distancia a raíz de la fecha en que se dicta la sentencia analizada, pero en cualquier caso el criterio debe ser analizado a la luz del estado de cosas actual. En consecuencia, como principio general la norma legal especial puede alterar alguna consecuencia o garantía de las previstas en el artículo 44 ET, o matizar su régimen jurídico si lo considera conveniente. Debe tenerse en cuenta que la ley administrativa en este caso tiene igual rango que la ley laboral, por lo que no queda vinculada a esta por el principio de jerarquía, sino que en virtud del principio de especialidad tiene margen de actuación suficiente.

Sin embargo, la norma administrativa, como ley especial, no queda desvinculada de la Directiva 2001/23/CE, de manera que debe entenderse igualmente como una norma de transposición. A estos efectos, no podría desvincularse del régimen de garantías establecido en

¹⁷⁵ Cfr. SSTCT de 17 de noviembre de 1988; de 3 de mayo de 1988; de 19 de enero de 1988; de 24 de enero de 1989; de 5 de abril de 1989. Así como que la transmisión impuesta por dicha norma particular, aunque no se refiera explícitamente a la sucesión empresarial, es considerada como una suerte de *lex specialis* equiparable al artículo 44 ET y que no puede contravenir las garantías mínimas que aquel instruye (STS de 4 de julio de 1988). Cita una abundante jurisprudencia L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 218-220.

¹⁷⁶ J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, cit., pp. 432-433.

¹⁷⁷ En el mismo sentido, STSJ Islas Canarias, Tenerife de 3 de marzo de 1999, rec. 292/94.

la disposición europea con el alcance dado por la jurisprudencia del TJUE. En caso contrario, se trataría de una norma nacional que se opone a la Directiva en tanto que no permite alcanzar los fines y objetivos que esta última impone al Estado miembro.

Parte segunda

Las garantías laborales de la sucesión de empresa

La subrogación del empresario público en los vínculos laborales: el principio de subrogación automática y las extinciones previas a la reversión

I. INTRODUCCIÓN

Si como consecuencia de una sucesión en la explotación de una concreta actividad, se produce la transmisión de una empresa o de una parte de la misma que imponga un cambio en la persona física o jurídica que ostenta la posición de empleadora, se suceden una suerte de efectos o consecuencias legales que se concretan en un conjunto de garantías para los trabajadores. Por supuesto que estos efectos son aplicables en el supuesto de la reversión de contratos y servicios públicos, aunque en este último caso hay numerosas especialidades debido a la aplicación conjunta del derecho laboral con toda una batería de principios y normas de orden público.

Tradicionalmente, el conjunto de efectos de la transmisión se ha agrupado en garantías individuales y colectivas¹. Aunque la redacción del artículo 44 ET anterior a la reforma del 2001 no contenía referencia alguna a los aspectos colectivos más allá del deber de notificación a la representación de los trabajadores, tras esta, ambos bloques quedan perfectamente delimitados, consiguiendo una adecuada adaptación de la estructura normativa de la Directiva².

Debido a la naturaleza del tipo de operaciones que estamos estudiando, a partir de este momento interesa, sobre todo, la garantía individual de subrogación en los contratos de trabajo o mantenimiento de la relación laboral de los trabajadores afectados por una transmisión de empresa. Pues es esta la que resulta especialmente problemática en tanto que debería comportar la integración del personal contratado por una empresa privada en una Administración Pública, produciéndose de esta forma una confrontación con las normas que rigen el acceso al empleo público. A mayor abundamiento, dicha confrontación se produce no solo entre dos normas legales sino que, como ha puesto de manifiesto la práctica totalidad de la doctrina científica, la antinomia afecta a normas de rango constitucional y europeo, donde se contienen los principios fundamentales que desarrollan en última instancia estas Leyes laboral y administrativa.

¹ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., pp. 63-64.

² Con mayor detalle: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 85, y los autores por él citados.

II. ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS SOBRE EL CONJUNTO DE GARANTÍAS INDIVIDUALES Y LA INTERRELACIÓN ENTRE ELLAS

A) La primera consecuencia que se establece en el Estatuto de los Trabajadores es que el hecho de la sucesión de empresa “*no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente*” (art. 44.1 ET).

a) Así las cosas, el principal efecto que se desprende de la transmisión es la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo, que se concreta en una doble garantía: un principio general de subrogación y en una previsión específica referida a la subrogación del nuevo empresario en el propio vínculo contractual que no podrá ser extinguido a consecuencia de la transmisión. Es decir, junto al mantenimiento de la relación laboral que se erige como la «regla clave»³ de la institución normativa, también se alude expresamente a la subrogación de cuantos derechos y obligaciones se deriven de la misma. El propio Tribunal Supremo ha confirmado que el artículo 44.1 ET ofrece esta doble garantía: por un lado “*la exclusión de la extinción de los contratos*”, y por el otro “*la conservación del régimen contractual anterior, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior*”⁴. Es necesaria esta diferenciación porque el legislador no solo ha ordenado la estabilidad en el empleo, sino también ha impuesto al nuevo empresario la conservación de todas las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo adquiridas por el anterior empresario.

b) La distinción viene confirmada por la disposición comunitaria que, en términos similares pero de forma más detallada establece en primer lugar que “*los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso*” (art. 3.1 Directiva 2001/23/CE). Y, en segundo lugar, que “*el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de estos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario*” (art. 4.1 Directiva 2001/23/CE, primer inciso). La previsión contenida en el primero de los preceptos ya tiene por sí misma las siguientes notas características⁵: 1) se configura una sucesión de carácter universal por la cual se nova subjetivamente la persona del empleador, quedando el adquirente vinculado a todos los derechos y obligaciones laborales del transmitente; 2) abarca aquellos derechos y obligaciones relativos a los contratos de trabajo vigentes a fecha de la transmisión y no comprende, por el contrario, aquellos otros pertenecientes a relaciones

³ M. E. CASAS BAAMONDE; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO; F. VALDÉS DAL-RÉ, “La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2001, p. 41.

⁴ STS de 15 de junio de 1992, rec. 2267/91.

⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 65.

laborales ya extinguidas; y 3) se refiere a derechos, excluyendo meras expectativas. Obviamente, una consecuencia implícita de esta subrogación universal es el mantenimiento el propio vínculo contractual, de modo que las relaciones laborales que ya estuvieran vigentes en el momento del traspaso pasarán a depender del nuevo empresario una vez consumado el cambio de titularidad con la consecuencia inmediata de que la transmisión no podrá causar por sí misma la extinción contractual. No obstante, la Directiva enfatiza esta circunstancia estableciendo una prohibición expresa de despedir que vincula tanto a cedente como cesionario en el segundo artículo citado.

c) De lo dicho hasta ahora se desprende que el marco normativo configura dos garantías diferenciables pero estrechamente conectadas: *la continuidad de las relaciones laborales* – subrogación del nuevo empleador en el vínculo contractual y la consiguiente interdicción de despido– como derivación inmediata del principio de estabilidad en el empleo; y *la subrogación en todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo* contraídos por el cedente antes del traspaso cuya posición pasa a ser sustituida por el cesionario desde la fecha del mismo⁶.

B) Esta segunda garantía tiene a su vez distintas acepciones o aristas.

a) La primera es la «sucesión procesal» del nuevo empresario en los litigios judiciales pendientes de resolución, lo que puede conducir a que este último soporte entre otras consecuencias los efectos de la calificación judicial de los despidos anteriores al traspaso⁷. Referimos en primer lugar esta manifestación de la garantía de la subrogación universal del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior empresario por su conexión con la continuidad de las relaciones laborales. Es decir, en la medida en que puede obligar al cesionario a soportar las consecuencias de una eventual declaración de improcedencia o nulidad de los despidos efectuados por el cedente puede suponer que el cesionario deba incorporar en su organización a estos trabajadores. Por ello, se tratará de forma conjunta con el alcance de la garantía de continuidad del empleo objeto de este capítulo.

b) Una segunda manifestación es el mantenimiento del estatus profesional del trabajador desde el momento en que deben respetarse todas las condiciones de trabajo que daban contenido a la relación laboral y aquellos compromisos adquiridos por el empresario cedente a fecha del

⁶ En este sentido: "Tal como ha declarado este Tribunal de Justicia [...] la Directiva pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiendo que queden al servicio del nuevo empresario en condiciones idénticas a las convenidas con el cedente. Las normas aplicables en caso de transmisión de una empresa o de un centro de actividad a otro empresario pretenden proteger, en interés de los empleados, las relaciones laborales existentes, que forman parte del conjunto económico transmitido. Se desprende asimismo de la jurisprudencia [...] que en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva se incluyen los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o relación laboral que exista en la fecha de la transmisión y que se haya celebrado con aquellos trabajadores que, para el cumplimiento de sus funciones, estén destinados en la parte transmitida de la empresa o del centro de actividad" (STJUE de 25 de julio de 1991, D'Urso, asunto C-362/89, ap. 9 y 10).

⁷ I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 99 y 100; J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 343 y ss; L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 173.

traspaso (con inclusión expresa de compromisos por pensiones y en materia de previsión social complementaria), cualesquiera que sean las fuentes en las que las que dichas materias queden reguladas, ya sea el convenio colectivo o el propio contrato individual⁸. Con todo, la normativa sucesoria también contiene un desarrollo específico y más particularizado acerca del mantenimiento de las condiciones de trabajo procedentes del convenio colectivo.

c) Y, en fin, la tercera manifestación es la transmisión de los créditos laborales pendientes de satisfacer por el cedente. En efecto, la subrogación no solo se proyecta hacia el futuro dando continuidad al estatus laboral del trabajador subrogado, sino también hacia el pasado en la medida en que debe responder el adquirente por las deudas contraídas por el empleador sucedido⁹. Con todo, la interpretación que se hace de esta garantía encuentra divergencias en sede judicial comunitaria y nacional. Y ello es debido a que la misma queda superpuesta en algunos aspectos por una mejora introducida por el legislador interno: la responsabilidad solidaria.

C) Así, el artículo 44 ET ordena en su apartado tercero que *“sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social¹⁰, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”*. Esta garantía queda recogida en el estatuto de los trabajadores con anterioridad a la reforma operada por la Ley 12/2001 en transposición de la Directiva 98/50/CEE. Es más, como hemos visto ya, la norma comunitaria solo prevé que los estados miembros podrán establecerla. En efecto, la interpretación que los órganos internos hacen de esta garantía se superpone con el entendimiento que ha tenido el TJUE del ámbito material del mecanismo de la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente, en la medida en que el órgano comunitario entiende que el nuevo empresario debe responder de las obligaciones pendientes del anterior. Por tanto, aunque existen diferencias en cuanto al alcance interpretativo de ambos mecanismos en la jurisprudencia interna y comunitaria, ambos responden a una finalidad de proteger los créditos laborales y de seguridad social pendientes de satisfacer, aunque puede adelantarse que la legislación nacional establece una regulación más garantista que la europea.

D) En síntesis, tres son las garantías individuales a favor de los trabajadores de la entidad económica transmitida: la continuidad de la relación laboral con la consiguiente prohibición de despido por causa de la transmisión y la posibilidad de que deba readmitirse a las relaciones laborales ya extinguidas a consecuencia de procesos judiciales pendientes; el mantenimiento del estatus profesional del trabajador mediante el respeto a las condiciones de trabajo pactadas en

⁸ Por todos, I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 107 y ss.; J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 312.

⁹ J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, cit., p. 48.

¹⁰ Artículos 18.3, 142.1 y 168.2 del *RD-legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (BOE n.º 261 del 31-10-15).

convenio colectivo o individualmente; y la protección de los créditos laborales y de seguridad social a través de un doble mecanismo: la propia subrogación y la responsabilidad solidaria.

Como avanzamos al principio el objeto de esta tesis es determinar el alcance de la primera en los supuestos de integración del personal en una Administración Pública, pero como se podrá comprobar a lo largo de este capítulo y los siguientes, de manera transversal deberán tratarse algunas consecuencias prácticas del resto de garantías individuales.

III. LA CONTINUIDAD DEL VÍNCULO CONTRACTUAL CON EL EMPLEADOR PÚBLICO

1. La modificación subjetiva del empresario laboral: el principio de subrogación automática

El artículo 44.1 ET mediante el que se transponen los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 2001/23/CE, ordena una subrogación del nuevo empresario en la posición contractual del anterior. Esta modificación subjetiva de la persona del empleador se concreta en una subentrada del empresario cesionario en las relaciones individuales de trabajo del cedente, sustituyéndolo como contraparte en el contrato de trabajo, tanto en la posición pasiva –debiéndose asumir las obligaciones laborales y de Seguridad Social– como en la activa – que lo sitúa como acreedor de la prestación de servicios dependientes y por cuenta ajena–.

Como el Tribunal de Justicia anuncia “*en caso de transmisión de empresa, el contrato de trabajo o la relación laboral que vincula al personal de la empresa transmitida deja de vincular al cedente y continúa de pleno derecho con el cesionario*”¹¹. Por tanto, la subrogación supone la desvinculación contractual del empresario concesionario o contratista público y la consiguiente vinculación a la Administración Pública o ente del sector público que asuma la gestión de la actividad, del que van a depender laboralmente los trabajadores subrogados¹². De esta manera, el TJUE ha interpretado la existencia de un principio de transmisión automática de las relaciones laborales existentes antes del traspaso, en virtud del cual se produce una subrogación de pleno derecho del cesionario en los contratos de trabajo, que tiene carácter imperativo para las partes al no admitir excepciones en perjuicio de los trabajadores, y cuyo máximo exponente es la prohibición de despedir que enuncia la Directiva¹³.

Dogmáticamente, la alteración subjetiva del contrato de trabajo se ha tratado de explicar mediante el instituto de la *sucesión legal* o *sucesión ope legis* en la relación jurídica, que configura la transmisión de empresa como una vicisitud modificativo-subjetiva y no extintiva de la relación laboral¹⁴. No obstante, aunque se trata de un debate científico ya resuelto, en el pasado, la doctrina

¹¹ STJUE de 25 de julio de 1991, *D'Urso*, asunto C-362/89, ap. 12.

¹² L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 172.

¹³ Este calificativo ha recibido tanto por parte de la jurisprudencia (STJUE de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C-51/00, ap. 35) como por parte de la doctrina científica (por todos, J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 142).

¹⁴ *Ibid.*

de dentro y de fuera de nuestras fronteras ha tratado de identificar la subrogación laboral y la no extinción del vínculo contractual ante el cambio de empleador con otras figuras jurídicas ya existentes en el derecho civil como la *novación contractual*, la *subrogación*, o la *cesión de contrato*, ya sea la denominada *ordinaria o propia* –convencional, con acuerdo de voluntades– o la *cesión impropia* –obligatoria, impuesta por la ley–¹⁵.

En cualquier caso, el hecho de que en la actualidad exista una norma legal que determine con precisión los efectos de este fenómeno hace que dicho debate pierda relevancia¹⁶. Hay, pues, un amplio consenso en que, en síntesis, se trata de una “*sucesión ope legis en una particular relación obligatoria*”¹⁷, que también existe en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, pero está modalizada en el ámbito laboral para dar cumplimiento al principio de estabilidad en el empleo. Esta sucesión presenta las siguientes características¹⁸: 1) subingreso del nuevo empresario en todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de naturaleza laboral y de Seguridad Social de su predecesor; 2) mantenimiento e inalterabilidad de todas las relaciones obligatorias existentes; 3) la continuidad de la relación laboral y el consiguiente subingreso se establece por mandato de una disposición normativa con rango de ley cuando se actualice el supuesto de hecho por ella previsto: el cambio de titularidad en una entidad económica de la empresa que mantenga su identidad.

Ahora bien, para determinar el alcance subjetivo de la obligación de subrogación que asume el ente público que revierte el servicio es necesario analizar dos variables que vienen siendo usadas tanto por la jurisprudencia europea como nacional como requisitos condicionantes de su operatividad: la existencia de una relación laboral vigente y la adscripción del trabajador a la entidad económica transmitida. Dicho con otras palabras, la Administración o entidad que asuma la gestión directa deberá subrogar a todos los trabajadores empleados en la contrata siempre y cuando su relación laboral se encuentre vigente.

¹⁵ J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, cit., pp. 36-45. En especial, puede consultarse la exposición que realizan de la evolución doctrinal J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 152-185; y E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., pp. 224-238. Remito a obras más antiguas que aparecen citadas por estos dos autores en sus respectivos estudios.

¹⁶ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 225.

¹⁷ Cfr. J. RIVERO LAMAS, “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, cit., pp. 46-47. Dicho autor fue el primero en acuñar el término en nuestro país, siguiendo a la doctrina italiana, pero fue seguido por muchos otros entre la doctrina española: F. DURAN LÓPEZ, “La continuidad de las relaciones de trabajos y la responsabilidad por las deudas laborales en la transición de empresa”, cit., p. 84; M. ÁLVAREZ ALCOLEA, “La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo”, *Revista de Política Social*, n.º 106, 1975, p. 60; G. DIEGUEZ CUERVO, “La sucesión en la empresa”, en Efrén Borrajo Dacruz (dir.) *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 354. Con todo, tanto la cesión legal de contrato como la sucesión *ope legis* se adaptan perfectamente al instituto de la subrogación laboral, sin que haya diferencias significativas entre ambas figuras (E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 239).

¹⁸ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 171-185. En concreto, sobre las notas características, véase la p. 183.

2. La necesaria vigencia de la relación laboral

El primer presupuesto inexcusable para que operen las garantías laborales es que las relaciones laborales estén vigentes en la fecha de la transmisión. En este sentido se ha pronunciado el TJUE declarando la exclusión respecto a aquellos otros contratos de trabajo que hayan sido extinguidos con anterioridad a la fecha del traspaso¹⁹. No obstante, aunque el intérprete ha afirmado que la existencia o no de una relación laboral en este momento debe ser apreciada con arreglo al derecho nacional, también ha declarado que deben observarse las normas imperativas de la Directiva en orden a la protección contra el despido motivado por la transmisión²⁰. Con todo, el requisito de vigencia del contrato se cumple, por supuesto, si la relación se encuentra suspendida y el trabajador no presta servicios por encontrarse en situación de excedencia²¹ o durante periodos de inactividad en actividades estacionales²².

También la jurisprudencia nacional viene exigiendo desde antiguo idéntico requisito al negar la operatividad de la garantía respecto a aquellas relaciones laborales extinguidas por las causas legalmente previstas con anterioridad a la transmisión²³, de lo que se deduce la necesidad de que la relación contractual se encuentre viva para producir la pretendida subrogación²⁴. En efecto, como ha señalado el Tribunal Supremo, *“la previsión del art. 44.1 ET parte de la subsistencia de la relación laboral en el momento de la transmisión, porque únicamente en este caso cabe que se produzca la novación subjetiva en el contrato, ya que resulta imposible aceptar la modificación de una relación jurídica ya extinguida”*²⁵. Por tanto, la sucesión de empresa posterior a la extinción de los contratos de trabajo no produciría el denominado «efecto Lázaro» que conlleva *“la resurrección de los contratos de trabajo mantenidos por el anterior empresario que se hubieran extinguido con anterioridad a la transmisión de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma”*²⁶.

¹⁹ STJUE de 7 de febrero de 1985, *Wendelboe*, asunto C-19/83, ap. 13.

²⁰ STJUE de 15 de julio de 1988, *Bork International*, asunto C-101/87, ap. 17.

²¹ STJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/15, ap. 54.

²² STJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C- 287/86, ap. 19.

²³ Por todas, SSTS de 11 de mayo de 1987; de 24 de julio de 1995, rec. 3353/94; de 20 de enero de 1997, rec. 687/96; de 15 de abril de 1999, rec. 734/98; de 11 de abril de 2001, rec.1245/00. También en la doctrina judicial: SSTSJ Andalucía, Granada, de 17 de julio de 2014, rec. 1176/14; Castilla y León, Burgos, de 30 de abril de 2014, rec. 255/14; Cataluña de 16 de mayo de 2014, rec. 794/14.

²⁴ STS de 27 abril 2016, rec. 336/15. Con mayor detalle: I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “¿Cuándo debe entenderse que la relación contractual está ‘viva’ en la sucesión de plantillas ‘ex’ art. 44 ET?”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [07-06-16]*), fecha de consulta 7 mayo 2019, en <https://ignasibeltran.com/2016/06/07/cuando-debe-entenderse-que-la-relacion-contractual-esta-viva-en-la-sucesion-de-plantillas-ex-art-44-et-estatuto-trabajadores/>.

²⁵ STS de 30 de noviembre 2016, rec. 825/15.

²⁶ Cfr. En todas: STSJ País Vasco de 25 de junio de 1993, rec. 618/92; País Vasco de 17 de diciembre de 1993, rec. 1497/93; Andalucía, Málaga, de 3 de diciembre de 1999, Rec. 1902/99. En el mismo sentido, las SSTSJ Galicia de 19 de abril de 1995, rec. 1414/95; Galicia de 18 de marzo de 2002, rec. 3864/98; o las SSTSJ País Vasco de 30 de enero de 2001, rec. 2446/00 y de 10 de septiembre de 2002, rec. 921/02, que puntualizan que *“una cosa es que el contrato de trabajo no se extinga, como dice el precepto, y otra bien distinta que la sucesión produzca lo que llamamos el efecto Lázaro; esto es, la resurrección de contratos de trabajo ya extinguidos”*. Más recientemente, las SSTSJ Extremadura de 9 de marzo de 2005, rec. 13/05; País Vasco de 24 de marzo de 2015, rec. 352/15; País Vasco de 22 de noviembre de 2011, rec. 2226/11. El Tribunal Supremo se hace eco de la doctrina recogida en esta última para negar la contradicción en el recurso de unificación de doctrina de la STS de 27 de octubre de 2017, rec. 4241/15.

Aunque volveremos sobre esta cuestión más adelante puede puntualizarse ahora que esta regla encuentra su excepción en supuestos de fraude acreditado, que sí permitiría resucitar la acción de despido caducada²⁷. Así como que aun cuando la relación laboral quede extinguida y el trabajador no sea subrogado el nuevo empresario responderá por las deudas contraídas con este por el anterior empresario y no satisfechas²⁸.

Ahora bien, no es un obstáculo para la subrogación que no haya una prestación efectiva de trabajo por darse cualesquiera causas de suspensión de la relación laboral (incluidas la situación de excedencia²⁹ o incapacidad temporal³⁰); por tratarse de un trabajador fijo discontinuo durante el periodo de inactividad; por no haberse iniciado la ejecución del contrato de trabajo si el mismo se ha perfeccionado (lo que excluye un mero compromiso de contratación)³¹; así como no cabe duda de la operatividad de la misma durante el periodo de prueba, sin perjuicio de que el empresario cesionario cuente con las mismas facultades que el empresario cedente, con quien se pactó el periodo de prueba³².

Determinado el alcance y extensión de qué debe entenderse por una relación laboral vigente deben examinarse con sumo cuidado las extinciones contractuales previas al cambio de modo de gestión que pueden impedir el cumplimiento de este requisito³³.

3. La adscripción a la contrata o concesión objeto de sucesión

A) El segundo de los requisitos mencionados supone un límite subjetivo para la subrogación de los trabajadores de la empresa cedente con independencia del origen legal, convencional o contractual de la subrogación, pues desplegará efectos únicamente con los empleados adscritos a la unidad transmitida cuando el traspaso no abarque la totalidad de la empresa sino una parte

²⁷ SSTSJ Galicia de 18 de diciembre de 2013, rec. 1562/10 y de 21 de junio de 2019, rec. 210/19, con alusión a la STS de 16 de enero de 1990.

²⁸ En este sentido, la anterior sentencia citada concreta que “la doctrina jurisprudencial que exige el mantenimiento del vínculo viene referida, siempre, al efecto subrogatorio en la relación laboral y no al efecto solidario en la responsabilidad de las deudas laborales anteriores”. Cfr. SSTSJ País Vasco de 30 de enero de 2001, rec. 2446/00; País Vasco de 10 de septiembre de 2002, rec. 921/02. En el mismo sentido, STSJ Galicia de 18 de marzo de 2002, rec. 3864/98.

²⁹ STS de 18 de junio de 1998, rec. 2661/97. Incluida la excedencia voluntaria, si bien en este caso el empresario cesionario solo deberá tender a la petición de reingreso del trabajador cuando se den las circunstancias precisas para ello (E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 240).

³⁰ STS de 24 de noviembre de 1986.

³¹ Mención especial requiere el supuesto en que se accede al puesto de trabajo a través de un procedimiento selectivo abierto o concurso público realizado por una empresa y que en el transcurso se produce una transmisión, pues, en estos casos, el anuncio del concurso anuncia el contrato proyectado y la voluntad de uno de los contratantes, mientras que la presentación de la candidatura, la voluntad contractual del otro. El proceso quedaría cerrado con la fase de selección que perfecciona la celebración del contrato cuando el empresario selecciona al trabajador, por lo que la selección efectuada por el cedente podría vincular al empresario cesionario. Con mayor detalle, véase I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 89-90.

³² Con mayor detalle véase: *Ibid.*, pp. 83-96. Igualmente, también puede consultarse: L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 175 y ss.; F. VALDÉS DAL-RE, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 70.

³³ Véase apartado IV.

de la misma. Adquiere especial relevancia en los supuestos de contrata de obras y servicios en los que las empresas adjudicatarias, además de los trabajadores ocupados específicamente en el servicio externalizado, tienen más plantilla, ya sea adscrita simultáneamente a otros centros de trabajo o unidades productivas autónomas objeto de otra contrata diferente, o bien aquellos otros empleados que realizan actividades o servicios comunes a la empresa de los que no se beneficia únicamente la unidad transmitida.

La justicia europea ha estimado que la relación laboral está caracterizada esencialmente por el nexo que existe entre el empleado y la parte de la empresa a la que está destinado para realizar su trabajo, de modo que no engloba los derechos y obligaciones que resultan de un contrato de trabajo celebrado con trabajadores que no pertenezcan a la parte transmitida de la empresa, aunque ejerzan determinadas actividades que implican la utilización de medios de producción asignados a la parte transmitida, o aunque estén destinados a un departamento administrativo y realicen tareas en beneficio de esta³⁴. Dicho con otras palabras, la protección dispensada en transmisiones parciales se refiere a los trabajadores adscritos a dicha parte de la empresa³⁵. Ello implica que aquellos otros que no estén específicamente adscritos a la parte de la empresa transmitida porque desarrollan sus funciones en departamentos de servicios comunes a toda la empresa, permanecerán al servicio de la cedente que puede proceder a una reorganización de su planta con el fin de adaptarla a las nuevas necesidades productivas tras perder la contrata.

B) Pero este criterio no solventa la situación de los trabajadores que sí están adscritos a la contrata aunque no lo estén de forma exclusiva, frecuentemente, porque realizan su jornada repartida en varios centros de trabajo o actividades explotadas por el cedente.

Esta situación adquiere aun más relevancia en el ámbito de la contratación pública tras la aprobación de la LCSP de 2017, por la que se transpone la Directiva 2014/24/UE, y en la que se establece una preferencia por la división del objeto del contrato administrativo en lotes. Así pues, la regla general para los nuevos contratos celebrados a partir de su entrada en vigor es que el objeto de los contratos públicos se realice de forma independiente siempre que su naturaleza lo permita y salvo que existan motivos válidos acreditados en el expediente que aconsejen la indivisión del contrato³⁶. Esta novedad, introducida para permitir el acceso a la contratación pública a PYMES, puede conllevar que un contrato administrativo celebrado al amparo del TRLCSP-2011, cuando se vuelva a licitar ya bajo la nueva regulación se divida en distintos lotes, pudiendo seguir

³⁴ STJUE de 7 febrero 1985, *Botzen*, asunto C-186/83, ap. 11 y ss., respecto a los empleados ocupados en servicios generales y administrativos en una operación de transmisión parcial de ciertos departamentos de una sociedad declarada en quiebra a otra recién constituida.

³⁵ STJUE de 12 noviembre 1992, *Watson Rask*, asunto C-209/91, ap. 16, respecto de los trabajadores adscritos al servicio de cantina o comedor de empresa antes de su externalización y adjudicación a otra sociedad.

³⁶ Y salvo en los contratos de concesión de obras. Artículo 99.3 LCSP; considerando n.º 78 y artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE. En todo caso, no se podrá fraccionar el contrato con la finalidad de disminuir su cuantía para eludir los requisitos de publicidad y del procedimiento de licitación (art. 99.2 LCSP). Con mayor detalle: C. VÁZQUEZ COBOS Y OTROS, *La división del objeto en lotes*, 2017, consultado el 14/04/20 en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/10/Grupo-de-Contratos-del-Sector-Publico-101-1.pdf>.

una suerte diversa cada uno de ellos. Las posibilidades son numerosas, pero la problemática laboral es la misma: se trata de determinar cómo debe producirse la subrogación de trabajadores cuando trabajaban para un único empresario, pero adscritos simultáneamente a diversos servicios o centros de trabajo y que, a resultas de la sucesión causada por una nueva adjudicación o la reversión del servicio, las actividades entre las que tenía distribuida su jornada el trabajador van a ser gestionadas por diferentes empresarios, bien porque hay varios cesionarios nuevos, bien porque parte de la actividad la continua explotando el mismo empresario y el resto es transmitida.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente la STJUE de 26 de marzo de 2020, *Govaerts* (asunto C-344/18)³⁷, en la que la trabajadora en cuestión prestaba servicios para una empresa concesionaria de un Ayuntamiento, que gestionaba el servicio de limpieza y mantenimiento de diversos edificios municipales que fueron repartidos en tres lotes y que, tras ser sometidos a una nueva licitación, fueron adjudicados a dos nuevas contratistas de limpieza. Lo que se cuestiona es cómo aplicar la regla de la subrogación de los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo de la empleada adscrita a los tres centros de trabajo ex artículo 3.1 Directiva 2001/23/CE entre una empresa cedente y dos cesionarias diversas.

El Tribunal trata de dilucidar, entre las diversas hipótesis planteadas por el órgano judicial remitente en su cuestión prejudicial, cuál es la solución más justa y equilibrada para los intereses de todas las partes, descartando como punto de partida que el contrato deba permanecer con el cedente, habida cuenta de que no se discute la adscripción de la trabajadora a la entidad económica, por lo que una vez transmitida esta, operará la subrogación automática sin que sea un obstáculo que haya dos cesionarios³⁸. En este sentido, apuesta por transferir a cada uno de ellos los derechos y obligaciones derivados del contrato en proporción a las funciones desempeñadas por el trabajador en la actividad que reciben. Dicho con otras palabras, propone dividir el contrato de trabajo a tiempo completo en dos contratos de trabajo a tiempo parcial, aprovechando para recordar que estos trabajadores que realizan un número de horas inferior no pueden quedar excluidos del campo de aplicación personal de la norma³⁹. Ahora bien, a la hora de establecer el criterio exacto para dividir el contrato de trabajo entre los dos nuevos cesionarios, el TJUE pasa el testigo al órgano judicial nacional, que podrá emplear como criterio tanto el tiempo

³⁷ Ap. 31-38. Son sumamente interesantes, en este caso, las conclusiones del Abogado General (Sr. Maciej Szpunar), por cuanto que amplían la información del supuesto fáctico y porque sus tesis son acogidas por el TJUE.

³⁸ Recuérdese que, con anterioridad, se había planteado una cuestión similar en el marco de una reestructuración del sector público que condujo a una reinternalización y una externalización en paralelo de las actividades ejercidas por una empresa pública disuelta. Pero a diferencia de este caso, los contratos fueron transmitidos de pleno derecho y por completo a un único empleador cesionario al dividir la actividad en dos grupos de funciones. STJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/15, ap. 28.

³⁹ Puede verse un comentario a la sentencia: A. VICENTE PALACIO, "Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 5, 2020, pp. 9/11 pdf descargado el 05-08-20 de la web del BOE., fecha de consulta en la web del Boe el 5 agosto 2020. La autora cuestiona la compatibilidad de la solución del TJUE con la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en relación a la voluntariedad de requiere la conversión del trabajo indefinido a otro a tiempo parcial y viceversa, así como del art. 12.4.e ET.

efectivamente dedicado por el trabajador en cada servicio, como el valor económico de los diferentes lotes del contrato público al que está adscrito. Y es que la legislación nacional puede establecer límites que hagan imposible la división del contrato siguiendo el primer criterio⁴⁰.

De esta manera, entiende el TJUE que se consigue garantizar un «equilibrio justo» entre los intereses de los trabajadores y los intereses de las empresas cesionarias. Y es que considerar la otra hipótesis planteada consistente en transferir el contrato únicamente a un cesionario –aquel que recibe el servicio donde el trabajador realizaba predominantemente su actividad–, implicaría no tomar en cuenta los intereses empresariales, ya que uno de los dos empresarios se vería constreñido a subrogar a un trabajador a tiempo completo cuando el servicio que recibe precisa tan solo un puesto de trabajo a tiempo parcial, lo cual supondría imponer mayores cargas laborales de las que conlleva de por sí la transmisión de empresa.

Bien es cierto que, desde el punto de vista de la tutela laboral, sería más ventajoso realizar la totalidad de la jornada para un único empleador, pero recuerda el Tribunal que el objetivo de la Directiva no es otorgar una posición más privilegiada al trabajador, sino evitar que empeoren las condiciones de trabajo como consecuencia de la transmisión. En este sentido, debe partirse de la realidad fáctica de que la trabajadora ya prestaba servicios en diferentes centros de trabajo, por lo que pasar ahora a realizar sus funciones en uno solo constituiría una mejora. Ahora bien, no desconoce que el hecho de tener dos empleadores puede tener ciertas «repercusiones prácticas» que se traduzcan en un perjuicio para la trabajadora deteriorando sus condiciones laborales (dificultad para compatibilizar horarios, vacaciones, etc.). En este caso, así como cuando la división del contrato no fuese posible, podrá acordarse la resolución del contrato de trabajo imputando los efectos a los cesionarios, por haber supuesto la transmisión una modificación sustancial de las condiciones de trabajo perjudicial, aunque la resolución se produzca a instancias de la propia trabajadora. Corresponde al órgano judicial nacional verificar si es imposible tal división o si la misma ocasiona un perjuicio⁴¹.

C) En sede nacional la jurisprudencia también viene entendiendo que la subrogación afecta únicamente a la parte de la plantilla que está adscrita al servicio o contrata, o de forma más general a la unidad o parte de la empresa transmitida⁴². Sin embargo, la casuística ha sido más rica que

⁴⁰ Como se desprende de la información que consta en las conclusiones del Abogado General pero no en la sentencia, en el derecho belga la jornada de trabajo semanal a tiempo parcial no puede ser inferior a un tercio de la jornada de trabajo semanal a tiempo completo. En este sentido, si se atiende al tiempo de trabajo dedicado por la trabajadora en los distintos centros el reparto del contrato de trabajo entre las dos empresas cesionarias sería 85-15%, mientras que si se toma en consideración el valor económico de los lotes sería 66-34% (ap. 25, 62 y 63).

⁴¹ Se apunta que en asuntos no judicializados la facultad podría corresponder al trabajador aunque nada diga el TJUE. Véase: A. VICENTE PALACIO, “Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario”, cit., p. 6/11 pdf descargado.

⁴² STS de 25 de febrero 1988, en relación a la adscripción del servicio de cafetería restaurante del Banco de España; SSTS de 17 de julio de 1998, rec. 4223/97; de 17 de junio de 2015, rec. 1548/14. Recientemente ha habido numerosos pronunciamientos sobre el ámbito de aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas en contratas globales (empresas que externalizan y subcontratan servicios en todos los centros de trabajo que tienen en el territorio nacional). En estos casos, indirectamente se aplica la doctrina de la adscripción, al estimar que el ámbito para

en el ámbito comunitario y ha planteado problemas aplicativos cuyas soluciones han girado en torno a las siguientes ideas⁴³.

a) En primer lugar, una vez sentada la regla general de adscripción específica a la contrata, alineados con la jurisprudencia comunitaria, los tribunales internos estiman que los trabajadores que desarrollan su actividad en servicios comunes o departamentos centrales de la empresa, permanecerán con el cedente⁴⁴, aunque formalmente estén adscritos a la contrata o concesión⁴⁵. El análisis de la adscripción debe ser objetivo y no formal para evitar situaciones de fraude⁴⁶.

b) En segundo lugar, por lo que respecta a los casos de adscripción múltiple a diferentes contrataciones o concesiones las respuestas jurisprudenciales han transitado diferentes caminos en función de las circunstancias concurrentes. Así, por un lado, el Tribunal Supremo ha estimado que la indeterminación y el desconocimiento de los trabajadores que efectivamente estaban adscritos al servicio deja sin efecto el mecanismo de la subrogación, debiendo permanecer con el cedente que puede proceder a la extinción contractual tras la pérdida de la actividad⁴⁷.

computar cuando el nuevo empresario asume una parte esencial de la plantilla es el servicio o contrata concreta en el que se produce el cambio de contratista. Entre otras muchas: SSTS de 13 de noviembre de 2013, rec. 1334/12; de 9 de julio de 2014, rec. 1201/13; de 9 de diciembre de 2014, rec. 109/14 y de 12 de marzo de 2015, rec. 1480/14.

⁴³Siguiendo a L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 221-226; T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, "Los problemas laborales de la sucesión de contrataciones", en Ángel Blasco Pellicer (coord.) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 401-403; L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, cit., pp. 82-85.

⁴⁴ Así lo estimaba ya el extinto Tribunal Central de Trabajo: STCT de 17 de diciembre de 1973, RTCT 1973/5253, en las que el trabajador desempeñaba su cometido como administrativo en las oficinas de la empresa; STCT de 29 de enero de 1985, RTCT 1985/500, en la que el trabajador no desarrollaba el trabajo en exclusiva en la finca arrendada sino también para otros negocios del cedente. Y en el mismo sentido el Tribunal Supremo: STS de 30 de octubre de 1987, en la que el trabajador trabajaba en la "oficinas centrales", por lo que no estaba adscrito al centro al que afectaba la concesión de RENFE; STS de 9 de octubre de 1988, en la que los trabajadores realizaban funciones de vigilante y recepcionista en un complejo hotelero atendiendo no solo a la unidad productiva transmitida (apartamentos turísticos), sino también a otros edificios no cedidos.

Con mayor detalle, véase: L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 222.

⁴⁵ STS de 27 de diciembre de 1989, aunque el trabajador constaba como adscrito a la concesión administrativa su actividad se desarrollaba en el área de servicios generales en beneficio de más centros de trabajo además del afectado por la pérdida de la concesión.

⁴⁶ E. ÁVILA CANO, "La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua", en AA.VV. (Dir. Eulalio Ávila Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019, p. 227.

⁴⁷ STS de 26 de enero de 1988, respecto al servicio de limpieza y conservación de alcantarillados concesionado por un Ayuntamiento, en el que el término municipal se encontraba dividido en 3 zonas, una de las cuales es adjudicada a una nueva concesionaria, el Tribunal determina que "no se ha acreditado por parte de la empresa CYCSA, una adscripción individual ni en conjunto de los trabajadores, ni a cada una de las dos Áreas en que anteriormente estaba dividido Madrid ni a cada una de las tres zonas en que actualmente está a efectos de su limpieza y conservación; y no cabe afirmar que la subrogación se produce ex post de la nueva adjudicación de la contrata mediante cálculos de proporcionalidad [...] aparece que tanto la determinación del número como la designación de los trabajadores afectados, se verifica unilateralmente, sin ninguna intervención de la empresa a la que se les pretende adjudicar [...] ello le supondría un claro obstáculo a participar en la licitación, al verse imposibilitado en la generalidad de los casos a efectuar una previsión mínimamente fiable de los costes laborales". En el mismo sentido, la doctrina judicial SSTSJ Islas Baleares de 23 de septiembre de 1994, stc. 303/1994; de 27 de octubre de 1994, stc. 357/1994; de 10 de enero de 1995, stc. 7/1995, todas sobre contrataciones de limpieza de aviones e instalaciones aeroportuarias en

c) Por otro lado, cuando los trabajadores no están adscritos con exclusividad pero no es del todo indeterminable la forma o proporción en la que prestan sus servicios⁴⁸, las respuestas jurisprudenciales han variado a lo largo del tiempo. En un primer momento negaba la subrogación a aquellos empleados no adscritos con exclusividad⁴⁹, pero posteriormente admitió la posibilidad de subrogación parcial en el contrato del trabajador afectado en igual proporción a la fracción de jornada realizada en el centro o unidad productiva que cambia de prestador, y manteniendo el resto con el empresario saliente⁵⁰; o, en el caso de que el empresario cedente pierda la concesión y sea adjudicada a dos nuevas empresas a causa de la división del objeto de la contrata, la jornada se distribuirá a proporción del tiempo de trabajo prestado por el trabajador en cada servicio⁵¹. En cualquier caso, la subrogación “*determina el nacimiento sobrevenido de una situación de pluriempleo y una modificación automática de las condiciones de trabajo*”⁵².

Debe advertirse que esta respuesta judicial se aplica principalmente a supuestos de subrogación convencional en los que se prevé la subrogación parcial en las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en la negociación colectiva, aunque en algún supuesto los tribunales han declarado la extrapolabilidad de la solución también cuando la subrogación viene gobernada por el artículo 44 ET⁵³. Y, no obstante, teniendo presente que la subrogación por convenio precipitará la sucesión *ope legis* por aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas la solución no será diferente. Con todo, la subrogación inicialmente se regirá por las reglas determinadas en la norma pactada, tanto en lo que se refiere a los requisitos para que opere –

las que la contratista “*tenía calculado que la actividad de limpieza de aviones de “Spanair” ocupaba un 8% de la total de la empresa*” pero el personal realizaba “*las funciones de limpieza e interiorismo aeronáutico rotativamente sin asignar personal concreto a ninguna compañía aérea*”. O las SSTSJ Islas Baleares de 25 de abril de 1991, AS 1991/2825, en los que el personal prestaba servicios de forma rotativa quincenal en diversos sectores del Puerto para Real Club Náutico de Palma de Mallorca que adjudica posteriormente la gestión del varadero a otra empresa.

⁴⁸ En el ATS de 13 de septiembre de 2017, rec. 3812/16 no se aprecia contradicción con la sentencia de contraste (la posteriormente citada STS de 18 de septiembre de 2000, rec. 2281/99) y, por tanto, confirma el pronunciamiento de la sentencia recurrida (STSJ Navarra de 23 de septiembre de 2016, rec. 389/16) que declara el derecho a permanencia de la trabajadora con la empresa cedente, a pesar de haberse transmitido a la nueva contratista un 60% de la actividad, porque la trabajadora, vigilante de seguridad, había prestado servicios en diversos centros de forma irregular, sin acreditar un parámetro uniforme de asignación al servicio en concreto, habiendo estado asignados también otros trabajadores en esa contrata. En similar sentido, la STSJ Cantabria de 18 de junio de 2019, rec. 409/19; Andalucía, Granada, de 30 de mayo de 2018, rec. 2843/18.

⁴⁹ Son un ejemplo de este periodo la STS de 27 de junio de 1983, niega la subrogación porque no están adscritos con exclusividad a la concesión ferroviaria de removido de mercancías, sino que desempeñan sus funciones en los diversos negocios y contrata del primer titular. O, la STS de 19 de mayo de 1987, que entiende que solo los trabajadores de una empresa de limpieza adscritos exclusivamente al servicio de un determinado cliente están afectados y garantizados por la subrogación, pero no aquellos que hayan trabajado para otros centros distintos.

⁵⁰ STS de 18 de septiembre de 2000, rec. 2281/99, subrogándose la nueva contratista en el 85% de la jornada realizada por el trabajador en el centro objeto de la subrogación y condenando a la empresa saliente a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que tenía pero sólo en el porcentaje del 15% que venía manteniendo. Más recientemente, reitera esta doctrina, la STSJ Asturias de 26 de noviembre de 2019, rec. 2027/19.

⁵¹ STS de 19 de diciembre de 2012, rec. 3779/11, sobre la sucesión entre un cedente y dos cesionarios a consecuencia de una separación de lotes del servicio de vigilancia de instalaciones públicas autonómicas.

⁵² Cfr. M. CUENCA ALARCÓN, “Los efectos jurídicos de la subrogación ex convenio en supuestos de sucesión de contratistas (comentario a la STS 4ª 7 de abril de 2000)”, cit., p. 6/7 pdf descargado.

⁵³ STSJ Islas Baleares de 10 de enero de 1995, stc.º 7/1995.

siendo el tiempo de adscripción uno muy recurrente⁵⁴–, como en sus efectos –pudiendo ordenar la subrogación parcial o no⁵⁵–. De modo que puede ser que el trabajador no cumpla los requisitos subjetivos que impone el convenio o que la empresa adjudicataria no quede obligada por no producirse la transmisión de la actividad en los términos exigidos por el convenio⁵⁶. En tal caso, el empresario cedente podrá proceder a realizar una modificación sustancial de condiciones de trabajo reduciendo la jornada del trabajador en el mismo porcentaje que tuviera adscrita a la contrata perdida, lo que no constituye en ningún caso un “despido parcial”⁵⁷. Esto es, si no se produce la subrogación convencional con el nuevo cesionario el contrato se mantiene con el contratista saliente, que puede reducir su jornada acogándose al artículo 41 ET⁵⁸, siempre y cuando la reducción no suponga el paso de un contrato a tiempo completo a uno a tiempo parcial que requerirá del consentimiento del trabajador (art. 12.4.e ET)⁵⁹. Si, en cambio, procede la subrogación pero el nuevo empresario se niega a admitir al trabajador, este podrá accionar contra aquel por despido.

d) Y en fin, queda solventar qué ocurre con aquellas situaciones en las que la empresa cedente sobredimensiona la plantilla en momentos cercanos al cambio de titularidad de la actividad⁶⁰, para sanear su plantilla o deshacerse de aquellos trabajadores menos «rentables» haciendo un «regalo envenenado» a la nueva contratista o a la principal que reasume el servicio⁶¹.

La doctrina científica ha señalado que los movimientos de plantilla cronológicamente anteriores a la sucesión deben analizarse con cuidado, pudiendo declararse la existencia de fraude de ley por parte del contratista saliente⁶². No obstante, los convenios colectivos suelen contener

⁵⁴ O, incluso, un mínimo de la jornada adscrita al servicio para que no se considere “adscripción residual”. Véase STSJ Andalucía, Sevilla, de 19 de septiembre de 2019, rec. 2220/18, sobre el servicio de transporte escolar de centros docentes adjudicado por la Consejería de Educación.

⁵⁵ STS de 15 de enero de 2007, rec. 2920/05.

⁵⁶ Por ejemplo, la STS de 30 de noviembre de 2015, rec. 196/13 contempla un supuesto en el que el convenio aplicable a las empresas de *handling* establece como requisito para la subrogación del personal que la sucesión en un porcentaje de actividad se acompañe con un determinado número de aviones afectos a la actividad, para lo cual la propia cláusula establece reglas para el cálculo.

⁵⁷ STS de 7 de abril de 2000, rec. 1746/99, “la decisión de la empresa de reducir la jornada de la recurrente en doce horas semanales, pudo constituir, como se ha dicho, una modificación sustancial de condiciones de trabajo, pero en modo alguno un despido al no producirse manifestación expresa o tácita en tal sentido y, por el contrario, mantenerse viva, aunque modificada, la relación de trabajo existente entre la trabajadora y la empresa”. En el mismo sentido, STS de 24 de noviembre de 2000, rec. 1417/00. Más recientemente, la doctrina judicial: SSTSJ Cataluña de 14 de abril de 2011, rec. 2271/10; de 14 de febrero de 2012, rec.3925/11.

⁵⁸ Como ocurre en la STSJ País Vasco de 5 de febrero de 2019, rec. 109/19.

⁵⁹ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 18 de marzo de 2015, rec. 31/15, firme tras descartarse la contradicción necesaria para la unificación de doctrina por el ATS de 13 de enero de 2016, rec. 1560/15. Aunque en algún caso se ha dado una solución diversa: STS de 7 de octubre de 2011, rec. 144/11.

Aunque esta posibilidad de reducir la jornada por la vía del artículo 41 ET tampoco parece clara de acuerdo con la doctrina más reciente. Véase: J. A. ALTÉS TÁRREGA, “El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad”, *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, n.º 2, 2019, pp. 570-573.

⁶⁰ L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 190 y ss. y 224 y ss.

⁶¹ L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 85.

⁶² T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, cit., p. 402.

previsiones específicas en sus cláusulas de subrogación que establecen cautelas para impedir que esto ocurra, como imponer un tiempo mínimo de adscripción previo a la pérdida de la contrata.

Por su parte, en el ámbito de la contratación pública estas maniobras abusivas o fraudulentas por parte de la empresa saliente van a resultar más difíciles de desarrollar por cuanto que el órgano de contratación puede exigir la adscripción al contrato de los medios personales que considere oportunos para su ejecución –atendiendo a criterios de razonabilidad, justificación y proporcionalidad–, integrándose en el pliego o documento contractual la información relativa a los trabajadores que quedan adscritos al servicio que adquirirá el carácter de obligación esencial para su cumplimiento y puede comportar penalidades en el caso contrario (art. 76.2 LCSP). Y, además, se trata de información que debe proporcionarse en caso de subrogación de forma más detallada a efectos de que se puedan evaluar costes laborales en caso de nueva adjudicación (art. 130 LCSP). En estos casos, la Administración mantiene ciertas facultades de fiscalización y cuenta con información sobre el número de efectivos adscritos que impiden el ejercicio de las maniobras abusivas a las que se hace referencia. La información que obre a favor de la Administración puede ser aun más detallada cuando entre los criterios de adjudicación del contrato se incluyan aspectos medioambientales y sociales que permitan valorar, entre otros, la experiencia y cualificación de los medios personales adscritos al servicio (art. 145 LCSP).

IV. LAS EXTINCIONES CONTRACTUALES PREVIAS A LA REVERSIÓN DEL SERVICIO EXTERNALIZADO

Para que la subrogación opere es requisito indispensable que la relación laboral se encuentre vigente o, dicho de otro modo, que no esté ya extinguida. En palabras del Tribunal Supremo “*tal mecanismo de garantía no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una válida extinción del contrato de trabajo en base a una causa prevista en la ley*”⁶³. En este orden de cosas, el Tribunal Supremo parece equiparar la «válida extinción» con las «causas legalmente previstas» para la extinción del contrato⁶⁴, esto es, con el «*numerus clausus*» del artículo 49.1 ET. Evidentemente, algunas de ellas tendrán una mayor virtualidad que otras ante los fenómenos de transmisión de empresas y más concretamente en la reversión de contrata⁶⁵.

La STS de 14 de marzo de 2005 (rec. 6/04) ha determinado que pueden producirse actuaciones fraudulentas que establezcan condiciones de trabajo superiores con la única finalidad de gravar al empresario entrante o de dificultar las ofertas competitivas al vencimiento de la concesión o contrata. La doctrina ha entendido esta doctrina aplicable al supuesto de sobredimensionamiento. Véase: L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrata*, cit., p. 85; E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 231.

⁶³ STS de 20 de enero de 1997, rec. 687/96.

⁶⁴ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude [Ref. BIB 2015/1137]”, *Revista de información laboral*, n.º 4, 2015, p. 2/5, fecha de consulta 19 febrero 2016, en la BD Aranzadi Insignis.

⁶⁵ R. ROQUETA BUJ señala cuatro causas de extinción factibles: extinción de la personalidad jurídica del empresario, fuerza mayor, despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y causas objetivas (apartados g), h), i) y l) del art. 49.1 ET (*El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 178).

Sin embargo, el principio de subrogación automática e imperativa que se desprende de la norma requiere que esta garantía deba primar sobre la voluntad de las partes para no privarla de eficacia real, no siendo admisibles excepciones. Tal y como ha manifestado el tribunal de Luxemburgo, *“la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores, con la única excepción, en lo relativo a estos últimos, de la posibilidad que tienen de no continuar después de la transmisión de la empresa la relación laboral con el nuevo empresario, si así lo deciden libremente”*⁶⁶.

Conjugando ambos principios, será necesario ponderar el juego de la causa de extinción del contrato con la existencia de una sucesión empresarial, pues ni la continuación de la prestación se dará en todos los casos⁶⁷ al no poder obligar al trabajador a que continúe al servicio del cesionario ni impedir que el empresario extinga los contratos de trabajo por otras causas, ni la regla de la extinción válida de la relación laboral puede conducir a planteamientos excesivamente formalistas que impidan la efectividad del principio subrogatorio⁶⁸.

No se pretende en este apartado analizar exhaustivamente todas las causas extintivas contenidas en el artículo 49 ET, sino solo aquellas que pueden impedir el principio de subrogación y en la continuidad de las relaciones laborales, por cuanto que concurre la voluntad de las partes, en especial, la del empresario. Además, se tratará la causa relacionada con la terminación de los contratos temporales, habida cuenta de la especial relevancia que tiene el contrato de obra o servicio determinado en las contrataciones y concesiones públicas de obras y servicios.

1. El alcance de las facultades extintivas del contratista público y el significado de la prohibición de despedir del cedente

El artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE anuncia una prohibición de despedir que tiene carácter bilateral y que representa la máxima expresión del carácter imperativo de la norma. Así las cosas, la sucesión de empresa no puede constituir un motivo de despido para los empresarios cedente y cesionario. La doctrina científica viene resaltando desde hace tiempo que tanto si el cesionario se niega a admitir a los trabajadores contratados por el empresario cedente ante el juego del artículo 44 ET como si este último extingue las relaciones laborales antes para evitar la

⁶⁶ STJUE de 25 de julio de 1991, *D'Urso*, asunto C-362/89, ap. 11.

⁶⁷ Tal y como se afirma en la STSJ País Vasco de 22 de noviembre de 2011, rec. 2226/11, *“conviene precisar que ese efecto subrogatorio de la sucesión no supone el blindaje del contrato de trabajo, impidiendo su extinción si es que concurre alguna de las causas previstas en nuestro ordenamiento jurídico a tal fin, sino que simplemente revela que la sucesión no es, en sí misma, causa extintiva”*.

⁶⁸ L. M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 62, con una crítica muy razonable a la STS de 20 de enero de 1996, R.J. 115, que declara válida la extinción previa a la transmisión del contrato de obra y servicio por haber recibido el abono de la correspondiente liquidación y firmado el trabajador el pertinente finiquito, circunstancia que no se había producido en las sentencias de contraste, considerando esta circunstancia una diferencia sustancial, *“por cuanto que el finiquito incide de modo manifiesto en la extinción del contrato de trabajo, y si el contrato se extinguió antes de iniciar su actividad la segunda concesionaria, ésta no tiene obligación de incorporar al interesado en su plantilla”*.

subrogación, la finalización de la relación laboral será equiparable al despido improcedente o nulo según las circunstancias concurrentes⁶⁹. Evidentemente, no puede prosperar un procedimiento de despido en el que formalmente se alegue como causa la transmisión en sí misma, así como la legislación laboral nacional tampoco podría prever una causa de resolución del contrato basada en el cambio de titularidad de la empresa porque sería contraria a la disposición comunitaria⁷⁰. De la misma manera, cualquier pacto entre empresarios por el cual el cedente adquiriera el compromiso de transmitir la empresa sin personal para evitar la subrogación, carecerá de eficacia frente a los trabajadores, sin perjuicio de los efectos que pueda desplegar en la relación interempresarial⁷¹.

Sin embargo, lo que prohíbe la legislación en materia de sucesión de empresas es que la causa del despido sea única y exclusivamente la transmisión, pero nada obsta a que se realice atendiendo a otras causas. El artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE aclara el alcance causal de tal prohibición al establecer que la “*disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo*”. Por su parte, el artículo 44 ET no contiene una previsión equivalente, pero sí que hace referencia a que el cambio de titularidad no extinguirá «por sí mismo» la relación laboral, por lo que *a contrario sensu* se entiende que no impide el juego de las diferentes causas de despido. En síntesis, la normativa sucesoria no supone un plus de estabilidad en el empleo, ni provoca un reforzamiento de los derechos laborales, ni una garantía absoluta de continuidad, sino que trata de evitar que se perjudique al trabajador por el mero hecho de la transmisión al ordenar que la

⁶⁹ I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 99 y ss.; “*Parece obvio que el hecho de la transmisión no puede ser alegado por cualquiera de los sujetos o las partes de la relación como justificado motivo que autorice la terminación de los contratos de trabajo*”. En el concreto caso del cesionario que se niegue a admitir a los trabajadores, la negativa equivaldría a un despido *ad nutum*. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 339 y ss. Más recientemente, en el mismo sentido: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 87.

⁷⁰ Y en el ámbito normativo interno la sucesión de empresa no encaja en ninguna de las causas previstas por el artículo 49 ET (I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 96).

⁷¹ L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 238. Afirma el autor que únicamente tendría validez estos pactos cuando tuvieran un valor puramente declarativo, celebrados a propósito de negocios que no constituyen sucesión de empresa. En este sentido, la STS de 16 de febrero de 1987. La STSJ Comunidad Valenciana de 28 de julio de 1995, rec. 1774/94, por su parte, con abundante cita de jurisprudencia anterior, declara que “*si bien estas cláusulas contractuales que permiten que el objeto del arrendamiento sea devuelto al arrendador «libre de personal» son válidas en los supuestos de arrendamientos de local de negocio, como reitera la doctrina jurisprudencial (Tribunal Supremo Sentencia de 4 marzo 1986 y Tribunal Central de Trabajo de 18 julio 1983 y 25 octubre 1984) ya que al término del arrendamiento del local no surge compromiso laboral alguno para el propietario, ni eventualmente para un segundo arrendatario (Tribunal Supremo Sentencias de 29 marzo 1985, 13 junio 1985, 30 octubre 1986, 11 diciembre 1986 y 2 febrero 1988) no resultan válidas en el arrendamiento de empresa o en el de industria o negocio, pues en estos supuestos opera el artículo 44.1 del Estatuto [...] por lo que siendo esta regulación legal indisponible, incluso para las partes en el contrato de trabajo, al tratarse de una norma de orden público, de naturaleza imperativa, que constituye una firme garantía de la estabilidad del trabajador en el puesto de trabajo, por ello su admisión debe entenderse nula de pleno derecho en base a lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil que prohíbe los pactos, cláusulas y condiciones contrarios a las leyes y al artículo 6.2 del Código Civil que dispone que la exclusión voluntaria de la ley aplicada y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidos cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”. Más recientemente, en este sentido la STSJ Galicia de 11 de abril de 2014, rec. 65/14.

esta no puede ser causa suficiente para finalizar la relación laboral, pero manteniendo íntegros los márgenes de decisión del empresario para acudir a las causas legalmente previstas de despido⁷².

La justicia europea ha avalado esta posibilidad entendiendo, además, que cuando la norma supranacional alude a la posibilidad de realizar despidos por causas objetivas no se está refiriendo únicamente a las facultades del cesionario una vez consumada la operación, sino que también el empresario cedente puede extinguir los contratos antes de traspasar la entidad económica⁷³. Y también los tribunales internos han aceptado como válida la extinción previa a la transmisión de empresa por despido disciplinario, objetivo y colectivo (arts. 49.1.i, k, y l, ET) en los términos previstos en los artículos 51, 52 y 54 ET⁷⁴. En todos estos casos, los contratos quedarán válidamente extinguidos y no operará la subrogación respecto de aquellos trabajadores cuya relación laboral no se encuentre viva en el momento del traspaso. Constituyen un reciente y destacado exponente de esta doctrina las SSTs de 27 de abril de 2016 (3), rec. 329, 335 y 336/15, todas ellas dictadas por el Pleno de la Sala Cuarta.

Ahora bien, todavía cuando la relación laboral se ha extinguido antes de operar la subrogación pueden derivarse consecuencias para la empresa cesionaria fruto de una eventual reclamación judicial del trabajador, que puede incluso determinar la integración del personal adscrito a la contrata en la planta orgánica del ente público que reasume el servicio cuando el órgano judicial los califique como improcedentes o nulos.

No obstante, al determinar los efectos que se imputarán a la empresa que asume la actividad por los despidos previos, deben diferenciarse aquellos que son ajenos al cambio de titularidad de aquellos otros que guardan relación con la sucesión de empresa. Más concretamente, los tribunales nacionales han dado soluciones diferentes según se esté ante uno de los siguientes escenarios: que la extinción contractual nada tenga que ver con la transmisión de empresa, pero una posterior revisión judicial declare la improcedencia o nulidad del despido realizado por el cedente (1.1); que la extinción contractual guarde relación con la sucesión empresarial y el órgano judicial en un posterior examen judicial aprecie una relación de causalidad entre el cambio de titularidad y la resolución contractual que determine la ilegalidad del despido – despido declarado improcedente o nulo a consecuencia de la sucesión– (1.2); o, que además de la relación de causalidad se acredite la existencia de una voluntad empresarial fraudulenta de eludir la subrogación del personal mediante el despido previo (1.3). Por último, se valorará la

⁷² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, cit., p. 14/24 pdf descargado.

⁷³ SSTJUE de 7 de febrero de 1985, *Wendelboe*, asunto C-19/83, ap. 16; de 12 de marzo de 1998, *Dethier Équipement*, asunto C-319/94

⁷⁴ En este sentido también las resoluciones judiciales internas recuerdan que tanto cedente como cesionario pueden acudir a los mecanismos que ofrece la legislación laboral para acomodar el número de trabajadores a las necesidades productivas y organizativas de la empresa (STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 12 de marzo de 2019, rec. 802/18).

respuesta del TJUE para las extinciones contractuales que infrinjan la prohibición de despedir del artículo de la 4.1 Directiva 2001/23/CE y la adecuación de las soluciones nacionales (1.4).

1.1. Despidos ajenos a la sucesión y su incidencia sobre la continuidad de la relación laboral

El empresario cedente conserva intactas sus facultades para extinguir el contrato de trabajo por causas disciplinarias u objetivas, sin que deba considerarse que infringe la prohibición de despedir que establece la norma legal y comunitaria, en tanto en cuanto el motivo por el que se lleve a cabo no guarde relación con el cambio de titularidad de la empresa o se realice con la finalidad de impedir la eficacia de la garantía de la subrogación contractual.

En estos casos, se trata de un «despido anterior» al momento en el que se produce la sucesión de empresa y en el que no se discute si el trabajador debe ser subrogado por el nuevo empresario, sino tan solo si este último debe responder de las obligaciones pendientes de cumplimiento. Se trata de determinar cómo afecta a quien sucede en el desarrollo de una actividad económica la declaración de nulidad o improcedencia de un despido realizado por la empresa sucedida antes del cambio. Más concretamente, interesan ahora aquellos efectos de la declaración que pueden tener incidencia sobre la continuidad del trabajador despedido. Es decir, si la calificación judicial del despido puede acarrear la readmisión del trabajador en la nueva empresa provocando así una «resurrección» de la relación laboral extinguida antes de operar la subrogación.

La STS de 30 de noviembre de 2016 (rec. 825/15), que versa sobre un despido disciplinario realizado varios meses antes de producirse un cambio en la adjudicación del servicio, recuerda la jurisprudencia consolidada al respecto⁷⁵ y sistematiza las reglas que gobiernan estas extinciones.

La primera regla es clara y conocida: no puede operar la subrogación automática de las relaciones laborales cuando ya han sido extinguidas, pues no se cumple el requisito de que deben estar «vivas» para que la garantía despliegue su eficacia. Por tanto, en estos casos la Administración no estaría obligada a subrogar aquellos trabajadores que hubiesen sido despedidos por la contratista saliente, ya que han sido “*válidamente extinguidos con anterioridad al momento en que deba operar la subrogación*”. Al tener el despido en el ordenamiento laboral español carácter constitutivo y producir la resolución del contrato desde su fecha de efectos, tampoco altera esta conclusión que el trabajador haya impugnado la decisión empresarial y la extinción del contrato se encuentre *sub judice* al tiempo de producirse la sucesión.

La segunda regla es que –aun no operando la subrogación contractual– la nueva empresa deberá responder de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad o improcedencia del despido desde el momento en que el artículo 44.3 ET prevé una responsabilidad solidaria por

⁷⁵ SSTS de 15 de julio de 2003 (3), rec. 3442/01, 1878 y 1973/02; de 4 de octubre de 2003, rec. 585/03.

obligaciones laborales anteriores a la transmisión que no hayan sido satisfechas. Así lo ha entendido la doctrina científica que ha defendido que la ineficacia de la subrogación no impide que el cesionario «subentre» en la posición de su predecesor respecto de las deudas nacidas antes de la transmisión y no cumplidas al tiempo de esta. Y es que la subrogación y la responsabilidad solidaria son mecanismos independientes, de manera que el hecho de el despido anterior impida la continuidad no es óbice para que el nuevo titular acceda a los débitos preexistentes⁷⁶.

Y en la misma dirección se ha movido la jurisprudencia reciente. La citada sentencia evidencia que el legislador español, además de prever una garantía de estabilidad en el empleo y responsabilidad respecto de obligaciones contraídas con los trabajadores cedidos, también instruyó una responsabilidad solidaria que abarca todas las deudas laborales anteriores contraídas por el cedente, sin discriminar entre trabajadores subrogados o no subrogados, de modo que los ex trabajadores pueden dirigirse contra el nuevo empresario para hacer efectiva cualquier obligación laboral pendiente de satisfacer por el cedente. Además, precisa que el contenido de dichas obligaciones incluye las derivadas del propio acto extintivo, y que no se agotan con las de naturaleza pecuniaria (indemnizaciones y deudas por salarios), sino que alcanza a todos los efectos de la eventual calificación judicial del despido, incluida la readmisión. Continúa admitiendo el Alto Tribunal que aunque es cierto que el dilatado periodo en el que se puede llevar a cabo la reclamación de responsabilidad provoca que dichas obligaciones *“van a quedar de ordinario circunscritas exclusivamente a las deudas por salario o indemnizaciones, cuando ya se hubieren agotado las posibilidades de rehabilitar la relación laboral en un despido declarado improcedente o nulo, por haber precluido los plazos hábiles para instar u optar por una eventual readmisión que pudiese mantener en vigor el contrato de trabajo”*, es perfectamente posible *“que se dicte con posterioridad a la sucesión la sentencia de despido que condena solidariamente a las dos empresas y abre el plazo para optar por la readmisión, con lo que tal condena solidaria habilitaría a la cesionaria para activar esa facultad de readmitir al trabajador y dar cumplimiento de esta forma a las obligaciones laborales anteriores a la subrogación que no hubiesen sido satisfechas”*.

Así las cosas, tanto en los supuestos en los que se haya declarado la nulidad con readmisión obligatoria, como en aquellos otros en los que se haya optado por la readmisión ante un despido improcedente, la condena solidaria vinculará a ambos empresarios. Nuestros tribunales han optado mayoritariamente por hacer partícipes a ambas empleadoras de todos los efectos de la calificación del despido⁷⁷. Si bien, en ocasiones, se determina que la responsabilidad solidaria alcance únicamente a los efectos económicos del despido y se condena a la empresa entrante en exclusiva la readmisión o, cuando proceda, el ejercicio de la opción entre esta y la indemnización,

⁷⁶ Inspirados en principios diferentes: la estabilidad en el empleo y el reforzamiento de la posición de los acreedores frente a la transmisión de empresa. De esta forma permite proyectar sobre el cesionario deudas derivadas de despidos injustificados, siempre que la acción no esté caducada. Véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 342 y 343.

⁷⁷ Entre otras, SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 17 de enero de 2018, rec. 189/17; de 12 de septiembre de 2019, rec. 2031/18; SSTSJ Asturias de 22 de marzo de 2018, rec. 137/18; de 8 de mayo de 2018, rec. 670/18; STSJ Madrid de 5 de febrero de 2019, rec. 1222/18.

sobre la premisa de que solo puede optar quien puede cumplir con la obligación de modo efectivo⁷⁸. Por ejemplo, en la STSJ Castilla-La Mancha de 4 de noviembre de 2004 (rec. 1273/04), sobre un supuesto de asunción directa por el Ayuntamiento del servicio de piso tutelado, la contratista recurre contra la sentencia de instancia que condenó solidariamente a ambas entidades y el tribunal estima el recurso arguyendo la imposibilidad de que ambas empresas ejerciten la opción, lo que podría dar lugar a elecciones contradictorias o al absurdo de que la elección que ejercite una de ellas pueda vincular a quien deba cumplirla.

Cuando proceda la readmisión, de acuerdo con la interpretación apuntada, la continuidad de la relación laboral no se produce por el mecanismo de la subrogación del nuevo empresario en el vínculo contractual previsto en el art. 44.1 ET, sino por la regla de la extensión de la responsabilidad al cesionario contenida en el art. 44.3 ET. En contraposición, la doctrina científica explica esta consecuencia basándose tanto en el mecanismo de la responsabilidad solidaria como en el de la subrogación universal en los derechos y obligaciones, pues el cesionario se subroga en los procesos judiciales por despido realizados por el cedente, debiendo asumir las consecuencias que pudieran derivarse de los mismos. Más concretamente, se produce una sucesión procesal en situación de litisconsorcio por mor de la responsabilidad solidaria⁷⁹. Es decir, la sucesión procesal actúa de forma diferente, ya que no se lleva a cabo con todas sus consecuencias lo que implicaría la sustitución del antiguo empresario por el nuevo como parte en los procesos judiciales iniciados contra él. En este caso, la regla de la responsabilidad solidaria permite que el cedente no sea sustituido y quede desvinculado, sino que continúen ambos como parte con legitimación pasiva en el proceso⁸⁰. La forma en la que se materializa diferirá dependiendo del momento procesal en que se produzca la sucesión de empresa.

En conclusión, la Administración cesionaria puede verse obligada a reincorporar a trabajadores de la empresa que venía gestionando el servicio externalizado, aun cuando aquellos hayan sido despedidos previamente y –por tanto– no subrogados. La responsabilidad será en régimen de solidaridad junto con contratista, aunque la obligación de readmisión puede recaer en exclusiva sobre el ente comitente. Ahora bien, respecto de las obligaciones económicas este último podrá ejercitar una acción de regreso pues, como también recuerda la STS de 30 de noviembre de 2016, *“la responsabilidad solidaria que aquí se trata no significa que el sucesor deba responder por unas deudas ajenas sin más, sino que responderá sin perjuicio de poder reclamarlas al*

⁷⁸ STSJ Castilla-La Mancha de 4 de julio de 1997, rec. 741/97. En el mismo sentido, STSJ Islas Canarias de 30 de octubre de 2008, rec. 129/06. En el caso de la STSJ Galicia de 28 de octubre de 2019, rec. 971/19, se condena en exclusiva a la empresa saliente a abonar los salarios de tramitación desde la fecha en que se produce la sucesión por nueva adjudicación del servicio de atención domiciliaria municipal de un despido disciplinario nulo realizado 6 meses antes, debido al retraso injustificado en cumplir los requisitos expuestos en la norma pactada. Igualmente, la SJS n.º 2 Salamanca de 22 de noviembre de 2019, proc. 701/19, que examina un supuesto de reversión de servicio municipal extiende la condena solidaria a ambas empresas, pero el ejercicio de la opción al Ayuntamiento cesionario.

⁷⁹ L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 185.

⁸⁰ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 288; J. VEGA LÓPEZ, “Ampliación al empresario cesionario mediante el procedimiento incidental del art. 236 LPL. Extensión de la ejecución a sujetos que no han sido parte en el proceso declarativo”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, n.º 809, 1998, pp. 3/5 pdf descargado el 30-06-19 de la BD Lefebvre-El Derecho (EDC 1998/1000018).

verdadero deudor”. Porque en estos casos se parte de la premisa de que el deudor es el empresario cedente que despidió ilegalmente, sin que quepa apreciar la misma participación en el despido por el cesionario, ya que es anterior al cambio de titularidad y no tiene conexión con el mismo. Como expresa el Alto Tribunal, “*se trata en definitiva de un problema relacionado con los efectos de una sucesión empresarial, no de si hubo o no sucesión*”⁸¹. Por tanto, si no se discute la subrogación es que no existen dudas de que el despido no se ha producido como consecuencia de la misma. La respuesta judicial será diferente cuando se debata judicialmente si hubo transmisión de empresa y si el contrato de trabajo no debió extinguirse, incumplándose un mandato legal o convencional de subrogación empresarial existente.

1.2. Despidos ilegales a consecuencia de la posterior sucesión de empresa

A diferencia de los supuestos anteriores en los que se condena solidariamente a cedente y cesionaria por despidos acometidos por la primera antes del traspaso, la jurisprudencia imputa la responsabilidad exclusivamente a la cesionaria –sin condenar a la empresa cedente–, por las consecuencias de un despido que no debería haberse realizado por ser de obligado cumplimiento un deber de subrogación. Y ello, con independencia de que el trabajador haya sido formalmente despedido por la empresa saliente o que no haya sido subrogado por la entrante.

1.2.1. La responsabilidad exclusiva de la empresa cesionaria

Es ilustrativa la STS de 12 de julio de 2007 (rec. 2336/06) que, en unificación de doctrina, delimita quién debe asumir las consecuencias de la calificación judicial del despido llevado a cabo por finalización de una concesión administrativa justo antes de operar la transmisión⁸². El Tribunal Supremo sostiene que la condena por el despido no debe encuadrarse en la responsabilidad solidaria que permitiría extender sus efectos a ambas empresas, ya que la solidaridad *ex lege* del tercer apartado del artículo 44 ET es por las obligaciones laborales nacidas «con anterioridad a la transmisión» y que no hubiesen sido satisfechas, mientras que cuando se discute judicialmente la validez del acto extintivo precisamente por su conexión con la transmisión, las obligaciones surgen con «posterioridad» y a «consecuencia del traspaso», pues nacen con la sentencia condenatoria que califica el despido como improcedente o nulo. En este sentido solo podrían resultar

⁸¹ “*En cualquier caso, lo que en estos autos se ha discutido no es si se ha producido la sustitución de una empresa por otra con todos los efectos derivados de la sucesión... ni si el trabajador reclamante tiene derecho a pasar de la empresa anterior a la nueva después de extinguido su contrato de trabajo -pues se parte de la base de que la relación laboral entre demandante y empresa cedente se extinguió antes de la transmisión-. Lo que aquí se discute, como antes se indicó, es si el art. 44 ET permite ser interpretado en el sentido de entender que de la transmisión de empresas se deriva una responsabilidad solidaria de ambas con respecto a las deudas laborales preexistentes a la transmisión respecto de un trabajador no cedido*” (STS de 30 de noviembre de 2016, rec. 825/15).

⁸² Aunque hay sentencias anteriores con igual pronunciamiento (STS de 16 de enero de 1990). En similares términos se expresa la STSJ Galicia de 1 de septiembre de 2005, rec. 2382/05, sobre la reversión de un servicio de guardería (con cita de la STSJ Galicia de 30 de julio de 2002, rec. 2746/02).

Su doctrina es reiterada por las posteriores SSTS de 19 de septiembre de 2007, rec. 2146/06; y de 21 de diciembre de 2007, rec. 2891/06. Más recientemente, se recuerda expresamente la aplicabilidad de esta línea doctrinal en la STSJ Andalucía, Granada, de 21 de marzo de 2019, rec. 2492/18. En el mismo sentido, de condena solo a la cesionaria: SSTS de 8 de enero de 2019, rec. 2833/18; de 5 de marzo de 2019, rec. 2892/18, entre otras.

encontrables en el ámbito de la responsabilidad solidaria si la sucesión fuese declarada delito, pues se trata de obligaciones nacidas con posterioridad a la sucesión⁸³. Por consiguiente, dejando a un lado las sucesiones de empresa delictivas, estima que el único responsable de la extinción del contrato será el empresario cesionario que no subrogó al trabajador cuando por aplicación del artículo 44 ET se debería haber convertido automáticamente en su empleador, mientras que la empresa cedente quedará absuelta de la condena⁸⁴.

A mi juicio, según esta línea jurisprudencial, la obligación de readmisión de un despido que no debía haberse realizado se fundamenta en el artículo 44.1 ET y la obligación de subrogación universal en él contenida. Sin embargo, no altera la realidad de que el vínculo contractual también se considere ya extinguido, por lo que la condena implicará, en la mayoría de ocasiones y salvo que concurra causa de nulidad, un derecho de opción de la empresa cesionaria entre la readmisión y la extinción indemnizada que se concretará en no pocas veces en esta última. Es difícil determinar con precisión cuál es la diferencia de la fundamentación jurídica entre los efectos atribuidos a la subrogación por esta línea doctrinal y la contenida en las antes citadas SSTs de 27 de abril y de 30 de noviembre de 2016, y que entienden que la relación laboral está muerta tras producirse un despido –aunque sea ilícito– y por tanto no puede operar la subrogación contractual. A mi juicio, ambas son compatibles y la clave está en diferenciar –tal y como sostiene VALDÉS DAL-RÉ– que la sucesión de empresa contiene un principio general de subrogación y una manifestación específica en materia de vínculo contractual (ambos con base en el art. 44.1 ET), y cuya diferenciación se aprecia más en la norma comunitaria que la interna⁸⁵. Estando vigente la relación laboral, su transmisión operaría por la previsión específica que se acompaña de una prohibición de despedir, mientras que en estos casos ahora analizados en los que la relación laboral ya se ha extinguido, se fundamentaría jurídicamente en el principio general de subrogación, por el cual el nuevo empresario asume las obligaciones del anterior.

Con todo, a mi parecer, una condena más equitativa para ambas empresas y a la vez tuitiva para los trabajadores debería mantener la responsabilidad de la empresa cedente, al menos, respecto de los efectos económicos del despido de modo que el trabajador pueda dirigirse frente a ambas para su cumplimiento y, en su caso, la cesionaria pueda ejercer una acción de regreso contra la cedente por la parte de la deuda asumida. Pero esta posibilidad no es congruente con la

⁸³ Por el contrario, no es aplicable para determinar las consecuencias del despido en estos casos la doctrina contenida en las SSTs de 15 de julio de 2003 (3), rec. 3342/01, 1878 y 1973/02, citadas por la anteriormente analizada STS de 30 de noviembre de 2016 para delimitar el alcance material de la responsabilidad solidaria

⁸⁴ Con todo, aunque es la postura mayoritaria no faltan casos en los que a pesar de estar el despido y la transmisión relacionados, se condena solidariamente a ambas empresas. Por ejemplo, en supuestos de reversión de actividades públicas, la STSJ Extremadura de 2 de octubre de 2014, rec. 371/04, que determina que “*habiéndose producido el fenómeno de la sucesión, el contrato de trabajo de la demandante no se podía extinguir por el cambio de gestora de la residencia donde trabajaba, con lo que se ha producido su despido que, al carecer de causa válida ha de considerarse improcedente, a tenor del art. 108.1 LJS, con las consecuencias establecidas en el 110.1 de la misma ley y el 56 ET, de las cuales han de responder solidariamente tanto el Ayuntamiento como la nueva empresa gestora de la residencia, a tenor del art. 44ET*”.

⁸⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 65.

interpretación jurisprudencial que en la actualidad se hace de la responsabilidad solidaria que sirve sobre todo para extender la responsabilidad al nuevo empresario y no para mantener la obligación de responder del cedente de las deudas causadas por él mismo antes del traspaso.

1.2.2. *La irrelevancia del acto formal del despido realizado por la cedente*

Según la situación descrita será la Administración cesionaria la que soporte las consecuencias del despido, mientras que la contratista cedente quedará absuelta de la condena en la sentencia declarativa. Esta responsabilidad exclusiva se dará cuando la contratista saliente despida formalmente a la plantilla⁸⁶, pero también en los casos en los que la Administración entrante se niegue a subrogar sin que medie un acto formal de despido⁸⁷. Lo relevante en ambos supuestos es que se dirime en el proceso judicial por despido si es ajustado a derecho o no por su relación con la subrogación, por lo que no se considera una obligación anterior encuadrable en la responsabilidad solidaria y, ante este estado de cosas, los tribunales han optado por condenar únicamente a quien debió asumir su posición de empleador⁸⁸.

Como recuerda la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 30 de junio de 2014 (rec. 319/14), *“desde antiguo ha resaltado la jurisprudencia que la noción de despido comprende toda extinción*

⁸⁶ STS de 4 de julio de 2018, rec. 2609/17, sobre la reversión del servicio de limpieza viaria y recogida de residuos al Ayuntamiento de Lora del Río. También se condena únicamente a la Administración sucesora: al Servicio Vasco de Salud-Osakidetza por las consecuencias del despido colectivo improcedente por causas organizativas y productivas a la finalización de la concesión (SSTSJ País Vasco de 27 de junio de 2017, rec. 1289/17; de 4 de julio de 2017, rec. 1370/17; de 18 de julio de 2017, rec. 1386/17; de 12 de julio de 2017 (2), rec. 1487 y 1533/17; de 19 de septiembre de 2017, rec. 1594/17 -firmes todas ellas por inadmisión de recurso de casación-); al Servicio Madrileño de Salud tras la reasunción de la gestión de un Hospital infanto-juvenil (SSTSJ Madrid de 23 de marzo de 2018, rec. 1294/17; de 22 de octubre de 2019, rec. 1294/17); a un Ayuntamiento por la reversión del servicio de lavadero de la unidad de parque móvil municipal (STSJ Andalucía, Granada, de 12 de septiembre de 2019, rec. 427/19); a la corporación municipal que revierte el servicio de aparcamiento y retirada de vehículos (STSJ Galicia de 22 de marzo de 2019, rec. 35/19); entre otras.

⁸⁷ Todas sobre supuestos de reversión en los que se condena a la Administración entrante por su negativa a subrogar: SSTS de 4 de julio de 2018, rec. 1168/17, sobre un servicio de limpieza viaria; SSTS de 26 de marzo de 2019, rec. 1916/17 y de 12 de marzo de 2020, rec. 1916/17, ambas sobre el mismo supuesto de reversión del servicio de comedor de escuelas infantiles municipales, habiéndose dictado auto de nulidad de actuaciones de la primera resolución por falta personación de la corporación municipal por problemas de notificación ajenos a su voluntad, y en las que se reitera el pronunciamiento. Igualmente en la doctrina judicial sobre supuestos de reversión: STSJ Extremadura de 11 de diciembre de 2014, rec. 483/14; en todas las conocidas sentencias sobre la reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de restauración y cocina previamente externalizado (entre otras: SSTS de 19 de septiembre de 2017 (4), rec. 2612, 2629, 2650 y 2832/16; de 19 de diciembre de 2017 (2), rec. 2657 y 2800/16; de 20 de abril de 2018, rec. 2764/16; de 5 de junio de 2018, rec. 2641/16; de 17 de enero de 2019, rec. 2637/16), o las referidas); sobre la reversión de servicio de estacionamiento municipal, entre otras: SSTSJ País Vasco de 3 de julio de 2018, rec. 1264/18; de 19 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 25 de septiembre de 2018, rec. 1538/18; de 9 de octubre de 2018, rec. 1780/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; STSJ Asturias de 22 de marzo de 2018, rec. 182/18, sobre la reversión de la explotación de instalaciones de un centro ecuestre de titularidad municipal; STSJ Aragón de 9 de marzo de 2020, rec. 97/20, sobre la reversión de un servicio de restauración en una residencia de titularidad pública.

Sobre supuestos de sucesión de concesionarios, entre otras: STS de 7 de marzo de 2019, rec. 1825/18, con condena de nulidad; STS 28 de abril de 2009, rec. 4614/07.

⁸⁸ Véase la reciente SJS n.º 2 Málaga de 30 de marzo de 2020, proc. 928/19, confirmada por STSJ Andalucía, Málaga de 28 de octubre de 2020, rec. 994/20 (sobre el mismo caso pero cuya sentencia de instancia no ha sido localizada: STSJ Andalucía, Málaga de 9 de diciembre de 2020, rec. 1376/19).

*del contrato de trabajo que se produce por iniciativa del empleador, admitiendo también la doctrina jurisprudencial que ese efecto extintivo se produce en los casos en que existe una negativa empresarial a subrogar a los trabajadores en cumplimiento del art. 44 ET, en que queda de manifiesto el desconocimiento del vínculo contractual derivado de la garantía de mantenimiento del puesto de trabajo que impone dicho precepto legal*⁸⁹.

En la primera hipótesis apuntada, la contratista despide a los trabajadores adscritos al servicio provocando una solución de continuidad del vínculo contractual por razones variadas. Ya sea porque se produce un cese temporal de la actividad (y con posterioridad es reemprendida por otro empresario); o bien porque considera que la reversión de la actividad no constituye una verdadera transmisión empresarial; o bien, porque aun considerando que sí concurren los presupuestos necesarios para la subrogación se ve abocada a esta solución ante la negativa de subrogar al personal del nuevo empresario⁹⁰. Aunque la actuación correcta sería no extinguir las relaciones laborales –e informar a los trabajadores y al nuevo empresario del deber de subrogación–, ante la inseguridad jurídica que caracteriza esta institución laboral que puede comportar que el órgano judicial finalmente no considere que se ha producido una efectiva transmisión, es razonable que la cedente no quiera asumir el riesgo de soportar en exclusiva las consecuencias de un despido realizado sin observar el correspondiente procedimiento legal⁹¹.

En la segunda hipótesis, puede ocurrir que aunque la empresa cesante entienda que procede la subrogación e informe a los trabajadores y a la nueva empresa para que de cumplimiento efectivo sin extinguir las relaciones laborales, esta última se niegue. Los trabajadores serán cesados y dados de baja por la primera en el correspondiente régimen de seguridad social a causa del cambio de titularidad, aunque no son formalmente despedidos, pero tampoco son subrogados por el nuevo empresario que reasume el servicio. Como se ha afirmado, los trabajadores quedan situados en una suerte de «limbo jurídico» que los priva de las garantías previstas en la ley para los diversos tipos de despido⁹².

En el primer caso apuntado se produce un despido carente de causa efectuado por la empresa cedente a consecuencia de la transmisión, mientras que en el segundo caso un despido tácito de la empresa cesionaria que se niega a subrogar a la plantilla⁹³. Y, en ambos, carece de

⁸⁹ Con cita de las SSTS de 26 de febrero de 1990; de 23 de octubre de 1993; de 27 de julio de 1993. Y las más recientes SSTS de 28 de abril de 2009, rec. 4617/07; de 23 de octubre de 2009, rec. 2684/08.

⁹⁰ STSJ Madrid de 27 de enero de 2020, rec. 1047/19.

⁹¹ Sobre un supuesto de reversión del servicio de mantenimiento de una base militar al Ministerio de Defensa, sin concurrir obligación legal, convencional y contractual de subrogación, y en la que la subcontratista no había procedido al despido colectivo de la plantilla por pretender la subrogación de la Administración, entre otras: STSJ Andalucía, Granada, de 20 de julio de 2017, rec. 428/17 (confirmada por ATS de 9 de mayo de 2018, rec. 3866/17); STSJ Castilla y León, Burgos, de 20 de febrero de 2019, rec. 68/19, sobre el servicio de comedor de centros educativos dependientes de la administración autonómica. También, en las ya citadas SSTS de 21 de abril de 2015 y de 15 de mayo de 2015.

⁹² SSTSJ Islas Canarias, Tenerife, de 8 de noviembre de 2019, rec. 884/19; Asturias de 9 de enero de 2020, rec. 2146/19; Andalucía, Sevilla, de 26 de abril de 2018, rec. 2061/17; de 8 de noviembre de 2018, rec. 3029/17.

⁹³ STSJ Aragón de 26 de marzo de 2020, rec. 97/20.

relevancia que se produzca un acto formal de despido para imputar las consecuencias del mismo a la cesionaria, pues tal y como se expresan las SSTSJ Murcia de 22 de enero de 2020 (rec. 955/19) y de 5 de febrero de 2020 (rec. 1085/19) –sobre la reversión del servicio cocina de escuela infantil por la Administración autonómica– “*si bien la entidad saliente tiene legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada, el hecho de que se reconozca la existencia de sucesión de empresas, elimina la responsabilidad de aquella, que es lo que se desprende de la sentencia recurrida*”. En el mismo sentido, la sala de lo social del TSJ del País Vasco, resolviendo los numerosos procedimientos seguidos frente ADIF en los que se aplica la respuesta a la cuestión prejudicial proporcionada por el TJUE (*asunto ADIF*), desestima como motivo del recurso de la entidad pública empresarial la no procedencia de la condena a las consecuencias del despido que alegó que fue materializado por la concesionaria sin que haya mediado relación laboral entre los trabajadores y el ente. Lo destacable ahora de la argumentación del órgano judicial es que entiende el ERE realizado por la empresa Algeposa como una «medida cautelar» ante la negativa de subrogación, por lo que no debiendo haberse extinguido los contratos de trabajo por esta causa debe considerarse que la decisión extintiva la adoptó en realidad ADIF⁹⁴.

De lo dicho se desprende que la Administración Pública deberá readmitir a los trabajadores cuando el despido se declare nulo⁹⁵ y cuando sea improcedente pero el representante de los trabajadores despedido opte por la readmisión⁹⁶. En los restantes casos, el ente público será el titular del derecho de opción entre la readmisión con abono de los salarios de tramitación y la extinción indemnizada del contrato, asumiendo la totalidad de sus efectos con carácter exclusivo. Debe recordarse de nuevo que en estos casos el despido devino ilegal porque existía una obligación de subrogación contractual que no fue cumplida al extinguirse las relaciones laborales.

1.2.3. La causa del despido realizado por la empresa cedente: especial atención a las razones fundamentadas en la finalización de la actividad descentralizada

Queda por delimitar ahora en qué casos el despido es ilegal a consecuencia de la transmisión y se imputará a la empresa entrante las consecuencias del mismo. Como no puede ser de otra manera, los supuestos de despidos conflictivos son los basados en las denominadas causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas y productivas). Adquirirán especial relevancia aquellos en los que la extinción se basa en la finalización de la actividad empresarial.

⁹⁴ Por todas, STSJ País Vasco de 22 de diciembre de 2015, rec. 1285/14. En este sentido también la STSJ Andalucía, Málaga, de 18 de junio de 2015, rec. 729/15.

⁹⁵ STSJ País Vasco de 3 de julio de 2018, rec. 1264/18. Igualmente, la STSJ Andalucía, Granada, de 15 de mayo de 2014 (rec. 633/14), pero respecto a la reversión de un arrendamiento de estación servicios, en el que la nulidad se declara porque la trabajadora se acaba de incorporar de un periodo de suspensión del contrato por maternidad.

⁹⁶ STSJ Andalucía, Granada, de 21 de marzo de 2019, rec. 2492/18, sin que tampoco procede la condena solidaria respecto de los salarios de tramitación pues la obligación también nace del pronunciamiento condenatorio de la sentencia posterior a la transmisión. En los casos en que por consecuencia de la transmisión se pierda la cualidad de representante, se pierde igualmente la garantía de optar (STS de 28 junio 1990; SSTSJ Galicia de 29 de enero de 1998, rec. 4395/97; de 13 de julio de 2001, rec. 2742/01; País Vasco de 30 de julio de 1997, rec. 1054/97; Baleares de 14 de marzo de 1998, AS 1998/1466; Navarra de 30 de julio de 2004, rec. 199/04).

Sobre todo, tratándose los supuestos estudiados en este trabajo de actividades descentralizadas, conviene precisar en qué casos la finalización de la contrata o concesión puede constituir causa hábil para extinguir las relaciones laborales.

A) En un escenario en el que la transmisión empresarial se produce en el marco de un acuerdo negociado entre la empresa cedente y cesionaria, la jurisprudencia no ha encontrado problemas para aceptar la realización de previos despidos objetivos individuales⁹⁷ y colectivos⁹⁸. Así, se ha entendido que su finalidad puede responder a un último intento de garantizar la supervivencia de la empresa y favorecer su futura transmisión, al hacer más atractiva la entidad económica para el nuevo titular⁹⁹. En consecuencia, parece razonable que el transmitente pretenda reducir los costes de la explotación reduciendo la plantilla, lo que le otorgará una mejor posición negociadora con eventuales adquirentes¹⁰⁰. En este sentido, la doctrina científica considera que aunque el artículo 44.9 ET –que hace referencia a la adopción de medidas de laborales en relación a sus trabajadores– no mencione la extinción contractual como sí lo hace con los traslados o la modificación sustancial de condiciones de trabajo, nada obsta a que también se incluyan al amparo de este precepto medidas extintivas para facilitar el tránsito de la entidad al nuevo titular¹⁰¹.

B) Las empresas contratistas pueden recurrir igualmente a la extinción de los contratos por causas empresariales en la medida en que la causa sea subsumible en la definición legal proporcionada por el artículo 51.1 ET y su interpretación jurisprudencial. Ahora bien, en la medida en que en estos casos el cambio de titularidad de la empresa se producirá necesariamente por una nueva adjudicación de la concesión o por la reasunción del servicio por la empresa principal, cabe plantear si el desequilibrio económico, organizativo y productivo que la pérdida de la contrata

⁹⁷ Entre otras: SSTSJ Madrid de 17 de abril de 2009, rec. 769/09; Andalucía, Granada, de 17 de noviembre de 2010, rec. 2215/10); Castilla y León, Burgos, de 30 de abril de 2014; rec. 255/14.

⁹⁸ “No existe motivo alguno para negar que puedan acogerse a los mismos [ERE] tanto las empresas que han de permanecer en manos del mismo titular como aquellas cuyo destino es el de ser enajenadas, puesto que la causa de la crisis es una razón objetiva, que viene a poner en peligro la vida de la empresa, cualquiera que sea titular y cuya finalidad es precisamente el hacerla viable, lo que es independiente de que vaya a ser o no transmitida” (STS de 18 de octubre de 1989). En el mismo sentido: STS de 24 de julio de 1995, rec. 3353/94, en el marco de un expediente de regulación de empleo con autorización administrativa; STS de 20 de enero de 1997, rec. 687/96, cuando se extinguen mediante acuerdo entre la empresa y los trabajadores; STS de 16 de julio de 2003, Rec. 2343/202, en el que la extinción se realiza en el marco de un proceso de liquidación empresarial; STS de 29 de diciembre de 2013, rec. 37/13.

⁹⁹ Si bien el fundamento del despido colectivo se ajusta más a la primera finalidad que a la segunda. A. M. OLMO GASCÓN, “La jurisprudencia comunitaria en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas: a propósito de la sentencia de Jules Dethier, de 12 de marzo de 1998”, *Revista de Derecho Social*, n.º 2, 1998, p. 115. En el mismo sentido: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 89.

¹⁰⁰ Sin que de ello se deduzca una actuación fraudulenta. Ver STSJ Andalucía, Málaga, de 2 de noviembre de 2017, rec. 1568/17.

¹⁰¹ Sobre todo, porque el citado precepto transpone el art. 7.2 Directiva 2001/23/CE que no agota el ámbito material de dichas medidas en los traslados o modificación de condiciones de trabajo, sino que una interpretación conjunta y sistemática de la norma comunitaria permite extenderlas a las extinciones adoptadas de acuerdo con su art. 4.1. Con mayor detalle, véase: J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, cit., p. 46.

ocasiona a la empleadora es por sí mismo una causa suficiente para extinguir los contratos. Dicho con otras palabras, se cuestiona si la resolución del contrato público previa a la reasunción del servicio puede motivar el despido de la plantilla adscrita al mismo.

a) Con carácter general, la finalización de la contrata constituye causa habilitante para que el contratista que pierde el encargo pueda despedir¹⁰². Así lo ha entendido la jurisprudencia que ha reconducido la extinción a las genéricas causas empresariales de despido por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, a falta de un régimen extintivo específico para estas situaciones de terminación de la relación interempresarial¹⁰³.

En efecto, el exceso de mano de obra y la pérdida del cliente principal que conlleva la rescisión del encargo determina el cumplimiento de los requisitos causales previstos en los artículos 52.c y 51.1 ET, más concretamente, se suele identificar con razones productivas y organizativas. Así las cosas, “*respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada en su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores*”¹⁰⁴. Aunque no resulta problemático apreciar únicamente la causa productiva¹⁰⁵, o esta última en concurrencia con la causa económica cuando la empresa que rescinde la contrata es la única cliente de la empresa contratista¹⁰⁶.

¹⁰² Sobre la aplicación del despido a supuestos de externalización, estrechamente relacionados por cuanto que forma parte del proceso descentralizador aunque con peculiaridades, véase: J. A. ALTÉS TÁRREGA; A. BLASCO PELLICER; L. E. NORES TORRES, *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 163 y ss.; F. A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, *Descentralización productiva y estabilidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 33 y ss.

¹⁰³ D. MONTOYA MEDINA; C. BLASCO JOVER, “Extinción por causas empresariales y descentralización productiva”, en Juan López Gandía, Angel Antonio Blasco Pellicer (coords.) *Crisis de empresa y derecho del trabajo. IV Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 270. En este sentido, también F. J. CALVO GALLEGO, “Finalización de la contrata, extinción de la relación laboral y medidas alternativas. STSJ Castilla y León/Valladolid 7 noviembre 2013”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162, 2014, pp. 7/9 pdf descargado el 01-11-16 de la BD Aranzadi Thomson Reuters. Ref. BIB/2014/638, que recuerda que no debe olvidarse que la extinción de la contrata no es per se causa automática de extinción de los contratos, sino que la rescisión o reducción del encargo empresarial solo puede producir este efecto laboral cuando puede subsumirse en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

¹⁰⁴ STS de 7 de junio de 2007, rec. 191/06 (con cita de la anterior STS de 14 de junio de 1996, rec. 3099/95), reiterada por las SSTS de 31 de enero de 2008, rec. 1719/07; de 12 de diciembre de 2008, rec. 4555/07. Puede verse un comentario crítico de estas resoluciones en J. M. GOERLICH PESET, “¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata?”, *Revista de Jurisprudencia*, n.º 1, 2008, fecha de consulta en la BD El Derecho-Francis Lefebvre el 12 diciembre 2018. Más recientemente, SSTS de 16 de mayo de 2011, rec. 2727/10; de 26 de abril de 2013, rec. 2396/12; de 30 de junio de 2015, rec. 2769/14; de 3 mayo de 2016, rec. 3040/14; de 31 de enero de 2018, rec. 1990/16; de 13 de mayo de 2019, rec. 246/18. Igualmente es abundante la recepción de esta doctrina por los tribunales superiores de justicia. Por citar algún ejemplo, STSJ Castilla-La Mancha de 15 de diciembre de 2016, rec. 1423/16; o Islas Canarias, Las Palmas, de 29 de agosto de 2019, rec. 510/19.

¹⁰⁵ STS de 14 de enero de 2020, rec. 126/19.

¹⁰⁶ STS de 25 de septiembre de 2018, rec. 43/18. Un sector doctrinal ha considerado que la pérdida de un cliente, sin perjuicio del revés económico que supone, no sería suficiente pues su apreciación es sobre la globalidad de la empresa. También resulta difícil la concurrencia de causa técnica basada en la obsolescencia y necesidad de renovación de los sistemas de producción, por cuanto que dicha necesidad sería más de la empresa principal que de la contratista. Véase: D. MONTOYA MEDINA; C. BLASCO JOVER, “Extinción por causas empresariales y descentralización

Al respecto, se ha estimado que una reducción considerable del precio del contrato público acometida en el seno de un Plan de Ajuste llevado a cabo por la corporación municipal, no determina que la naturaleza de la causa sea económica cuando se acompaña de una modificación del contrato que suprime ciertas actividades o funciones que comportan la reducción de horas de trabajo en el servicio. La causa es en todo caso de carácter organizativo. Tampoco es obstáculo para justificar el despido que dicha modificación unilateral suponga un incumplimiento de la legislación administrativa sobre contratos públicos, lo que podrá llegar a suponer una infracción de la comitente que se dirimirá a través del correspondiente procedimiento judicial contencioso-administrativo pudiendo dar lugar a la reparación de los perjuicios ocasionados a la empresa contratista, pero no invalidará la decisión extintiva porque la apreciación de la causa del despido debe valorarse ponderando las repercusiones negativas que tiene para la empresa contratista¹⁰⁷.

Concurriendo la causa habilitadora del despido no será necesario que la empleadora agote todas las posibilidades de reacomodar al trabajador en otras vacantes en su organización (fuera de la contrata perdida), salvo que la negociación colectiva prevea tal obligación¹⁰⁸. Pues, el ámbito de apreciación de las causas organizativas, productivas y técnicas no será la empresa en su conjunto como en el caso de la causa económica, sino el concreto espacio o sector de la actividad empresarial que resulta afectado, cual es el centro de trabajo o unidad productiva autónoma objeto de la contrata finalizada¹⁰⁹. Y es que la reducción de la actividad ajena a la voluntad del empleador provoca un desajuste entre la estructura de personal y las necesidades productivas, pero que se manifiesta en este concreto ámbito. Por lo que la solución a esta patología, consistente en amortizar puestos de trabajo para reestablecer el equilibrio y garantizar la viabilidad del proyecto

productiva”, cit., p. 272. También, sobre las causas: F. A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, *Descentralización productiva y estabilidad en el empleo*, cit., p. 66 y ss. Y del mismo autor: F. A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, “El contrato de trabajo y la finalización de las contrata: el caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 419, 2018, p. 82 y ss. El autor defiende la existencia de causa económica debido a la pérdida de ingresos por la pérdida del cliente y su repercusión sobre los resultados económicos de la empresa. Incluso, en situaciones extremas que pudiera abocar a la desaparición de la empresa contratista por reducirse su objeto a la actividad subcontratada y posteriormente rescindida, podría dar lugar a la desaparición total de la empresa (art. 49.1.g ET).

Por su parte, recientemente, la SJS n.º 2 Salamanca de 22 de noviembre de 2019, proc. 701/19, ha desestimado la concurrencia de causa organizativa y económica en el despido que precede a la reversión de unas instalaciones deportivas municipales. No concurre causa económica porque la empresa tiene más actividad que la prestada en la contrata municipal, siendo además que el pliego contenía una cláusula de compensación por desequilibrios económicos que podría haber instado el concesionario. No concurre causa organizativa, debido a que la resolución de la concesión se produjo de mutuo acuerdo entre ayuntamiento y empresa.

¹⁰⁷ SSTSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013, rec. 1236/13; de 17 de febrero de 2014, rec. 1391/13. Que el incumplimiento del contrato entre empresas por parte de la comitente no afecta a la apreciación de la causa del despido es consistente con la interpretación mantenida en la STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-472/16, que no apreció obstáculo en el despido colectivo realizado por la concesionaria a causa de un incumplimiento del pliego de condiciones por parte del Ayuntamiento adjudicado

¹⁰⁸ SSTS de 13 de febrero de 2002, rec. 1496/01; de 19 de marzo de 2002, rec. 1979/01; de 21 de julio de 2003, rec. 4454/02; de 7 de junio de 2007, rec. 191/06, entre otras. Más recientemente, STS de 31 de enero de 2018, rec. 1990/16; de 3 de noviembre de 2020, rec. 955/20.

¹⁰⁹ Por todas, SSTS de 16 de septiembre de 2009, rec. 2027/08; de 26 de abril de 2013, rec. 2396/12; de 21 de diciembre de 2012, rec. 199/12.

empresarial, deberá aplicarse también en el ámbito de la actividad subcontratada¹¹⁰. Por eso, la solución será la misma aunque posteriormente a la finalización se concierte una nueva contrata con el mismo empresario pero con un objeto más reducido¹¹¹, ya que se ha admitido que la reducción del volumen de actividad encomendado por una empresa comitente a otra auxiliar puede justificar la extinción de contratos por circunstancias objetivas¹¹². En cualquier caso, la decisión extintiva debe ser una medida racional en términos de eficacia organizacional, y ha de ser proporcional y adecuada a los fines que se pretende conseguir (superar las dificultades derivadas de un exceso de mano de obra)¹¹³.

b) El estado de la cuestión será el descrito cuando tras la rescisión, el ente público retome la gestión del servicio antes externalizado con sus propios medios personales y materiales, sin que sean aplicables las reglas legales o convencionales en materia de subrogación del personal¹¹⁴. Huelga decir que tendrá la misma solución si no se continúa la actividad¹¹⁵. Ante tales situaciones, los contratos de trabajo quedarán válidamente extinguidos por la empresa contratista que deberá abonar a cada trabajador una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año y con el máximo de veinte mensualidades (art. 53.1.b ET).

¹¹⁰ En este sentido se expresa la STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/16.

¹¹¹ STS de 31 de enero de 2008, rec. 1719/07.

¹¹² SSTs de 16 de julio de 2014, rec. 1777/13; de 17 de septiembre de 2014, rec. 2069/13; de 10 de enero de 2017, rec. 1077/15; de 14 de noviembre de 2017, rec. 2954/15.

¹¹³ Pues, incluso después de la reforma laboral de 2012 no ha quedado suprimido el control de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva. Véanse, los argumentos de la STS de 18 de septiembre de 2018, rec. 3451/16, apoyándose en la normativa constitucional e internacional. Desde luego, no parece razonable cuando de forma coetánea o inmediatamente posterior a las extinciones se contrate un número elevado de trabajadores, aunque sea de forma indirecta a través de empresas de trabajo temporal (STS de 28 de febrero de 2018, rec. 1731/16). Véase: F. J. CALVO GALLEG0, "Finalización de la contrata, extinción de la relación laboral y medidas alternativas. STSJ Castilla y León/Valladolid 7 noviembre 2013 [Ref. BIB 2014/638]", cit., p. 4 y 9/9, que entiende este criterio como una matización o corrección a la doctrina consolidada por la cual se entiende que no es obligatorio para el empresario recolocar a los trabajadores excedentes. Así como la defensa que realizaba el autor del mantenimiento en la doctrina judicial del juicio de valoración de proporcionalidad y racionalidad pese a los cambios legislativos nombrados.

¹¹⁴ STS de 12 de diciembre 2008, rec. 4555/07, sobre la reversión del servicio de limpieza viaria del Ayuntamiento de Carballo. También sobre supuestos de reversión de actividades públicas sin subrogación: SSTs de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 15 de mayo de 2015, rec. 358/14; de 12 de julio de 2016, rec. 349/16; de 9 de diciembre de 2016, rec. 1674/15; STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/15.

¹¹⁵ SSTs de 21 de abril de 2015 y de 15 de mayo de 2015, citadas, en los que la subrogación quedaba frustrada básicamente por la falta de continuación de la actividad. A mi juicio, esto es a lo que se refiere la STS de 7 de junio de 2007 (citada) cuando alude a "supuestos excepcionales", atendiendo al concreto sector de actividad de la limpieza. Y es que las cláusulas de subrogación convencionales del sector conducen a que, de continuarse la actividad, el nuevo contratista deba asumir a la plantilla y no proceda la amortización de puestos de trabajo. Pero en el caso concreto, la reforma del centro de trabajo donde se desarrollaba la contrata conllevó su cierre temporal y, por tanto, la desaparición de la necesidad de la empresa principal de mantener la actividad subcontratada. Por ello dice que "*la amortización de plazas o puestos en las contrata de limpieza sólo se produce en los casos en que estas terminan, no por cumplimiento del mencionado plazo, sino por cierre del centro o por cese de la actividad efectuados por la empresa comitente*". De no producirse tal cierre "excepcional" con suspensión de la actividad, la finalización de la contrata habría dado lugar a una nueva adjudicación con subrogación de trabajadores y no habría procedido la extinción. Parece que mantiene una interpretación diversa de dicha excepcionalidad: J. M. GOERLICH PESET, "¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata?", cit., p. 2/3.

c) Pero si la reasunción el servicio externalizado o la nueva adjudicación el contrato público actualiza el supuesto de hecho del artículo 44 ET, no será admisible la extinción de los contratos por la vía de los artículos 51 o 52 ET alegando el fin de la actividad subcontratada como causa productiva u organizativa¹¹⁶. Al igual que cuando el convenio colectivo aplicable imponga obligaciones acerca de la subrogación en las relaciones laborales a quien continúe la explotación de la actividad, pues *“la cuestión relativa a la posible existencia de una obligación de subrogación en las relaciones laborales de los trabajadores despedidos se convierte en el eje esencial sobre el que descansa la decisión del asunto, hasta el punto de que resulta absolutamente inescindible de la concurrencia de la causa. Su resolución en uno u otro sentido es lo que llevará a calificar como ajustada o contraria a derecho la medida empresarial, puesto que de estar obligada la nueva adjudicataria del servicio a subrogarse en los contratos de trabajo no existiría causa de despido colectivo, ya que no habría entonces necesidad de extinguir unas relaciones laborales que deben mantenerse con la empleadora que pasa a desempeñar la contrata”*¹¹⁷.

Ni siquiera será admitida la causa de despido cuando lo que se produzca no sea la rescisión total del encargo sino una reducción parcial de su objeto, si la nueva adjudicación o la reversión constituyen igualmente un supuesto de subrogación empresarial. En estos casos, en los que se reduce volumen de actividad externalizado por imperativo del comitente, tampoco corresponde a la empresa contratista saliente adoptar las medidas de reestructuración necesarias para ajustar la mano de obra a las nuevas necesidades de la empresa. Como regla general *“la reducción de la contrata no es causa que excuse al nuevo contratista del deber de subrogarse en los contratos de los trabajadores del anterior y que en caso de dificultades para cumplir ese deber no se permite la rescisión del contrato por fin del mismo, o por terminación de la obra, sino que sólo cabe acudir a la vía de un despido por causas objetivas o a la reducción de jornada por la vía del artículo 41 ET”*. Por consiguiente, se aclara que *“la empresa entrante, salvo que el convenio disponga otra cosa, es quien debe subrogarse en toda la plantilla y proceder, posteriormente, al despido por causas objetivas del personal que no resulta necesario para la prestación del servicio o la ejecución de la obra contratada”*¹¹⁸. La misma solución debe aplicarse cuando el número de efectivos adscritos a la actividad que se va a gestionar ahora de forma directa sea inferior a la dotación mínima de medios personales que pliego de condiciones mediante se exigió a la empresa adjudicataria adscribir a la

¹¹⁶ Así se desprende de la citada STS de 12 de diciembre de 2008, en la que el TS confirma la sentencia de suplicación que argumenta que la causa de producción desaparece en supuestos de sucesión legal o convencional, lo que no ocurría en el supuesto debatido.

¹¹⁷ Cfr. STS de 31 de mayo de 2019, rec. 235/18, aunque no versa sobre un supuesto de reversión sino de sucesión de concesionarios de AENA su doctrina es extrapolable en tanto en cuanto al ente público que reasume la gestión le sea de aplicación el convenio en cuestión.

¹¹⁸ Doctrina fijada por las SSTS de 10 de enero de 2017 (rec.1077/15), de 18 de mayo de 2017 (rec. 1984/15) –ambas, sobre un servicio de ayuda domiciliario municipal, actividad desmaterializada en la que rige la subrogación por mandato del convenio colectivo– y de 21 de abril de 2017 (rec. 258/16) –sobre el servicio de atención a bordo y restauración en trenes de RENFE, en los que se produce la subrogación por aplicación del art. 44 ET y un posterior despido colectivo ajustado a derecho fundamentado en la reducción de la contrata y sus consecuentes causas organizativas y productivas–. Todas con citas de las anteriores: SSTS de 16 de julio de 2014, rec. 1777/13; de 17 de septiembre de 2014, rec. 2069/13; de 22 de septiembre de 2014, rec. 2689/13; de 3 de mayo de 2015, rec. 1070/14.

ejecución del contrato ex artículo 76 LCSP. Es decir, cuando la actividad o servicio público revertido se preste con menos personal que cuando se gestionaba de forma indirecta¹¹⁹.

En estos casos de reducción del objeto de la contrata la única posibilidad de permitir la extinción contractual por el contratista saliente sería, tal y como expresan las citadas resoluciones judiciales, que la subrogación esté regida por el convenio colectivo y que su regulación admita que se extingan parte relaciones laborales y opere la subrogación respecto al resto. Con todo, esta última afirmación requiere ser matizada a la luz de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas, más concretamente, la contenida de los asuntos *Temco* y *Somoza Hermo*. Pues, aunque el convenio “*disponga otra cosa*” en el sentido de permitir la subrogación parcial y que asuma la contratista saliente las consecuencias de la reducción de la contrata¹²⁰, si por aplicación de sus previsiones el número y las competencias de los trabajadores subrogados produce la asunción de una parte esencial de la plantilla en sectores en los que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, precipitará la aplicación del art. 44 ET y obligará igualmente al cesionario a asumir a la totalidad del personal y acomodar a las necesidades productivas tras la sucesión (STS de 8 de enero de 2019, rec. 2833/16; de 5 de marzo de 2019, rec. 2892/17)¹²¹. En realidad, en los casos de reducción de la contrata en los que opera la subrogación no se impide la acomodación de la plantilla a las necesidades productivas de la actividad, pero se determina que el empresario que debe llevar a cabo tales medidas sea el entrante una vez consumado el cambio de titularidad¹²².

¹¹⁹ STSJ Extremadura de 9 de marzo de 2017, rec. 2/17, en la que la reversión se produce tras la resolución de la concesión a instancias de la última concesionaria a menos de un mes de su adjudicación.

¹²⁰ En este sentido, el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad que, en su artículo 14.b.2, establece que no desaparece la obligación de subrogación cuando se suspende o reduce el servicio por un periodo no superior a 12 meses, y que si los contratos se extinguen por la empresa saliente, si el trabajador prueba la actividad se reanuda o amplía en el plazo de 30 días siguientes a los 12 meses siguientes a la reducción, deberá ser subrogado igualmente. Véase, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 2012, rec. 2247/11. También las SSTS de 10 de julio de 2000, rec. 923/99; de 27 de octubre de 2000, rec. 693/00, aunque son anteriores a la incorporación de la doctrina de la sucesión de plantillas.

¹²¹ No obstante, a mi juicio, no era aplicable al caso enjuiciado en las SSTS porque, como ya se había resuelto en otros asuntos anteriores de la misma sala, sobre la misma operación y las mismas partes (STS de 8 de mayo de 2018, rec. 3484/16; STS de 17 de julio de 2018, rec. 2834/16; de 30 de octubre de 2018, rec. 3767/16), en este caso lo que se había producido en realidad es un “desdoblamiento” de la contrata desde su inicio por el que se había adjudicado la porción de actividad reducida a otra empresa del mismo grupo, de modo que había dos cesionarios que deberían haberse subrogado en la proporción de actividad correspondiente. Por lo demás esta doctrina ya ha sido acogida en suplicación: SSTSJ Andalucía, Granada, de 30 de mayo de 2019, rec. 2849/18; de 20 de enero de 2020, rec. 1486/19. En el último asunto se produce una reducción del objeto de la concesión de vigilancia y seguridad de edificios municipales y la parte reducida es asumida por la corporación que pasa a prestarla mediante el cuerpo de Policía Municipal, y como no concurre en este caso mecanismo subrogatorio alguno que permita entender que hay un desdoblamiento de la actividad con dos cesionarios, se atribuye la totalidad de la plantilla a la nueva empresa que había asumido una parte esencial de trabajadores (62,5%).

¹²² STS de 10 de enero de 2017, rec. 1077/15. En el caso enjuiciado concurre una transmisión por aplicación del art. 44 ET pero el Tribunal asevera que “*en todo caso, la sucesión de empresa que establece el artículo 20 del Convenio Colectivo de la industria siderometalúrgica de Melilla no habría impedido a la empresa sucesora haber procedido a un despido objetivo de los demandantes por causas productivas*”. Cfr. STSJ Andalucía, Málaga, de 2 de noviembre de 2017, rec. 1568/17.

En cambio, cuando la reducción de la actividad no se acompañe de una sustitución del empleador por sucesión o rescate parcial de la actividad, no hay obstáculo para que le empresa contratista adopte las medidas extintivas o modificativas necesarias. Véase: SSTSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013, rec. 1236/13; de 17 de febrero de 2014,

C) De todo lo dicho hasta ahora se desprende claramente que ante una reversión del servicio en la que sea aplicable el artículo 44 ET o las cláusulas de estabilidad en el empleo de la negociación colectiva, la rescisión del contrato público no podrá constituir causa del despido para el contratista y la entidad del sector público que continúa la actividad no puede eludir la obligación de subrogar a todos los contratos de trabajo no extinguidos previamente por otras causas ajenas a la dinámica de la concesión o contrata. En estos casos la obligación legal o convencional de subrogar a la plantilla provoca una «descausalización» del despido, determinando su improcedencia o nulidad¹²³. Circunstancia que puede ocurrir incluso cuando la sucesión tenga lugar con posterioridad al procedimiento de extinción colectiva, pero antes de que se resuelva el procedimiento individual de despido, siendo la sucesión un hecho sobrevenido nuevo que impide la apreciación de la cosa juzgada. A menos que entre las causas del despido, junto con las referidas al fin de la contrata, haya otras propias de la empresa saliente (no referidas a la finalización de la contrata), en cuyo caso bastará que una de ellas subsista para que el despido sea ajustado a derecho¹²⁴.

1.3. Despidos realizados en fraude de ley

En el supuesto antes analizado de despido que deviene improcedente a consecuencia de la posterior transmisión la condena dará lugar al ejercicio de la opción entre la readmisión y la indemnización por parte del empresario cesionario, por lo que no altera el hecho de que la relación laboral se encuentra ya extinguida. De modo que, salvo los supuestos en los que la opción recae sobre el trabajador que puede dar lugar a la readmisión y resurrección del contrato, la continuidad de la prestación laboral no está asegurada aunque el despido guarde una relación directa con el cambio de titularidad. Mención aparte requieren los casos en los que la extinción se declare nula

rec. 1391/13; de 13 de octubre de 2014, rec. 541/14. En la STSJ Aragón de 3 de julio de 2019, rec. 335/19, se da un caso de reducción del objeto de la contrata ante una nueva adjudicación con reasunción por la Administración de la parte reducida, si bien no concurren los requisitos necesarios para aplicar cualquier mecanismo subrogatorio, por lo que el despido es procedente.

¹²³ En este sentido se expresa la STS de 9 de enero de 2019, rec. 108/18: *“La parte recurrente denuncia la infracción del art. 44 ET para insistir en la pretensión de que se declare que hubo sucesión de empresa al asumir la contrata Unisono. Antes de dar respuesta específica a este punto del recurso, hemos de poner de relieve que en el mismo no se combate en momento alguno la existencia de la causa del DC. Eso comporta que: 1º) De prosperar la alegación de una efectiva sucesión empresarial no habría habido finalización del servicio y, por ende, desaparecería la justificación de la causa del DC llevado a cabo por Telecyl. 2º) El fracaso del razonamiento sobre aplicación del artículo 44 comporta que no sea necesario, ni posible dado que nos encontramos en el ámbito de un recurso extraordinario, examinar la realidad o proporcionalidad de la causa alegada por la empresa para proceder al DC”*.

¹²⁴ Véanse los procedimientos judiciales que resuelven el asunto Colino Sigüenza tras la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial (SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 19 de noviembre de 2018, rec. 231/16; de 21 de noviembre de 2018 (2), rec. 627 y 721/16; de 22 de noviembre de 2018, rec. 685/16; de 29 de noviembre de 2018, rec. 958/16; de 3 de diciembre de 2018, rec. 744/16). En estos casos, *“la sucesión de empresas posterior al despido colectivo descausalizará el despido individual en unos casos, como puede ser en el ejemplo anterior, o cuando la causa de despido sea la finalización de una contrata y se aprecia que hay una sucesión de la nueva adjudicataria”*. Las sentencias que resolvieron los primeros procesos de despido colectivo ya valoraron la existencia de sucesión, pero no estaba aún finalizado el proceso transmisivo, se había producido una reversión sin continuación efectiva de la actividad, pero no la posterior adjudicación a otro concesionario con puesta a disposición de la entidad económica. No obstante, junto con la causa productiva por resolución del contrato administrativo concurría causa económica que hacía inviable la continuidad de la empresa.

por concurrir motivo discriminatorio, vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o los supuestos de nulidad objetiva previstos en el artículo 55.5 ET letras a), b) y c), en los cuales la relación laboral también estará vigente por la ineficacia del acto extintivo.

Pero las consecuencias son más drásticas cuando se aprecia que el despido colectivo anterior a la sucesión empresarial se ha realizado en fraude de ley, pues la decisión extintiva será calificada como nula y la readmisión de los trabajadores despedidos obligatoria, con la reposición de las condiciones que venían disfrutando antes del despido y del cambio de titularidad. Además, la responsabilidad se imputará solidariamente a las entidades cedente y cesionaria, así como a todos los sujetos que hayan participado en el fraude de ley. En consecuencia, si el despido adolece de nulidad, operará de pleno derecho la subrogación contractual del artículo 44.1 ET, dado que el contrato de trabajo estará vigente por no haberse producido una válida extinción¹²⁵.

Ahora bien, respecto al despido fraudulento para evitar una posterior sucesión de empresa deben realizarse las siguientes precisiones.

En primer lugar, que la nulidad es la consecuencia anudada según la jurisprudencia actual al despido colectivo, pero no así para el despido objetivo individual en fraude de ley¹²⁶. Cuando las extinciones previas al cambio de titularidad afectan a un número de trabajadores inferior al establecido en el artículo 51.1 ET (art. 52.c ET) la consecuencia que vienen aplicando los tribunales cuando aprecian fraude de ley es la improcedencia¹²⁷. Con anterioridad a esta última posición también se aplicaba la nulidad, pero el Tribunal Supremo cambió la sanción aplicable¹²⁸ apoyándose en que la ley procesal laboral (actual art. 108 LJS¹²⁹) contiene una lista de carácter cerrado para los supuestos de nulidad entre los que no se encuentra el fraude. Con todo, este cambio fue muy contestado por la doctrina cuyos argumentos siguen hoy plenamente vigentes¹³⁰.

En segundo lugar, debe advertirse que, aunque no se ha producido un cambio jurisprudencial en el mismo sentido respecto la calificación del despido colectivo en fraude de ley,

¹²⁵ SSTS de 24 de julio de 1995, rec. 3353/94; de 20 de enero de 1997, rec. 687/96; de 15 de abril de 1999, rec. 734/98; de 11 de abril de 2001, rec. 1245/00; de 15 de julio de 2003, rec. 3442/01; de 16 de julio de 2003, rec. 2343/02; de 27 de abril de 2016, rec. 336/15; de 30 de noviembre de 2016, rec. 825/15. En todas ellas se afirma que la garantía de mantenimiento de la relación laboral no puede operar cuando hay una previa extinción del contrato, “salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente”.

¹²⁶ Sin discriminar entre despido objetivo y colectivo algunos autores han afirmado que no hay razón alguna para que en ocasiones se determine la nulidad extintiva por fraude y en otras la improcedencia, cuando la realidad muestra en ocasiones una disparidad injustificada de efectos frente a supuestos de hecho bastante equiparables, posicionándose a favor de la nulidad como la solución correcta. Visión que se comparte plenamente. Véase: J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ; M. M. RUÍZ CASTILLO, “Transmisión de empresa y fraude de ley”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 527.

¹²⁷ SSTS de 14 de marzo de 2017, rec. 229/15; de 22 de marzo de 2019, rec. 2951/17.

¹²⁸ SSTS de 2 de noviembre de 1993, rec. 8346/93; y de 19 de enero de 1994, rec. 352/94.

¹²⁹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE n.º 245, de 11-10-11.

¹³⁰ A. TODOLÍ SIGNES, “Acerca del despido nulo por fraude de ley”, en Tomás Sala Franco, Eva López Terrada, Adrián Todolí Signes, *Jurisprudencia Social a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 63 y ss.

podría acabar siguiendo la misma suerte. Para empezar, debe destacarse que el hecho de que la evolución normativa también suprimiese (Ley 3/2012) la referencia al fraude de ley como causa de nulidad del despido colectivo en el art. 124.11 LJS, no ha supuesto un obstáculo para que el Tribunal Supremo continuara imponiendo tal consecuencia en resoluciones posteriores, argumentando que¹³¹: 1) tampoco se incluye expresamente el fraude como causa determinantes de la declaración del despido como no ajustado a derecho; 2) en consecuencia, se trata de una laguna legal que debe integrarse con el art. 6.4 del Código Civil; 3) su desaparición del precepto procesal no es más que una omisión y no una voluntad deliberada del legislador de impedir tal calificación; 4) no hay obstáculo en que en el despido individual se califique como improcedente en base al giro jurisprudencial señalado, por cuanto que la actuación fraudulenta en el despido colectivo trasciende a un plano superior de intereses generales y reviste mayor gravedad; y 5) porque no parece razonable que la impugnación individual del despido colectivo mantenga esta consecuencia (arts. 122.2.b y 124.13.a.3º LJS)¹³² y que la impugnación por los representantes de los trabajadores no pueda alcanzar la nulidad ante una conducta fraudulenta.

Así las cosas, como se comprobará en los siguientes apartados hay una amplia jurisprudencia que entiende que el despido colectivo en fraude de ley debe ser calificado como nulo. Si bien es cierto que todas las sentencias que consolidaron este acervo doctrinal corresponden a los años 2014-2015 y conocen extinciones colectivas realizadas al amparo del art. 124.11 LJS en la redacción dada por la Ley 3/2012. Si bien, con posterioridad, el *RD-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social*, trató de clarificar las causas determinantes de la nulidad en aras de una mayor seguridad jurídica al incluir el adverbio «únicamente», lo que ha llevado a la doctrina más autorizada a entender que las anteriores tesis del Supremo no pueden sostenerse de *lege lata*¹³³. Por consiguiente, no sería descartable un cambio de rumbo que califique la extinción como improcedente con condena solidaria a ambas empresas, a pesar de que recientes sentencias siguen haciéndose eco de las argumentaciones antes descritas aun cuando en el caso enjuiciado no se constate fraude de ley¹³⁴ o sigan sancionando con la nulidad supuestos en los que además

¹³¹ STS de 26 de junio de 2014, rec. 219/13 (FJ 6º y 7º).

¹³² SSTS de 6 de mayo de 2020 (2), rec. 3193 y 3195/17, entre otras.

¹³³ A. V. SEMPERE NAVARRO, "Nulidad del despido colectivo fraudulento [Ref. BIB 2014/1444]", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2014, pp. 9/9 pdf descargado el 12-12-19 de la BD Aranzadi Thomson Reuters. Ref. BIB 2014/1444, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 12 diciembre 2019.

¹³⁴ STS de 14 de noviembre de 2017, rec. 17/17; de 9 de enero de 2019, rec. 108/18.

Entre la doctrina judicial merece la pena destacar la reciente STSJ Galicia de 17 de diciembre de 2020, rec. 48/20, sobre la nulidad del despido de ALCOA. En el mismo sentido: STSJ Cataluña de 7 de febrero de 2020, rec. 38/19. La STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 12 de marzo de 2019, rec. 802/18, aunque finalmente no aprecia el fraude de ley dice: "*La jurisprudencia europea y del Tribunal Supremo viene estableciendo que, cuando la transmisión de empresa origina cambios en el nivel de empleo que justifiquen un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la empresa cedente, con carácter previo a la transmisión, o la empresa cesionaria, con posterioridad a la misma, puede adoptar válidamente un despido [...] bien colectivo, bien individual por causas objetivas. Por tanto, la empresa sucedida y la sucesora pueden acudir a los mecanismos que ofrece la legislación laboral para acomodar el número de trabajadores a las nuevas necesidades productivas y organizativas que surjan a raíz de la sucesión de empresa, pero siempre que no se incurra en fraude de ley. Es por ello que el despido colectivo que se adopta por una empresa antes de producirse una sucesión empresarial para evitar la*

del fraude en la extinción previa a la subrogación concurre otra causa de nulidad del despido colectivo¹³⁵. Sin embargo, a mi juicio, la única forma de garantizar la debida aplicación de la subrogación que se pretende evitar –como a continuación se describe– es mediante la declaración de nulidad y no mediante la improcedencia, que queda reducido en la mayoría de ocasiones a un derecho de opción que suele ejercitarse a favor de la indemnización. Mientras que con la nulidad –como también se analizará más adelante– se garantiza que la intersección del despido y la sucesión empresarial se aplica conforme a la jurisprudencia comunitaria.

1.3.1. La doctrina general en materia de despido colectivo en fraude de ley por sucesión empresarial

A) La regla general de la necesaria vigencia de la relación laboral para que opere la subrogación contractual encuentra su excepción en la apreciación judicial del fraude de ley, que evita una aplicación rígida de la norma extintiva impeditiva de la efectividad del principio subrogatorio¹³⁶. En este sentido, tradicionalmente nuestros tribunales han recurrido al fraude de ley para primar la realidad material sobre las extinciones simuladas o convenidas a fin de eludir la norma estatutaria¹³⁷. El Tribunal Supremo ha determinado que *“la existencia de un pacto interempresarial tendente a evitar las previsiones que el art. 44 ET tiene establecidas en materia de sucesión, o sea, de una actuación consistente en la utilización de las previsiones del art. 51 del Estatuto –norma de cobertura– para evitar la aplicación del art. 44 de la misma, o sea para evitar las consecuencias laborales de una transmisión, en clara incursión en el supuesto fraudulento contemplado en el art. 6.4 del Código Civil, que debe llevar como consecuencia la nulidad del acto llevado a cabo como dispone el indicado precepto”*¹³⁸.

Esto es, solo cuando las extinciones contractuales obedezcan a una verdadera finalidad de frustrar la continuidad de las relaciones laborales ante una inminente sucesión empresarial, se entenderá que la decisión extintiva es fraudulenta y nula, por lo que la relación no estará válidamente extinguida y se aplicará en consecuencia el efecto subrogatorio que se pretende

subrogación de su personal por la empresa que la sucede en la misma actividad es nulo por fraude de ley o abuso de derecho. El despido colectivo en fraude de ley se ha de declarar nulo porque la decisión extintiva se adopta con el propósito de eludir la norma, de evitar la obligación impuesta al cesionario de mantener el vínculo laboral en caso de sucesión legal de empresa”.

¹³⁵ SSTS de 16 de enero de 2020, rec. 2913/17; de 22 de enero de 2020, rec. 2741/17; de 12 de marzo de 2020, rec. 3635/17. Por ejemplo, en la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 8 de febrero de 2017, rec. 2423/16, además de la nulidad por falta de comunicación a los representantes de los trabajadores, el tribunal considera que *“entra aquí en juego ahora otro elemento relevante tanto para la nulidad del despido del recurrente como para la atribución de las responsabilidades de tal declaración. Nos referimos al fraude de ley, argumentado por el recurrente en el siguiente motivo del recurso”* [...] *“Estos datos, en opinión de la Sala revelan la existencia del fraude de ley, por cuanto se tramitó y practicó un despido colectivo para evitar una subrogación de los trabajadores afectados, lo que determina la nulidad de la decisión extintiva”.*

¹³⁶ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude [Ref. BIB 2015/1137]”, cit., p. 2/5.

¹³⁷ En este sentido: J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 86.

¹³⁸ Cfr. STS de 18 de febrero de 2014, rec. 108/13.

eludir¹³⁹. Es por ello que no en todos los supuestos en los que el despido no debiera haberse realizado por existir un mandato de subrogación constituirán fraude de ley, pues este último requiere “*una conducta intencional de utilización desviada de la norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma*”¹⁴⁰. Por tanto, para deslindar las consecuencias de los supuestos antes descritos en los que se condena únicamente al cesionario por despidos que devienen improcedentes o nulos a resultas de la transmisión de estos otros en los que hay fraude de ley es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo o intencional, que se concreta en una voluntad deliberada o ánimo de defraudar¹⁴¹.

B) Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la doctrina científica, la aplicación del fraude de ley se trata de una excepción especialmente vaga y elástica que conduce a resultados cargados de inseguridad¹⁴². Y es que tratándose de un concepto abierto sin que los supuestos subsumibles estén tasados, resulta inevitable la discusión sobre qué casos merecen tal calificación¹⁴³.

Si bien es conocida la regla de que el fraude no se presume sino que debe probarse por quien lo invoca¹⁴⁴, no es difícil comprender que la prueba de dicha intención será harto complicada, pues difícilmente se dejará constancia expresa y por escrito de la conducta maliciosa¹⁴⁵. Al contrario, más frecuente será que el juzgador deba inferir el fraude de ley a partir de hechos que revelen o permitan deducir la voluntad eludir las previsiones del artículo 44 ET. Al respecto, se ha

¹³⁹ El artículo 6.4 del Código Civil dispone, literalmente, que “*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”.

¹⁴⁰ Cfr. STS de 14 de marzo de 2017, rec. 2389/15, con cita de las SSTS de 4 de julio de 1994, rec. 2513/93; de 16 de enero de 1996, rec. 693/95; de 31 de mayo de 2007, rec. 401/06.

¹⁴¹ STS de 12 de mayo de 2009, rec. 2497/08.

¹⁴² F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude”, cit., pp. 2/5 pdf descargado.

¹⁴³ Son pautas de comportamiento imprescindibles en el juzgador la prudencia, la necesidad de constatar su presencia mediante pruebas y la adopción de un criterio restrictivo. Véase: A. V. SEMPERE NAVARRO, “Nulidad del despido colectivo fraudulento [Ref. BIB 2014/1444]”, cit., p. 9/9 pdf descargado.

¹⁴⁴ SSTS de 12 de mayo de 2009, rec. 2497/08; de 14 de mayo de 2008, rec. 884/07, con cita y sistematización de la doctrina anterior de la sala en torno al fraude de ley en el ámbito laboral: SSTS de 16 de febrero de 1993, rec. 2655/91; de 18 de julio de 1994, rec. 137/94; de 21 de junio de 2004, rec. 3143/03; de 14 de marzo de 2005, rec. 6/2004.

¹⁴⁵ Aunque la realidad no oculta casos en los que así sucede: SSTSJ País Vasco de 19 de enero de 2016 (rec. 27/16) y de 23 de febrero de 2016 (rec. 163/16), en las que la empresa arrendadora de la explotación de un hotel y la arrendataria suscribieron un contrato 15 años antes por el cual esta última se comprometía a liquidar cualquier obligación laboral y de seguridad social, así como las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores a consecuencia de la extinción de su contrato, sin que la arrendadora pudiera quedar comprometida en ningún caso a la subrogación laboral a la extinción del contrato de arrendamiento con reversión de la entidad económica. En el mismo sentido, la STSJ Galicia de 6 de junio de 2014 (rec. 1096/14), también respecto a la reversión de la explotación de un negocio de estación de servicio o gasolinera en el que se pacta una penalización para el cedente si al finalizar el contrato de arrendamiento no extingue las relaciones laborales para evitar la subrogación. Por su parte, la STSJ Asturias de 29 de noviembre de 2016 (rec. 2350/16) muestra un asunto en el que un elemento privilegiado para concluir la existencia de fraude es la presunción de certeza de la que gozan las actas de la Inspección de Trabajo, en la cual el inspector actuante deja constancia de que la cesionaria había impuesto como condición la tramitación de un expediente de regulación de empleo para llegar a un acuerdo en la adquisición de la infraestructura que el cedente empleaba para explotación de la contrata.

admitido que “no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»”¹⁴⁶. Pues bien, cuando se hace referencia a que el fraude no se presume y que debe ser probado, en realidad ha de interpretarse en el bien entendido de que no puede darse por sentado –exigiendo una inversión de la carga de la prueba para desacreditarlo–, pero nada obsta a que pueda recurrirse al juego de la prueba indirecta o de indicios¹⁴⁷. Del mismo modo, la prueba mediante indicios no requiere que se justifique la intencionalidad fraudulenta de las partes, sino que será suficiente con la aportación de datos objetivos que revelen en ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley¹⁴⁸.

En este sentido, la jurisprudencia social ha venido manejando una serie de indicios para apreciar el *animus fraudandi*¹⁴⁹ en los supuestos de despidos previos a la sucesión de empresa que puedan revelar una intencionalidad de evitar la aplicación del artículo 44 ET. Con todo, debe advertirse que los precedentes existentes sobre la cuestión se caracterizan por un profundo casuismo, que hacen realmente difícil extraer criterios generales que puedan aplicarse automáticamente a todos los supuestos, requiriendo un análisis específico de las circunstancias concurrentes en cada caso que es conocido por los tribunales. Si bien, los criterios que se van a enunciar constituyen patrones que pueden servir como referentes para orientar la labor judicial¹⁵⁰.

a) Un primer elemento que se ha tomado en consideración para deducir tal voluntad malintencionada es la proximidad temporal entre los despidos y la sucesión. Los tribunales vienen valorando de forma privilegiada la cronología para inferir una relación de causalidad que cuasi

¹⁴⁶ STS de 20 de junio de 2017, rec. 15/17, que recoge la doctrina anterior en la materia: STS de 25 de mayo de 2000, rec. 2947/1999, por la que rectifica el criterio anterior que estimaba que el fraude de ley no puede desprenderse de meras presunciones (STS de 21 de junio de 1990). Igualmente, SSTS de 4 de febrero de 1999, rec. 896/98; de 24 de febrero 2003, rec. 4369/01; de 2 de junio de 2004, rec. 3143/03.

¹⁴⁷ STS de 14 de mayo de 2008, rec. 884/07, con cita de las SSTS de 29 marzo de 1993, rec. 795/92; de 24 de febrero de 2003, rec. 4369/01.

¹⁴⁸ SSTS de 19 de junio de 1995, rec. 2371/94; de 31 de mayo de 2007, rec. 401/06.

¹⁴⁹ Aunque las tesis en torno al fraude han oscilado entre una concepción objetiva (atendiendo al resultado prohibido al margen de la intención del autor o autores) y subjetiva (con intención defraudatoria o maliciosa de violar la norma), las salas de lo civil y social del Tribunal Supremo han acogido mayoritariamente esta última, entendiendo que “el fraude de ley que define el art. 6.4 CC es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial (así, con cita de diversos precedentes, las SSTS de 16 de enero de 1996, rec. 693/95 en contratación temporal; de 31 de mayo de 2007, rec. 401/06 en contrato de aprendizaje)”. De nuevo, cabe remitir a la STS de 14 de mayo de 2008, rec. 884/07 y a la detallada exposición que realiza sobre la evolución de esta concepción del fraude

¹⁵⁰ En este sentido: F. J. TOROLLO GONZÁLEZ, “La sucesión de empresa y la extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 412. Subraya el autor que en la medida en que las resoluciones judiciales se dictan atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso no pueden adquirir los indicios analizados la consideración de máximas de aplicación generalizable, sino que solo conforman criterios referenciales (p. 421).

objetiva la presencia de fraude¹⁵¹. Es el caso de la STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 108/13), que versa sobre la reversión de la explotación de una estación de servicio y su nueva adjudicación mediante contrato de arrendamiento a otra empresa. La doctrina ha entendido que el Alto Tribunal parece llegar a la conclusión de que se desprende la existencia de un pacto empresarial casi exclusivamente del hecho de que entre la fecha de despido y cese de la actividad y la reanudación por el nuevo titular media apenas un mes¹⁵². Sin embargo, a mi juicio, las circunstancias fácticas son mucho más complejas, ya que la cedente y cesionaria se encuentran insertas en todo un entramado de entidades públicas y privadas¹⁵³, por lo que no es difícil inferir que todas las implicadas eran concededoras de la transmisión al tiempo de efectuarse el despido colectivo. Por ello, la sentencia contiene un voto particular que discrepa con el posicionamiento mayoritario de condenar solidariamente solo a las empresas cedente y cesionaria, pues se evidencia una dirección, organización y control por parte del resto de entidades que permitiría extender la condena a todos los sujetos intervinientes en el fraude¹⁵⁴.

El periodo de tiempo que transcurre entre la extinción contractual y el cambio de titularidad de la actividad debe ponerse en relación con el plazo de caducidad para impugnar el despido. Si el trabajador descubre con posterioridad a su despido que ha tenido lugar una reanudación de la actividad por otro titular puede ver frustrada su pretensión de subrogación si la acción está ya caducada. Sin embargo, es precisamente en el ámbito de las extinciones fraudulentas previas a la subrogación, en las que existen *“maniobras de ocultación de la sucesión de empresa por la empresa entrante con la finalidad fraudulenta de caducar indebidamente las acciones de despido frente a la misma”*, donde los tribunales han admitido una suerte de resurrección de la acción de despido (efecto Lázaro), que conllevaría el inicio del cómputo del plazo de caducidad desde el momento en el que el trabajador tiene conocimiento efectivo de la sucesión empresarial¹⁵⁵. En este orden de cosas, se ha considerado que el hecho de que la reanudación de la actividad supere el plazo de caducidad previsto legalmente para la impugnación del despido no debe tener una virtualidad mayor que la que la jurisprudencia ha otorgado a los supuestos de

¹⁵¹ J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, cit., p. 45. A excepción de los supuestos de liquidación y venta de empresas en concurso, en los que no se da excesiva importancia al lapso temporal y la decisión judicial parece depender en buena parte de la inexistencia de actividad y de la presencia del control de la autoridad judicial. Así, en la STSJ País Vasco, de 22 de noviembre 2011, rec. 2226/11, transcurren sólo 11 días; y en la más reciente STSJ País Vasco de 17 de noviembre 2015, rec. 1597/2015, 21 días.

¹⁵² En este sentido: F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude [Ref. BIB 2015/1137]”, cit., p. 3/5.

¹⁵³ Aunque en la parte conclusiva de la sentencia no se de la relevancia que a mi juicio requiere a esta circunstancia, los hechos probados muestran que escasos días después de la presentación de la demanda de impugnación colectiva del despido se firma el contrato de subarriendo entre la arrendadora (Repsol) y la arrendataria entrante (Campsa) –que ya participaba como franquiciador en la anterior explotación– y en el que *“prestó su consentimiento expreso”* la arrendataria saliente (Sodeoil) –empresa creada ad hoc para la explotación originaria del negocio y cuyo capital pertenece 100% a una empresa pública (Sodefesa), que a su vez es de titularidad del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, propietario de la finca que se cedió años antes a la arrendadora Repsol para que construyera y explotara la estación de servicio fijándose en dicho contrato una cláusula por la cual se permite a esta ceder o arrendar libremente a terceros–.

¹⁵⁴ Como ocurre en otros supuestos de fraude. Por ejemplo, STS de 17 de febrero de 2014, rec. 142/13.

¹⁵⁵ STSJ Galicia de 3 de noviembre de 2010, rec. 3198/10.

encadenamiento de contratos temporales¹⁵⁶. La STSJ Navarra de 21 de junio de 2019 (rec. 210/19), con cita de otros precedentes, considera que para aplicar el efecto Lázaro deben darse dos condiciones: “una, la existencia de un acuerdo entre cedente y cesionario para conseguirlo, aunque se ha excluido en alguna ocasión (STSJ Galicia 19/04/95); y otra, el transcurso de un breve lapso entre la extinción del vínculo laboral y la transmisión del negocio, teniendo presente cómo cuanto más tiempo transcurra, menores son las posibilidades de “resurrección”. De hecho, mientras algunos entienden que no podrá superar el plazo de prescripción de un año, establecido en el artículo 59 ET para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de trabajo (STSJ Canarias/Las Palmas 28/06/06); otros lo sitúan en tres años (STSJ Aragón 23/11/94), pues “el art. 44 ET, al vincular solidariamente las responsabilidades de cedente y cesionario, no somete esta solidaridad a plazo alguno de prescripción, sino que directamente le adjudica una duración de tres años” (STSJ Asturias 29/09/06 y 16/03/07)”¹⁵⁷.

b) Un segundo elemento que debe analizarse es cómo juega la acreditación de la causa del despido. Como se describió antes, es posible que el despido devenga improcedente o nulo a consecuencia de una simultánea o posterior sucesión de empresa y no por ello tiene porqué haber un ánimo fraudulento. Y por el contrario, puede afirmarse que el hecho de que el tribunal considere acreditada la causa del despido tampoco es óbice para que aprecie fraude, pues resulta obvio que una empresa que tiene pérdidas o cesa en su actividad tiene causa suficiente para realizar el despido, pero esta causa puede perder virtualidad si al poco tiempo la actividad es continuada por otro empresario que recibe una unidad productiva autónoma que le permite continuar su explotación. Dicho lo cual, por sí sola no es determinante para excluir o concluir la existencia de fraude de ley, pero sin duda es relevante y debe valorarse con el resto de indicios y, en particular, con la forma en la que se ha llevado a cabo el despido.

En este sentido, se ha estimado que hay fraude porque “*resulta significativo que 23 días antes de la formalización del contrato de arrendamiento de industria celebrado entre CEPESA y CEDISA, en cuya virtud esta se hacía cargo de la explotación del negocio antes gestionado por AIDATER, se adoptara la decisión de despedir al actor con base en causas que no están acreditadas, con la finalidad de eludir la subrogación en el trabajador*”¹⁵⁸. En cambio, no puede llegarse a la misma conclusión cuando “*ni la cronología, ni las causas económicas (preexistentes y no relacionadas con el cambio de empleador), ni las pruebas practicadas conducen a pensar que se puso en marcha y acordó un despido colectivo para evitar las consecuencias subrogatorias*”¹⁵⁹.

i) Puede jugar como elemento negativo para el fraude que en el despido haya intervenido fiscalizando la causa una autoridad administrativa o judicial en el marco de un expediente de

¹⁵⁶ F. J. TOROLLO GONZÁLEZ, “La sucesión de empresa y la extinción del contrato de trabajo”, cit., p. 422.

¹⁵⁷ También en este sentido, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ; M. M. RUIZ CASTILLO, “Transmisión de empresa y fraude de ley”, cit., p. 526.es

¹⁵⁸ STSJ Madrid de 26 de junio de 2017, rec. 295/17.

¹⁵⁹ STS de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/13.

regulación de empleo o de un concurso de acreedores, pues parece que establece una suerte de presunción de legalidad que excluye el fraude¹⁶⁰. Del mismo modo que si el despido colectivo finaliza su periodo de consultas con acuerdo de los representantes de los trabajadores. Aunque no siempre el control previo por una autoridad administrativa conduce a tal solución, pues tal y como muestra la STS de 26 de junio de 2014 (rec. 219/13), el tribunal constató la presencia de fraude a pesar del informe favorable de la Inspección de Trabajo a la decisión extintiva realizada por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

ii) Por el contrario, puede jugar como elemento positivo de fraude que el despido incluya a la totalidad de la plantilla y posteriormente la actividad vaya a ser continuada. De nuevo sobre la citada STS de 18 de febrero de 2014, aunque queda suficientemente acreditada la causa económica del despido, la transmisión fue fraudulenta *“por la forma y el tiempo en que se llevó acabo, la primera [empresa] despidió a sus trabajadores con un ERE encaminado a producir la transmisión sin cargas laborales de la que se benefició la entidad sucesora”*. Y es que el hecho de que con dicha extinción se haya prescindido de la totalidad de la plantilla, casa mal con la continuación de la actividad por otra entidad, pues permite deducir que lo pretendido era sustituir unos trabajadores por otros. Otra cosa habría sido una extinción parcial de los contratos permitiendo la subrogación del resto para mitigar la crisis empresarial y garantizar la viabilidad del proyecto empresarial¹⁶¹. Sobre este último extremo hay pronunciamientos en los que se constata que se llevan a cabo de forma paralela procesos de despido y de transmisión de empresa sin que se aprecie indicio alguno de fraude¹⁶². Ahora bien, si las extinciones previas son parciales y la empresa cesionaria procede a contratar nuevos trabajadores, revelan una voluntad de sustituir a los trabajadores despedidos por otros con condiciones más favorables para el nuevo empresario¹⁶³. Por ejemplo, el hecho fraudulento se ve corroborado con la contratación de otras dos personas con igual o similar categoría que realizan las mismas funciones y vulnerando el derecho de preferencia al reingreso pactado en el procedimiento de despido colectivo¹⁶⁴.

¹⁶⁰ SSTS de 16 de julio 2003, rec. 2343/02; de 24 de julio 1995, rec. 3353/94. Más concretamente, respecto a la transmisión de unidades productivas derivadas empresas en crisis o inmersas en procedimiento concursal en las que ha habido una disolución autorizada por el juez del concurso, se ha entendido que no cabría hablar de una “continuación” de la actividad, sino más bien de una “reconstrucción” de la misma. STS de 25 de septiembre 2008, rec. 2362/07. También en la doctrina judicial, entre otras: STSJ País Vasco de 22 de noviembre de 2011, rec. 2226/11; STSJ País Vasco de 24 de marzo de 2015, rec. 352/15.

¹⁶¹ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude”, cit., p. 3 y 4/5.

¹⁶² STS de 12 de diciembre de 2018, rec. 122/18. En el mismo sentido, la doctrina judicial: SSTSJ Andalucía, Málaga, de 2 de noviembre de 2017, rec. 1568/17; Andalucía, Granada, de 17 de noviembre de 2010, rec. 2215/10.

Acerca de la pertinencia del despido en supuestos de transmisión se ha afirmado que *“evidentemente, si se produce una transmisión de una entidad económica saneada y que tiene beneficios, las extinciones previas difícilmente superarán el juicio del fraude, mientras que si la empresa se encuentra en dificultades por una o varias causas objetivas que pueden superarse mediante un expediente de regulación de empleo y su traspaso a otro titular no creo que pueda entenderse que existe un fraude de ley”* Cfr. J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, cit., p. 46.

¹⁶³ E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., p. 258. En este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana de 21 de octubre de 2015, rec. 1989/14.

¹⁶⁴ SJS nº1 de Valladolid de 18 de junio de 2014, proc. 138/14.

c) Un tercer elemento a valorar, como ya se ha avanzado, es como la empresa gestione la información sobre una próxima transmisión de empresa durante el periodo de consultas del despido colectivo. El hecho de que la empresa actúe con transparencia conecta con el deber de negociar de buena fe que debe regir el mismo, dado que no puede negarse la relevancia que tiene sobre los posibles acuerdos a alcanzar¹⁶⁵. Así, es indicio de fraude que se oculte el proceso de transmisión que se estaba gestando simultáneamente al periodo de consultas por cuanto que se vulnerarían las reglas de la buena fe en la negociación¹⁶⁶. De nuevo, puede ponerse de ejemplo la STS 18 de febrero de 2014, en la que se oculta durante el periodo de negociaciones el destino que iba a seguir la gasolinera. De hecho, el representante de los trabajadores presentó una oferta de subarriendo por parte de una empresa interesada que fue desoída.

C) En fin, es evidente también el fraude cuando se crea la empresa cesionaria en una fecha próxima y de forma oculta o no transparente. Así, por ejemplo, cuando se crea una sociedad civil cuyos socios están vinculados a la antigua empleadora, cuyo objeto social y actividades son similares, y que contrata a parte de la plantilla, lo que evidencia su creación fraudulentamente con el fin de eludir las normas que regulan la sucesión de empresas respecto a los trabajadores no subrogados (STS de 20 de junio de 2017, rec. 15/2017). En el mismo sentido, cuando se utiliza una arquitectura jurídica para formar un entramado empresarial que, amparado en las *“legítimas facultades organizativas de una actividad económica amparada por el principio de libertad de empresa”*, sirve para eludir la subrogación. Ello ocurre cuando, a pesar del formal inicio de la UTE que resulta nueva adjudicataria, subcontrata con la empresa mayoritaria que integraba la UTE cesante, de modo que los *“grupos de empresas integrados en las UTEs respectivas que negocian y en los que empresas cualitativas y determinantes integrantes de las mismas colaboran al final en la oferta de la otra”*, poniendo de manifiesto una *“negociación que evidentemente y por lógica no es fruto de un instantáneo pacto, sino que se ha desarrollado en el tiempo, paralelamente a la celebración del concurso, lo que hace presumir razonablemente y concluir que debió existir un consciente y concertado acuerdo entre las mismas para seguir participando finalmente, con independencia del entramado formal de los acuerdos y contrato administrativo formal concertado, en la explotación de la contrata... participando las empresas en los beneficios obtenidos en la nueva concesión, que se verían minorados por el coste de la obligada asunción de la integridad de los trabajadores iniciales”*¹⁶⁷. Sin embargo, frente a un supuesto similar no ha apreciado la existencia de fraude de ley aun cuando, también se deduce perfectamente que hay una clara maniobra para llevar a cabo una transmisión de empresa no transparente, por cuanto que la UTE que resulta adjudicataria de la concesión de transporte terrestre entre dos terminales de un aeropuerto de AENA está integrada mayoritariamente por las mismas empresas que componían

¹⁶⁵ F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude [Ref. BIB 2015/1137]”, cit., p. 4/5.

¹⁶⁶ SSTS de 6 de marzo de 1987; de 24 de julio de 1995, rec. 3353/94. Con mayor detalle, véase: F. J. TOROLLO GONZÁLEZ, “La sucesión de empresa y la extinción del contrato de trabajo”, cit., p. 415.

¹⁶⁷ Entre otras, SSTSJ Andalucía, Granada, de 26 de enero de 2017, rec. 887/16; de 2 de marzo de 2017, rec. 2983/16; de 22 de junio de 2017, rec. 123/17; confirmadas, entre otras, por SSTS de 16 de enero de 2020, rec. 2913/17; de 22 de enero de 2020, rec. 2741/17; de 12 de marzo de 2020, rec. 3635/17.

la UTE anterior que venía gestionando el servicio y que pretenden desprenderse de la plantilla ante una nueva licitación del servicio¹⁶⁸.

Y es que, a riesgo de ser reiterativo, se debe volver a destacar que la elasticidad del concepto de fraude de ley provoca una gran inseguridad jurídica, pues no siempre se llega a esta solución, aun cuando se desprende una clara voluntad manifiesta de extinguir la relación laboral como acto de unilateral impuesto por el ente público comitente que provoca una decisión de truncamiento o brusca finalización de la relación laboral¹⁶⁹.

1.3.2. *La aplicabilidad a la reversión de servicios y actividades públicas*

Realizada una aproximación al estado de la cuestión cabe plantearse en qué medida resultan aplicables las anteriores consideraciones a las extinciones previas a la sucesión empresarial en supuestos de reversión de servicios y actividades públicas. Y una observación preliminar que debe hacerse es, salvo error u omisión, la ausencia de pronunciamientos que aprecien la existencia ánimo fraudulento en este tipo de operaciones de transmisión.

A) Podrían considerarse diferentes hipótesis para tratar de explicar esta escasa virtualidad en el ámbito de reversiones de servicios públicos que constituyen una transmisión empresarial.

a) En primer lugar, podría pensarse que la existencia de un expediente administrativo previo y público sobre el cambio de gestión que deja constancia del cambio de titularidad proporciona un plus de transparencia que dificulta la existencia de maniobras de ocultación por parte de las empresas implicadas¹⁷⁰. No obstante, la realidad contempla supuestos en los que se aprecia una

¹⁶⁸ En este sentido el Alto Tribunal (STS de 31 de mayo de 2019, rec. 235/18) reitera las consideraciones expuestas por la sentencia recurrida y afirma que *“la única explicación que permite comprender las razones que han llevado a la UTE saliente a activar el despido colectivo las encontramos en el hecho de que las mismas empresas que la integraban son las que a su vez disponen de la mayoría del capital de la UTE entrante, y por ese motivo han optado por asumir el coste de extinción de las relaciones laborales para gestionar desde cero la contratación de nuevos trabajadores temporales a partir del momento en el que se han adjudicado la contrata en 2017, lo que evidencia que con su conjunta y concertada actuación únicamente pretenden eludir la garantía de estabilidad en el empleo que garantiza el convenio colectivo de aplicación”*. A lo que además, cabe añadir que *“en el caso de que no existiere ninguna vinculación jurídica o económica entre la MONBUS GLOBALIA UTE y la nueva adjudicataria del servicio, ninguna duda cabe que hubiere actuado exactamente igual que en su momento lo hizo la UTE TRANS T1, T2 al cesar en el servicio en el año 2013, esto es, dando por sentado que debía operar la subrogación del art. 14 del Convenio Colectivo, que no la extinción indemnizada a su costa de los contratos de trabajo a través de un despido colectivo”*.

¹⁶⁹ STSJ Andalucía, Sevilla, de 8 de enero de 2007, rec. 3723/05, sobre la reversión del servicio de comedor de un hospital a la Administración autonómica. En este sentido, algunos autores claramente han manifestado que *“no se produce, no obstante, una aplicación del fraude de ley tan recurrente como cabría esperar, dado el numeroso elenco de simulaciones que pueden concurrir en una negociación entre empresarios que compran y venden empresas, o de propietarios o titulares de las mismas que pretenden, en solitario, hacer más rentable su compra o venta”*. Cfr. J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ; M. M. RUIZ CASTILLO, “Transmisión de empresa y fraude de ley”, cit., p. 520.

¹⁷⁰ Esta es la idea que subyace en las SSTSJ Galicia de 5 de octubre de 2010, rec. 2445/10; de 3 de noviembre de 2010, rec. 3198/10, en las que se destaca que el cambio de concesionaria se produce de manera totalmente transparente debido al procedimiento de adjudicación seguido.

clara voluntad de los sujetos empresariales públicos y privados implicados de truncar la subrogación.

Por ejemplo, sorprende que finalmente no se concluya con la existencia de fraude cuando el mismo órgano judicial resalta que la extinción del contrato de gestión de piscinas públicas, que se resolvió de mutuo acuerdo, motiva el *“despido por causas objetivas el cual sin necesidad de entrar en la concurrencia de las causas invocadas debe ser calificado como improcedente porque se realiza tal despido cuando concurre un supuesto de sucesión de empresas que se estaba tratando de eludir por acuerdo entre empleadora y Ayuntamiento acudiendo a la figura del despido objetivo invocando unas causas económicas generales”*. Y es que el Ayuntamiento acude a esta forma de extinción por conveniencia, ya que en la concesión se había producido un desequilibrio económico que estaba obligado a compensar al concesionario según lo estipulado en el pliego de condiciones. De esta forma, en lugar de revisar los precios del servicio y las condiciones de la concesión se acuerda con la empresa la extinción de la concesión aprovechando unas obras de reforma que debían hacerse en las instalaciones que más bien deberían haber conducido a la suspensión y no a la extinción de los contratos¹⁷¹.

b) En segundo lugar, se ha señalado que los tribunales se muestran más restrictivos al aplicar la figura del fraude de ley a Administraciones y empresas públicas requiriendo mayores esfuerzos de acreditación para probar la conducta fraudulenta, denegando el juego de la prueba de presunciones¹⁷². No obstante, no ha sido obstáculo para su aplicación en los casos de disolución de entidades pertenecientes al sector público institucional y empresarial.

c) También se ha tratado de explicar la inaplicación judicial del fraude de ley en casos de sucesión de contratistas en los que no media formalmente una extinción contractual previa por parte de la empresa saliente sino una conducta pasiva por parte de la entrante que niega la subrogación, pues en estos casos no se está ante un acto encuadrable en una norma de cobertura –art. 51 y ss. ET– que sirve para eludir la norma que debería ser aplicable –art. 44 ET–, rompiendo el esquema básico de la figura del fraude¹⁷³. Este argumento puede trasladarse sin problemas a reversiones de actividades externalizadas, al menos, para aquellos supuestos en los que haya una negativa de subrogación por parte de la empresa principal, aunque no explicaría tampoco la inaplicación de la figura jurisprudencial en aquellos otros en los que el contratista saliente despide objetiva o colectivamente al personal.

¹⁷¹ SJS nº. 2 Salamanca de 22 de noviembre de 2019, proc. 701/19.

¹⁷² Señalan esta posibilidad: J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ; M. M. RUÍZ CASTILLO, “Transmisión de empresa y fraude de ley”, cit., p. 521. Se apoyan los autores en la STS de 16 de febrero de 1993, rec. 2655/91. En todo caso, también constatan la escasa virtualidad de la aplicación del fraude en supuestos de

¹⁷³ P. SÁNCHEZ PÉREZ, “El trabajador ante la sucesión de contratistas: visión transversal de sus posibilidades de actuación”, en AA.VV. (Coord. AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 8/14.

d) Y en fin, se puede apuntar que, atendiendo a las consideraciones de la doctrina más clásica en materia de despido y sucesión de empresa, la inexistencia de un “*pacto interempresarial tendente a evitar las previsiones del art. 44 ET*” impedirían la apreciación del fraude. Dicho concurso de voluntades fraudulento no puede estar presente en aquellas transmisiones que carecen de tracto directo y no tienen lugar en el marco de una cesión convencional, sino que se producen a de forma indirecta –a través de un tercero y en dos fases– o a consecuencia de la decisión unilateral del comitente o arrendatario que retoma la explotación de las actividades.

B) No hay, no obstante, un razonamiento objetivo y claro por el cual no pueda extenderse la doctrina sentada en supuestos diversos a la reversión de servicios públicos a estos últimos, habida cuenta de que contienen elementos que los hacen equiparables y, por tanto, las consideraciones realizadas sobre los hechos objetivos a partir de los cuales debe deducirse el fraude son perfectamente extrapolables¹⁷⁴. Así lo ha entendido, por ejemplo, la STSJ Islas Baleares de 23 de enero de 2014 (rec. 283/13), pero en sentido inverso, considerando que los criterios empleados en casos de reversión de concesiones son plenamente aplicables a los supuestos de arrendamiento de industria. En este sentido, la doctrina científica considera que la jurisprudencia sobre fraude de ley dictada en extinciones contractuales previas a transmisiones de empresas en supuestos de reversiones de arrendamientos de empresas y en reestructuraciones del sector público puede jugar un papel muy importante en los supuestos de remunicipalización¹⁷⁵.

a) En primer lugar, cabe referirse a precedentes de fraude de ley en operaciones de reversión de arrendamiento de empresas en el sector privado, equiparables por la similitud del supuesto de hecho a la reversión de contratos en el sector público o privado¹⁷⁶.

b) En segundo lugar, implícitamente se ha admitido que la decisión extintiva en fraude de ley no derive de un pacto interempresarial entre cedente y cesionario, cuando se acepta que la voluntad de impedir la subrogación puede provenir únicamente por quien debe cumplir tal obligación y que, además, es quien adopta la decisión sobre el cambio de titularidad constitutivo de transmisión de empresa y ostenta una posición de poder que puede influir sobre el devenir de la actividad empresarial del cedente. De algunos asuntos judiciales de reversión de

¹⁷⁴ En este sentido, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ; M. M. RUÍZ CASTILLO, “Transmisión de empresa y fraude de ley”, cit., p. 528.

¹⁷⁵ D. MARTÍNEZ SALDAÑA, “Especificidades de la figura de la sucesión de empresas en el marco de las remunicipalizaciones”, en AA.VV. (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 149.

¹⁷⁶ La ya comentada STS de 18 de febrero de 2014, o, entre otras, por ejemplo, la STSJ País Vasco de 28 de abril de 2015, rec. 639/15. También se ha entendido que la figura del *fraus legis* se da aunque no se produzca una transmisión directa entre cedente y cesionario (STSJ País Vasco 26 octubre 2004, rec. 1727/04).

arrendamientos antes citados se desprende claramente cómo es la conducta de la entidad arrendadora que pretende revertir el servicio la que provoca la extinción contractual¹⁷⁷.

También en los procesos de reestructuración en el sector público la decisión de suprimir el ente proviene de la Administración de la que depende y donde deben integrarse los trabajadores. Así se desprende en las sentencias que revisan el despido colectivo de la totalidad de la plantilla ante la disolución de los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT)¹⁷⁸ –dependientes del Servicio Andaluz de Empleo (SAE)–, y que concluyeron con la existencia de fraude al materializarse la extinción para burlar la normativa autonómica que contemplaba la subrogación e integración del personal en el SAE ante su eventual disolución o extinción. Lo que interesa destacar aquí es que la decisión fue orquestada desde la Administración autonómica a pesar de que cada UTEDL tenía personalidad jurídica propia y facultades para acordar su propia disolución. Se llega a esta conclusión tras apreciar indicios como el sincronismo de los despidos en todos los entes (hasta el punto de que la primera reunión del periodo de consultas se produce de forma simultánea), el hecho de que la Junta de Andalucía aprobase una subvención para hacer frente a las indemnizaciones del personal, o que se dilatase la disolución de los entes para evitar el efecto subrogatorio. De no concurrir esta coordinación cada UTEDL podría haber acordado su disolución integrándose su personal en el SAE, lo que además habría sido menos oneroso y económicamente pernicioso para cada entidad¹⁷⁹. En definitiva, de los hechos se desprende una actuación administrativa que constituyó una “desviación de poder” constitutiva de fraude ley, al intentar eludir la aplicación de la normativa autonómica sobre la integración del personal del Consorcio en el SAE.

¹⁷⁷ En la STSJ de Asturias de 6 de junio de 2014 (rec. 1096/14) se constata cómo deja de suministrar carburante intencionadamente para provocar que la arrendataria acudiese al despido por causas productivas por ver imposibilitada su actividad antes de revertir la explotación de la estación de servicios.

¹⁷⁸ Entidades de Derecho público que gozan de personalidad jurídica propia, promovidas y participadas por la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía a través del SAE y por Entidades Locales, para fomentar la creación de empleo a nivel local y cuya financiación era a través de subvenciones de ambas entidades públicas, en proporciones determinadas por el número de habitantes de los respectivos municipios.

SSTS de 14 de febrero de 2014, rec. 148/13; de 17 de febrero de 2014 (2), rec. 142 y 143/13; de 18 de febrero de 2014 (2), rec. 151 y 228/13; de 19 de febrero de 2014 (2), rec. 150 y 174/13; de 20 de febrero de 2014, rec. 116/13; de 26 de marzo 2014, rec. 158/13; de 5 de abril de 2014, rec. 86/13; de 14 de abril de 2014, rec. 208/13; de 15 de abril de 2014, rec. 86/13; de 16 de abril de 2014 (2), rec. 152 y 261/13; de 20 de mayo de 2014, rec. 153/13; de 24 de junio de 2014, rec. 270/13; de 25 de junio de 2014, rec. 223/13; de 26 de junio de 2014, rec. 219/13; de 9 de julio de 2014, rec. 149/13; de 18 de julio de 2014 (2), rec. 257 y 269/13; de 23 de septiembre de 2014 (2), rec. 309 y 310/13; de 21 de octubre de 2014, rec. 59/14; de 10 de diciembre de 2014, rec. 260/13; de 11 de diciembre de 2014, rec. 258/13; de 3 de febrero de 2015, rec. 262/13; de 5 de febrero de 2015, rec. 259/13; de 24 de marzo de 2015, rec. 118/13; de 20 de mayo de 2014, rec. 1/14; de 15 de octubre de 2015, rec. 38/14.

¹⁷⁹ Además, la insuficiencia presupuestaria alegada como causa extintiva con ocasión de la reducción de la asignación estatal en un 90% respecto al ejercicio anterior, era perfectamente conocida y previsible. Al respecto, “habría que descartar que la referencia a la insuficiencia presupuestaria sobrevenida contemple aquellas causas que tienen su origen en una decisión política que suponga dotar a una determinada Administración con unos recursos inferiores a los previstos en el momento de la elaboración y aprobación de los presupuestos correspondientes”. Cfr. L. LÓPEZ CUMBRE, “Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013, p. 23.

Pues bien, en las reversiones de servicios públicos la decisión de cambio de gestión normalmente será adoptada de forma unilateral por el ente comitente público y, habida cuenta de que será el cesionario y principal perjudicado por la subrogación no es ocioso considerar que la voluntad o ánimo fraudulento no procederá en estos casos de un acuerdo o pacto interempresarial sino de uno solo de los sujetos. En este sentido, debería poder afirmarse que no es necesaria la concurrencia de ambos empresarios para apreciar fraude de ley, sino que basta que se manifieste de cualquier modo un *animus fraudandi* cuya razón subyacente sea impedir la subrogación¹⁸⁰.

Sin embargo, a mi juicio las respuestas jurisprudenciales no han sido del todo claras en otro tipo de operaciones en las que la sucesión no se produce por acuerdo directo entre ambas empresas, sino que interviene un tercero. Así, por ejemplo, en casos de sucesión de contratistas, en ocasiones, el Tribunal Supremo no ha vislumbrado la existencia de fraude por la falta de negocio jurídico entre las contratistas saliente y entrante. Así lo ha manifestado para inadmitir la acumulación de acciones por despido colectivo y sucesión empresarial¹⁸¹, de lo cual puede inferirse que la ausencia de tracto directo impide que se haya un acuerdo interempresarial fraudulento. Por consiguiente, siguiendo este posicionamiento, quedaría también al margen de este concurso de voluntades malintencionado las transmisiones causadas por una decisión unilateral del cesionario. Pero en otros casos, sí que ha apreciado que hay fraude por parte de uno solo de los sujetos, más concretamente del contratista cesionario, cuando interpreta y aplica de forma restrictiva el precepto convencional que impone la obligación de realizar un proceso de selección al personal de la empresa saliente de modo que, al hecho de no asumir ningún trabajador de aquella, le atribuye una clara intención de frustrar la subrogación convencional que constituye un despido carente de justificación en fraude de ley¹⁸².

En diversos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León¹⁸³, tras la resolución de las cuestiones prejudiciales que elevó al TJUE (asunto *Colino Sigüenza*), entra a valorar si el cese de la empresa concesionaria del servicio de escuela de música municipal y los despidos realizados forman parte de una medida deliberada del Ayuntamiento de privar a los trabajadores de una subrogación empresarial. El TSJ descarta la existencia de cualquier maniobra que admita tal consideración porque la decisión de despedir a la plantilla y cesar en la actividad fue adoptada unilateralmente por la empresa “*en contra de la voluntad del Ayuntamiento de Valladolid, que la consideró como un incumplimiento de contrato. Solamente después de que la concesionaria hubiera cesado en su actividad y despedido a sus trabajadores, sin que conste consentimiento ni colaboración por parte del Ayuntamiento, la Administración municipal abrió un nuevo proceso de adjudicación del servicio a otro concesionario, lo que se produjo cuando ya se había producido el despido de toda la plantilla*”. Claro que, a mi juicio otra solución podría haberse

¹⁸⁰ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ; M. M. RUÍZ CASTILLO, “Transmisión de empresa y fraude de ley”, cit., p. 526.

¹⁸¹ STS de 9 de enero de 2019, rec. 108/18.

¹⁸² SSTs de 6 de febrero de 2020, rec. 2651/17; de 31 de enero de 2020, rec. 3634/17.

¹⁸³ SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 19 de noviembre de 2018, rec. 231/16; de 21 de noviembre de 2018 (2), rec. 627 y 721/16; de 22 de noviembre de 2018, rec. 685/16; de 29 de noviembre de 2018, rec. 958/16; de 3 de diciembre de 2018, rec. 744/16.

impuesto dado que el abandono se produjo por un incumplimiento de los términos económicos del contrato por el ente adjudicador que condujo a un desequilibrio financiero en la empresa (cuestión resuelta en un posterior procedimiento administrativo); tras denegar la solicitud de resolución del contratista por no poder hacer frente a la explotación ante tal escenario, obligándole a continuar; imputarle la responsabilidades y sanciones por abandono de la concesión (decisión municipal que fue anulada en el proceso administrativa); y decidir voluntariamente la no continuación de la actividad al no tratarse de un servicio público de obligada prestación. Por lo que la interrupción del servicio durante cinco meses hasta que finalizó el nuevo proceso de licitación, coincidiendo con los tres meses del periodo vacacional de inactividad, impidieron la continuidad de la plantilla.

c) En tercer lugar, precisamente en relación a esto último, debe reflexionarse sobre las posibilidades de interrumpir la actividad pública para frustrar la subrogación. No es ocioso volver a recordar un criterio ya analizado para determinar cuándo concurre el supuesto de hecho del artículo 44 ET, pues es reiterada la doctrina judicial que estima que dejar al arbitrio de la entidad que adopta el acuerdo de cambio de gestión del servicio la decisión de suprimirlo o no continuar con la actividad cuando tiene posibilidades de hacerlo *“supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el substratum objetivo de la empresa”*¹⁸⁴. A pesar de ello, los tribunales que han conocido estos asuntos, y a pesar de realizar tales manifestaciones, no han aplicado las consecuencias previstas en el art. 6.4 CC. En efecto, la interrupción de la actividad es una cuestión harto conflictiva puesto que puede impedir la continuidad de las relaciones laborales. Como con acierto se ha dicho, *“la mayor parte de las situaciones contempladas judicialmente no integran supuestos en los que se transmita una empresa en funcionamiento, pues ello eliminaría todo litigio sobre la subrogación empresarial, sino que el desacuerdo surge precisamente [...] cuando se trata de ocultar esa sucesión con el fin de evitar las consecuencias que entraña y se acude en el cambio de titularidad –añadimos– a mecanismos no transparentes”*¹⁸⁵.

De nuevo, pueden traerse aquí algunos criterios sentados en el enjuiciamiento de reestructuraciones en el sector público en las que se lleva a cabo supresión de entidades. El Tribunal Supremo, conociendo sobre los despidos colectivos previos a la extinción de entes instrumentales, ha considerado que difícilmente no va a tener lugar una sucesión de empresa si tras la desaparición de la personalidad jurídica el patrimonio y los cometidos que esta venía desarrollando serán asumidos por otra entidad pública. En este orden de cosas, un despido colectivo previo responde a la finalidad de impedir fraudulentamente la necesaria integración del personal que venía desarrollando tales funciones en la nueva entidad. Esto mismo fue constatado

¹⁸⁴ STS de 5 de febrero de 1991, basándose en la anterior STS de 26 de mayo de 1987; criterio reiterado y recogido en pronunciamientos más recientes como, entre otros: STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2019, rec. 289/19; de 29 de julio de 2013, rec. 28/13, confirmada por STS de 19 de mayo 2015, rec.358/2014; Asturias de 22 de marzo de 2018, rec. 182/18.

¹⁸⁵ STSJ Galicia de 21 de junio de 2019, rec. 210/19.

en la STS de 26 de junio de 2014 (rec. 219/13) que enjuicia el despido llevado a cabo en la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid por la vía del art. 49.1.g ET. El Tribunal dictaminó que *“lógicamente es muy difícil que en el ámbito de las Administraciones Públicas, pueda producirse extinción del contrato de trabajo por esta específica causa de “extinción de la personalidad jurídica del contratante”, dado que, normalmente, en dicho ámbito, cuando se produce la extinción de un ente público, las competencias y funciones de un organismo extinguido se transfieren a otro”*¹⁸⁶. En el mismo sentido, la STS de 21 de mayo de 2014 (rec. 162/13), referente a la Agencia de Movilidad Valenciana, cuyas funciones administrativas también son asumidas y continuadas por la propia Administración de la que depende, a través de la correspondiente Consejería, y las funciones comerciales por otra entidad pública de nueva creación. A pesar de ello, se procede a extinguir los contratos de 31 de 39 trabajadores alegando causa económica y organizativa por insuficiencia presupuestaria y redimensionamiento del sector público. Y de forma similar, la STS de 22 de marzo de 2019 (rec. 2951/17), acerca del procedimiento de disolución de la *Fundació Balears a l’Exterior* y las medidas laborales adoptadas en consecuencia. El órgano judicial llega a la conclusión de que se había intentado evitar al amparo del art. 52.c ET y DA 20 ET la aplicación de las normas con rango legal autonómico que harían inviable la extinción por causas objetivas aun con una eventual insuficiencia presupuestaria, ya que preveían el trasvase de personal al órgano del sector público que asumiese sus funciones y competencias por extinción de la personalidad jurídica así como que la Fundación debía seguir desarrollando las actividades propias de su objeto en tanto no se complete el procedimiento de fusión, absorción, integración o transformación que la extingue¹⁸⁷.

¹⁸⁶ En el concreto caso, el despido se consideró fraudulento porque se realiza cuando la extinción de la personalidad jurídica todavía no se había producido –al estar las leyes que lo disponen en tramitación parlamentaria– y porque se incumplen los requisitos sustantivos y procedimentales del art. 51 ET –al no especificarse las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo motivan, que son sustituidas por la mera invocación a la situación económica del país y a la necesidad de racionalización del gasto público–. De modo que en este caso se despidió antes de perfeccionarse la extinción del ente *“para evitar que el órgano administrativo que a partir de dicha extinción realice las funciones que aquella tenía encomendadas, tenga que hacerse cargo del personal que las venía desarrollando”*. Aunque cuenta con un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García que discrepa sobre la existencia de fraude y considera que debió calificarse la extinción como no ajustada a derecho por haberse realizado por una causa todavía inexistente (antes de la vigencia de la ley que extinguía la APDCM) de modo que se precipitó al anticipar su liquidación y el despido del personal. Es decir, no existía aún la norma de cobertura que supuestamente se pretendía eludir con el fraude, por lo que lo que se produjo es un despido sin causa. Además, afirma que no se produjo ninguna participación por parte de la comunidad de Madrid que motive su condena solidaria y, sin embargo, quien debía hacerse cargo de los contratos es la Agencia Estatal de protección de datos que es la cesionaria según el art. 44 ET pero no fue parte en el proceso y, por tanto, no es condenada.

¹⁸⁷ El hecho de que la reestructuración se desarrollase en dos fases evidencia un comportamiento fraudulento con el fin de eludir la normativa subrogatoria propia (no opera por mor del art. 44 ET). En la primera fase, se extinguieron 4/7 puestos de trabajo antes de la integración de la FBE en una Agencia pública, con la previsión de integración de los restantes trabajadores que finalmente no se materializó aunque continuaron desarrollando la misma actividad de forma conjunta (“codo con codo”) con los trabajadores de la Agencia. En la segunda fase, se extinguieron estas 3 relaciones laborales antes de la efectiva integración. Meses más tarde, la citada Agencia fue extinguida e integrada en la Administración autonómica, despidiendo a toda la plantilla. La normativa autonómica determina la imposibilidad de integración en administraciones públicas a aquellos trabajadores que no hayan superado un procedimiento selectivo basado en los principios de mérito y capacidad. Mientras que el personal laboral de la primeramente extinta FBE sí lo había superado y tenía la condición de fijo, el perteneciente a la Agencia no, lo que

Bien es cierto que las reestructuraciones en el sector público se rigen por una ley especial que determina la integración patrimonio y la subrogación en todos los derechos y obligaciones del ente extinto, mientras que la mayoría de supuestos de reversión de actividades se producen sin el apoyo de una norma especial que determine sus efectos. Con todo, en algunos casos la actualización del supuesto de hecho del artículo 44 ET es palmaria, de modo que debe examinarse con cuidado la actuación del ente público para determinar si ha habido una maniobra que frustra la aplicación de la norma estatutaria. Ello puede ocurrir cuando realiza una interrupción de la dispensación del servicio de forma artificiosa por un periodo de tiempo; o cuando con su actuación evita o retrasa la efectiva transmisión de una entidad económica –por ejemplo, negando o dilatando la recepción de los bienes afectos al servicio o asumiendo o asumiendo temporalmente la gestión directa de una actividad desmaterializada y volviendo a adjudicarla una vez roto el vínculo contractual laboral que impide la subrogación–; o provocando el abandono prematuro del concesionario al incumplir las condiciones económicas pactadas¹⁸⁸.

Por otro lado, en los casos en los que la sucesión empresarial se produce por una ley administrativa se ha admitido que esta establezca un alcance subjetivo limitado y no ordene la subrogación del total de la plantilla. En la STS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/13), que disuelve la Agencia Pedro Laín Enrago, se descarta la existencia de fraude en las extinciones contractuales previas porque la ley que determinó la continuación de sus competencias por la Comunidad de Madrid, con la integración de su patrimonio, dispuso la integración del personal funcionario de carrera y laboral fijo pero no el resto del personal laboral. De modo que no se consideró que el despido colectivo se pusiera en marcha para burlar la subrogación, pues la misma se produce con el alcance y los límites que el legislador autonómico ha querido –y ello, a pesar de que se concluye con la existencia de sucesión de empresa e improcedencia del despido por no revestir la causa económica la gravedad necesaria para justificar la extinción colectiva–. Ahora

habría determinado una preferencia de permanencia en el despido antes de la integración en la Administración territorial de los primeros ex DA 20 ET –aunque en este punto no coincide la Sala 4ª del TS–.

¹⁸⁸ Así ocurre, a mi juicio, en la STS de 19 de mayo de 2015, rec. 388/14, en la que se deduce perfectamente que el organismo autónomo que gestiona el Palacio de Congresos de Madrid se niega a recibir el equipamiento patrimonial adscrito al servicio para evitar desencadenar la aplicación del art. 44 ET. El contrato público se había resuelto por mutuo acuerdo dos años antes, aunque se dispone que la empresa contratista continuará explotando el servicio hasta que se produzca una nueva adjudicación o alternativamente el ente público decida el cese de la actividad. Tras dos concursos que quedaron desiertos y varias solicitudes de la empresa de poner fin a dicho acuerdo bilateral, la administración decide suspender la actividad del Palacio de Congresos por obras, pero no suspende el contrato público cuando el mismo pliego contenía una previsión sobre la posibilidad de suspensión por obras. De este modo obliga a la concesionaria a continuar prestando servicios aun cuando la posibilidad de continuar el normal desarrollo de su actividad económica se ve mermada por la paralización de la actividad. En la STS de 9 de febrero de 2016, rec.400/14, la administración autonómica asume la gestión directa de una actividad desmaterializada siendo inaplicable el art. 44ET y del Convenio Colectivo aplicable, pero 7 meses después vuelva a adjudicar el servicio a otra contratista produciendo una solución de continuidad de las relaciones laborales que no pueden ser subrogadas por el nuevo concesionario porque habían sido ya extinguidas. STS de 17 de noviembre de 2014, rec. 79/14, en la que la concesionaria abandona la gestión del servicio por incumplimiento de los términos económicos del contrato público por parte del Ayuntamiento. Circunstancia no poco frecuente: SSTSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013, rec. 1236/13; de 17 de febrero de 2014, rec. 1391/13.

bien, cuenta con un voto particular al que se adhieren seis magistrados que estiman que el despido debió declararse nulo y la responsabilidad debió atribuirse solidariamente a cedente y cesionaria¹⁸⁹.

d) En fin, a mi juicio, también podría ser un indicio de fraude de ley en los supuestos de reversión de servicios públicos que el propio Pliego de Condiciones imponga a la contratista la obligación de extinguir y liquidar las relaciones laborales, por cuando que excede de las atribuciones que la legislación sobre contratación pública atribuye a la Administración y porque contraviene la normativa legal y comunitaria sobre sucesión de empresas. Al menos, así lo han estimado algunas Salas de lo Social respecto a la cláusula del contrato de arrendamiento de expresa que dispone una penalización para el arrendatario que no extinga las relaciones laborales antes de la extinción del contrato, pues se ha estimado la nulidad de dicho acuerdo por fraudulenta, en la medida en que pretende *“impedir la aplicación al caso de las previsiones del art.44ET al tratarse de una unidad económica autónoma susceptible de ser explotada económicamente”*¹⁹⁰. Sin embargo, otros tribunales no solamente han otorgado cierta presunción de validez a esta recurrente cláusula sino que, en ocasiones, ha jugado como un elemento en contra de la apreciación de transmisión¹⁹¹.

1.4. Despidos por razones económicas, técnicas u organizativas vs. despidos ilegales a consecuencia del traspaso en la jurisprudencia del TJUE. Adecuación a las soluciones jurisprudenciales nacionales

Expuesta la situación actual de la jurisprudencia nacional en torno a las interacciones entre la sucesión empresarial y los despidos previos, toca valorar el grado de adecuación a la doctrina del Tribunal de la Unión sobre la misma materia.

Como punto de partida, el TJUE ha entendido que la infracción de la prohibición de despedir a consecuencia de la sucesión de empresa dará como resultado la consideración de que los

¹⁸⁹ Voto particular Magistrada Excm. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso de casación 231/2013, al que se adhieren los Excmo. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agustí Julia, Doña Rosa María Viroles Piñol, Doña María Lourdes Arastey Sahún y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Consideran que la existencia de sucesión de empresa supone que la Comunidad de Madrid debió subrogarse en las relaciones laborales y tramitar posteriormente el despido siguiendo el procedimiento del art. 51 ET, puesto que de esta forma se priva a los trabajadores del conocimiento de la situación económica de su nueva empleadora quien debería haber facilitado la documentación exigida y participar en las negociaciones. Al no haberlo efectuado así, la decisión extintiva ha de ser declarado nula, procediendo declarar la responsabilidad solidaria de cedente y de cesionario.

¹⁹⁰ STSJ de Asturias de 6 de junio de 2014, rec.1096/14.

¹⁹¹ *“En lo que a la cuestiones casacionales planteadas interesa, la sentencia considera que no hay sucesión empresarial con el Ministerio de Defensa, porque la contrata con Acciona se acabó, y el Ministerio en lugar de llevar a cabo una nueva adjudicación del mantenimiento integral, realizó diversos contratos sectoriales con diferentes empresas, a lo que cabría añadir lo previsto en el pliego de condiciones particulares del contrato con Acciona, donde se establecía que finalizada la contrata la adjudicataria debía liquidar los contratos o asumirlos como propios, sin que subsistiera el derecho de subrogación de ningún trabajador. De modo que Acciona debió proceder al despido objetivo de los trabajadores, sin que quepa apreciar fraude de ley por llevar a cabo la división del servicio integral anteriormente contratado”* (STSJ Andalucía, Sevilla, de 16 de mayo de 2017, rec. 1473/16, firme por no apreciarse la contradicción mediante el ATS de 18 julio 2019, rec. 4470/17; en el mismo sentido STSJ Andalucía, Sevilla, de 16 de noviembre de 2017, rec. 1312/17, firme por ATS de 12 de septiembre de 2018, rec. 644/18).

trabajadores despedidos continúan siendo empleados en la fecha del traspaso y, por consiguiente, las obligaciones derivadas de sus relaciones laborales serán transmitidas de pleno derecho al empresario cesionario, frente al cual podrán invocar la ilegalidad de su despido¹⁹².

La cuestión clave consiste en deslindar lo que pueden considerarse despidos que obedecen a causas económicas, técnicas u organizativas –permitidos por la Directiva– de aquellos otros realizados a consecuencia del traspaso –y que por tanto vulneran el artículo 4.1 de la disposición comunitaria–. Para ello, el TJUE ha determinado que debe atenderse a las circunstancias objetivas en las que se ha producido el despido. Aunque han sido escasas las cuestiones prejudiciales formuladas sobre esta cuestión, ha tenido oportunidad de fijar algunos criterios. Así, ha considerado que los despidos efectuados en una fecha próxima a la transmisión pueden constituir un indicio de que la misma sea el motivo principal de la decisión extintiva. Otro indicio sería que tras la transmisión parte de la plantilla vuelve a ser contratada por el nuevo empresario. Más claramente, cuando concurren ambas circunstancias se evidenciaría la inexistencia de una motivación objetiva para la extinción de los contratos de trabajo¹⁹³, desde el momento en que la actividad empresarial es continuada y se precisa de la plantilla para su prestación.

Por el contrario, si el despido se produce en una fecha bastante anterior y debido a la imposibilidad de la empresa saliente de retribuir a sus trabajadores no parece que la causa sea la transmisión en sí misma. Así, el Tribunal de Unión ha considerado que, en el caso de una reversión anticipada de la gestión del servicio público de escuela de música municipal a consecuencia de un incumplimiento contractual del Ayuntamiento que provoca un desequilibrio económico a la empresa concesionaria y que se ve obligada a despedir colectivamente a la plantilla y cesar unilateralmente en la explotación del servicio, provocando una interrupción del mismo durante más de cinco meses, hasta que la Administración local vuelve a adjudicar el contrato público a otro concesionario al comienzo del siguiente curso académico, “*resulta plausible que el despido se haya efectuado por «razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo», en el sentido del citado precepto, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar al despido de todos los trabajadores y el retraso en la designación de un nuevo contratista de los servicios no formen parte de una medida deliberada destinada a privar a estos trabajadores de los derechos que les reconoce la Directiva*”. La apreciación efectiva de la existencia de la causa –ajena a la voluntad de la empresa concesionaria cedente– y la separación en el tiempo de los despidos y la nueva adjudicación inducen al TJUE a considerar que ambas circunstancias no guardan conexión, salvo que por otros medios pueda probarse que responde a una maniobra empresarial de eludir la norma, cuestión que, como recalca el interprete comunitario,

¹⁹² Por todas, STJUE de 12 de marzo de 1998, *Dethier Équipement*, asunto C-319/94, ap. 41 y 42: “Por consiguiente, debe considerarse que el contrato de trabajo de la persona despedida ilegalmente poco tiempo antes de la transmisión aún existe con respecto al cesionario, incluso si después de la transmisión de empresa éste no se ha hecho cargo del trabajador despedido”.

¹⁹³ Así se desprende de la STJUE de 15 de julio de 1988, *Bork International*, asunto C-101/87, ap. 18.

tendría que ser apreciada en última instancia por el órgano judicial nacional. Como se comentó anteriormente, el tribunal interno no apreció la existencia de fraude.

En síntesis, para el TJUE la posterior contratación de la plantilla despedida constituye un indicio de vulneración de la Directiva, mientras que la debida acreditación de la causa del despido serviría para desvincular la extinción contractual de la transmisión de empresa. Por su parte, el lapso temporal entre la extinción y la transmisión juega en un sentido ambivalente. Cuanto más próximas estén en el tiempo más probabilidades de que las extinciones oculten una connivencia empresarial para eludir la norma, mientras que su distanciamiento en el tiempo reduce las probabilidades de que tal connivencia haya existido en el marco de una negociación del traspaso. Con todo, la escasez de cuestiones prejudiciales planteadas sobre esta cuestión debe conducir a adoptar una actitud prudente en su valoración, no pudiéndose tomar cada uno de estos indicios como reglas claras y concluyentes, sino como patrones interpretativos que deben ser tenidos en cuenta por los tribunales internos atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Ahora bien, estableciendo una comparativa con las diferentes respuestas que ha dado la jurisprudencia interna, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones:

Por lo que respecta a los despidos anteriores y ajenos a la propia sucesión empresarial, como se ha visto, jurisprudencia española emplea la garantía de la responsabilidad solidaria para extender al nuevo empresario las obligaciones pendientes de cumplimiento sobre extinciones contractuales realizadas por el cedente. En este sentido, la solución nacional va más allá de las garantías exigidas por el legislador y el intérprete comunitario que no imponen al cesionario ninguna responsabilidad sobre los contratos de trabajo extinguidos antes de la transmisión, esto es que no fueron subrogados ni despedidos a consecuencia del traspaso. Como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, el cesionario no debe responder por obligaciones pendientes de cumplimiento respecto de trabajadores cuya relación laboral no está vigente en el momento del traspaso¹⁹⁴. Se ha considerado que este interés tutelar de la jurisprudencia, atribuyendo obligaciones al cesionario que deberían permanecer en la esfera del cedente, “*han distorsionado completamente el equilibrio entre la protección de la estabilidad en el empleo y los intereses empresariales*”¹⁹⁵. A mi juicio, mayores implicaciones tiene cuando se imputa la responsabilidad por este motivo a un sujeto de derecho público. Y es que en los casos en los que proceda la readmisión su debido cumplimiento implicaría obviar los principios que deben regir el acceso al empleo público¹⁹⁶; mientras que en los casos en que proceda la indemnización, la misma se ha de satisfacer con cargo a fondos públicos cuya realización debería orientarse a la satisfacción del

¹⁹⁴ Por todas, SSTJUE de 7 de febrero de 1985 (3), *Wendelboe*, asunto C-19/83; *Abels*, asunto C-135/83; *Botzen*, asunto C-186/83.

¹⁹⁵ Cfr. J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, cit., p. 58.

¹⁹⁶ Debe tenerse en cuenta que el art. 286 LJS prevé que, en fase de ejecución, cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por diversas causas –entre ellas, imposibilidad material o legal– el juez dictará auto de declaración extinguida la relación con efectos de la fecha de esta resolución y se abonarán las cantidades del art. 281 LJS. Sin embargo no parece admisible esta solución en tanto que vulneraría la Directiva.

interés general y no a soportar los efectos económicos del despido de un trabajador que no ha realizado y sobre el que nunca adquirió la condición de empleador.

Por otro lado, en cuanto a los despidos ilegales a consecuencia de la transmisión empresarial que no son constitutivos de fraude de ley, se ha visto que se atribuye responsabilidad exclusiva a la empresa que asume la actividad en el entendido de que se trata de obligaciones que surgen con posterioridad al traspaso (fruto de la sentencia que califica el despido). Pues bien, en contraste con la jurisprudencia comunitaria a mi juicio las garantías nacionales son más reducidas, pues mientras que el TJUE considera que el contrato de trabajo ilegalmente extinguido a consecuencia de la transmisión se considerará vigente en la fecha de traspaso operando la subrogación de pleno derecho del cesionario, la jurisprudencia interna asume que la relación laboral se encuentra ya extinguida y la condena al nuevo empresario se limitará, con frecuencia, al ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 56.1 ET, cuando en realidad el despido vulnera frontalmente las previsiones del art. 4.1 de la Directiva 2001/23/CE en la medida en que no hay una causa ajena a la transmisión que lo motive. Además, su consideración como obligación posterior al traspaso impide que sus efectos se encuadren en el ámbito de la responsabilidad solidaria, produciendo una total desvinculación del cedente. Paradójicamente, las garantías en este caso en el que hay una clara conexión entre el despido y la transmisión son menores que en el caso anterior en el que el despido debería quedar en la esfera de responsabilidad del cedente.

Y por último, respecto a los despidos realizados en fraude de ley sí que puede predicarse cierta homologación con la jurisprudencia comunitaria, tanto en los parámetros objetivos empleados para su valoración como en las consecuencias impuestas cuando se aprecia que la causa es pura y simplemente la transmisión de empresa¹⁹⁷. Con todo, la equiparación se pierde por la evolución jurisprudencial de las consecuencias del despido en fraude de ley. Así, en el caso del despido individual, en el que el efecto de la declaración judicial es la improcedencia, el nivel de protección no diferirá del otorgado a los despidos ajenos a la transmisión.

2. La voluntad del trabajador: el alcance del derecho de oposición y la facultad resolutoria

Incluso admitiendo el carácter imperativo y automático de la subrogación en las relaciones laborales que se desprende la Directiva 2001/23/CE, debe matizarse por cuanto se refiere a la voluntad de los trabajadores. En efecto, como es lógico, la norma no puede oponerse a que los trabajadores decidan voluntariamente, ya sea de forma unilateral o mediante acuerdo celebrado con el cedente o cesionario, poner fin a la relación laboral¹⁹⁸. Lo que pretende es *permitir* que los trabajadores queden al servicio del nuevo empresario, pero no dispone la continuación de la

¹⁹⁷ P. SÁNCHEZ PÉREZ, "El trabajador ante la sucesión de contratos: visión transversal de sus posibilidades de actuación", cit., p. 9/14.

¹⁹⁸ SSTJUE de 11 de julio de 1985, *Danmols Inventar*, asunto C-104/84, ap. 16 y 17; de 12 de noviembre de 1998, *Europièces*, asunto C-399/96, ap. 39.

relación laboral con el cedente cuando estos no deseen quedar al servicio del cesionario¹⁹⁹, en la medida en que obligarle a continuar al servicio de un empresario que no ha elegido libremente implicaría una vulneración de sus derechos fundamentales.

Por tanto, la norma “*no impide que un trabajador empleado por el cedente en la fecha de transmisión de empresa se oponga a la cesión de su contrato o relación de trabajo al cesionario, siempre que el trabajador adopte su decisión libremente*”²⁰⁰. Si bien, dicha oposición no puede surtir efectos condicionando la transmisión de empresa, pues en ningún caso la decisión de traspasar la entidad económica puede pender del consentimiento del trabajador²⁰¹. Lo que único que pueden hacer los trabajadores es decidir no continuar prestando servicios para el nuevo empleador. Y debe precisarse que la negativa a la subrogación no lleva aparejada *per se* una indemnización ni tampoco la obligación del cedente de mantener vigente la relación laboral del trabajador que se opone. No hay obstáculos, en cambio, para que los Estados miembros así lo prevean en sus respectivas legislaciones, que pueden desarrollar jurídicamente los efectos derivados de la oposición del trabajador a la cesión de contrato²⁰², pero ante la falta de normación interna no se desprende de la directiva el reconocimiento de tales garantías²⁰³.

Cuestión distinta es que el contrato se resuelva a instancias del trabajador, pero a resultas de una modificación de condiciones de trabajo realizada tras la transmisión. En estos casos, el art. 4.2 de la Directiva 2001/23/CE prescribe que “*si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación substancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo o de la relación laboral se considerará imputable al empresario*”. Y es que en la medida en que el derecho nacional permita que el empresario modifique las condiciones de trabajo en un sentido desfavorable para el trabajador, la existencia de una transmisión de empresa no puede impedir que el nuevo empresario se acoja a tal facultad, sin que quepa entender que produce una suerte de blindaje del contenido del contrato de trabajo.

¹⁹⁹ STJUE de 5 de mayo de 1988, *Berg*, asuntos C-144 y 145/87, ap. 12.

²⁰⁰ STJUE de 12 de noviembre de 1998, *Europièces*, asunto C-399/96, ap. 44.

²⁰¹ En este sentido, “la subrogación no exige el consentimiento del trabajador, ni permite que el trabajador se oponga preventivamente a la misma”. Cfr. M. BOGONI, “Transmisión de empresa, subrogación y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: una aproximación desde el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia más reciente del TJUE”, cit., p. 586.

²⁰² Por ejemplo, una reciente reforma en el régimen de la sucesión de empresa en Portugal ha previsto el derecho de oposición del trabajador al cambio de empresario siempre que le ocasione un perjuicio grave, de modo que le permite el mantenimiento de la relación laboral con el cedente o, alternativamente, la extinción con una indemnización equivalente a la del despido por causas objetivas una vez consumado el cambio de empleador. Véase: D. CARVALHO MARTINS, “Transmisión de empresas en Portugal: balance y perspectivas del nuevo régimen legal ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en José María Miranda Boto (dir.) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 610 y ss.

²⁰³ STJUE de 16 de diciembre de 1992, *Katsikas y otros*, asuntos C-132, 138 y 139/91, ap. 31-37. En el mismo sentido: STJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys y otros*, asuntos C-171 y 172/94; de 24 de enero de 2002, *Temco*, asunto C-51/00, ap. 35 y 36.

Eso sí, la modificación realizada por el empresario cesionario debe estar dentro de los límites previstos por la legislación nacional y la causa de la misma debe ser ajena a la transmisión²⁰⁴. Cuando la modificación operada sigue los requisitos causales previstos en la legislación nacional no puede considerarse que la modificación sustancial obedezca a la transmisión en sí misma, aunque de algún modo tiene su origen en el traspaso. Pero en cualquier caso, esta regla constituye una medida de protección adicional²⁰⁵ por cuanto que permite que el trabajador pueda resolver su relación laboral imputando las consecuencias de la resolución al nuevo empresario²⁰⁶. Ahora bien, tal responsabilidad no implica que la legislación nacional deba garantizar que el trabajador que ve extinguido el contrato por este motivo perciba una indemnización económica equivalente a del despido improcedente. La protección garantizada será la prevista de forma autónoma por el derecho nacional para la materia de la modificación de condiciones de trabajo. No obstante, el tribunal nacional debe garantizar, como mínimo, que el cesionario soporte las consecuencias de la rescisión contractual, debiendo hacerse cargo del pago del salario y así como cualquier otra garantía específica prevista en el derecho interno²⁰⁷. En todo caso, la imputación de la responsabilidad tendrá carácter judicial en la medida en que corresponde al órgano judicial nacional verificar si la alteración de condiciones supone una modificación sustancial que ocasiona un perjuicio al trabajador²⁰⁸.

En el ámbito normativo nacional, la falta de previsión específica sobre esta cuestión del art. 44 ET, no es obstáculo para que los trabajadores conserven sus facultades de dimisión y de instar la resolución de su contrato por un incumplimiento contractual del nuevo empresario (arts. 49.1.d y j ET). Del mismo modo que tienen la posibilidad de extinguir su contrato de trabajo ante modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en los términos previstos en los artículos 41 y 50 ET, motivo por el cual la doctrina ha entendido que la garantía prevista en el artículo 4.2 de la Directiva queda perfectamente cubierta por la legislación laboral general²⁰⁹. De recordarse que el propio artículo 44.9 ET admite expresamente la posibilidad de adoptar con motivo de la transmisión medidas laborales, entre las que se incluyen expresamente los traslados y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Cuando se cumplan los requisitos causales y procedimentales que contemplan dichos preceptos, la resolución del contrato a instancias del trabajador conllevará el derecho a las indemnizaciones legalmente previstas. En caso contrario,

²⁰⁴ SSTJUE de 10 febrero 1988, *Daddy's Dance Hall*, asunto C-324/86, ap. 17; de 12 de noviembre de 1992, *Watson Rask*, asunto C-209/91, ap. 28. Señala el Abogado General Sr. Philippe Léger en las Conclusiones a la STJUE de 17 de julio de 2004, *Delahaye*, asunto C-425/02, "la preocupación del legislador comunitario por conciliar los diferentes intereses en juego: los del nuevo empresario para que pueda proceder a los ajustes y adaptaciones necesarias para el funcionamiento de la entidad económica transmitida, por un lado, y los de los trabajadores afectados en la transmisión con el fin de proteger en la mayor medida posible sus intereses, por otro".

²⁰⁵ F. VALDÉS DAL-RE, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, cit., p. 66.

²⁰⁶ STJUE de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys y otros*, asuntos C-171 y 172/94, ap. 37 y ss.

²⁰⁷ STJUE de 27 de noviembre de 2008, *Mirja Juuri*, asunto C-396/07, ap. 22-30.

²⁰⁸ SSTJUE de 12 de noviembre de 1998, *Europièces*, asunto C-399/96, ap. 40 y ss.; de 26 de marzo de 2020, *Govaerts*, asunto C-344/18.

²⁰⁹ C. MOLINA NAVARRETE, "El «último» capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio", cit., p. 149.

cuando no medie una modificación sustancial de condiciones de trabajo que cause un perjuicio al trabajador, únicamente podrá resolver su contrato dimitiendo sin derecho a compensación alguna. La excepción a esta regla la constituye el 10.3.d del *RD 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial del alto directivo*. Para este tipo de trabajadores sí que se prevé una facultad de desistimiento indemnizada ante supuestos de sucesión empresarial²¹⁰. Ahora bien, resulta crucial para su aplicabilidad que el trabajador cumpla todos los requisitos necesarios para ser encuadrado en el ámbito de la relación laboral especial²¹¹.

Por otro lado, doctrina y jurisprudencia internas también han entendido que el trabajador no cuenta con un derecho de oposición a la transmisión de empresa, aun cuando el cambio de titularidad pueda realizarse en favor de un empleador menos solvente económicamente o, simplemente, esté disconforme con el cambio o prefiera mantener la relación laboral en los términos en los que se originó²¹². Y es que es sabido que el artículo 44 ET excluye la autonomía de la voluntad de las partes²¹³, incluida la del trabajador que no cuenta con un derecho de oposición entendido en un doble sentido: por un lado, porque su consentimiento no es un condicionante técnico a la transmisión de empresa entre dos empleadores que pueda impedir la operación. En efecto, el cambio de titularidad se inserta dentro de las facultades empresariales o administrativas derivadas de los artículos 38 y 103 CE –según la naturaleza pública o privada del empleador– y escapa al poder de disposición del trabajador, que adquiere un rol meramente pasivo ante una transmisión, por lo que no puede ejercer un *ius resistentiae* por este motivo²¹⁴. Y por el otro lado, porque como ya se acaba de decir, la subrogación tiene carácter automático, por lo que la ausencia de un régimen expreso que prevea los efectos del derecho de oposición como existe con el alto directivo, el trabajador no tiene más alternativas que acatar la subrogación imperativa, salvo que quiera poner fin a su relación laboral dimitiendo²¹⁵.

²¹⁰ A diferencia de la figura del trabajador que es intransferible, no ocurre lo mismo con la del empresario, habida cuenta de que las prestaciones a las que se compromete están “patrimonializadas”. No obstante, en aquellos supuestos en los que ambas partes han contratado atendiendo a las cualidades del empresario reforzando el carácter *intuitu personae* de la relación obligatoria, la sucesión legal no puede operar de forma automática y obligatoria, sino que requiere el consentimiento de ambas partes. Véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., pp. 165-167.

²¹¹ Sobre subrogaciones en el ámbito del sector público: STSJ Madrid de 6 de octubre de 2008, rec. 3405/08; STSJ Castilla-La Mancha de 28 de diciembre de 2012, rec. 1479/12.

²¹² SSTCT de 21 de julio de 1987; de 25 de marzo de 1981; de 7 de febrero de 1989. Véase: L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 244.

²¹³ En este sentido, entre otras muchas, la STS de 14 de marzo de 2005, rec. 6/04.

²¹⁴ I. A. RODRÍGUEZ CARDO, “Sucesión de empresas y «ius resistentiae» del trabajador”, en AA.VV. (dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 364. En este sentido, el trabajador es el objeto de protección, y la norma legal presume que el cambio de titularidad es el mejor escenario posible al que puede enfrentarse por lo que no le plantea alternativa alguna. Debe tenerse en cuenta que el hecho de que la norma parta de la premisa de la transmisión de la entidad económica en la que el trabajador estaba adscrito permite presumir que carece de cualquier opción de continuar siendo necesario para el cedente, por cuanto que se enfrentará a un exceso de mano de obra. Ahora bien, el autor entiende que la pluralidad de supuestos subsumibles en el art. 44 ET hace que no siempre tenga que darse esta consecuencia necesariamente (p. 374y 375).

²¹⁵ En contraposición, el régimen de la sucesión contenido en la antigua LCT sí que admitía pacto en contrario. Sobre su alcance: I. ALBIOL MONTESINOS, *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 62-75.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, que ha afirmado que *“no es precisa la aquiescencia de los trabajadores para que opere la subrogación, pues así resulta de lo dispuesto en el art. 44.1 de ET, que únicamente requiere la notificación del cambio a los empleados, bien por parte del cedente o bien por la del cesionario”* (STS de 29 de enero de 2000, rec. 4949/98). O, más recientemente ha declarado que *“el consentimiento de los trabajadores afectados por estar adscritos a la unidad productiva objeto de la transmisión empresarial no es condición necesaria para la válida subrogación de la nueva empresa en sus contratos”* (STS de 8 de junio de 2016, rec. 224/15). En definitiva, *“no es preceptivo el consentimiento individualizado de los trabajadores para que opere con todos sus efectos la subrogación en los contratos de trabajo, dejando a salvo la posibilidad de que puedan ejercitarse las oportunas acciones legales por quienes consideren a título personal que no debieron verse afectados por no estar adscritos a la unidad productiva objeto de la transmisión”* (STS de 20 de diciembre de 2017, rec. 165/16).

Cuestión bien diferente es que la subrogación en todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo no derive de la norma legal o del convenio colectivo estatutario de eficacia general²¹⁶, sino que esté gobernada por un acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario. Es decir, una cesión de contratos que no actualice el supuesto de hecho del artículo 44 ET por no adquirir el nuevo empleador una parte esencial en términos cualitativos y cuantitativos de la plantilla del anterior empresario. En estos casos, insistimos, en los que la subrogación se produce en el marco de un acuerdo contractual entre empresarios y al margen de una norma legal o pactada que imponga la subrogación sí que se requerirá el consentimiento del trabajador. Al respecto, son harto conocidas las numerosas sentencias relativas a la adjudicación del servicio de *handling* y la imposición de subrogación por pliego de condiciones tras la liberalización de la actividad que venía desempeñando Iberia en régimen monopolístico. El Alto Tribunal dictaminó que no resultando aplicable el art. 44 ET *“el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a otro empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores de las obligaciones (art. 1205 del Código Civil)”*²¹⁷.

Si bien, estos supuestos de asunción de plantilla voluntaria extramuros de la sucesión legal o convencional son inaplicables en el caso de las reversiones de servicios públicos, por cuanto que implicarían una desviación de poder de la Administración al tratar de incorporar trabajadores

²¹⁶ En estos casos no existe duda en el carácter obligatorio y automático que tiene para el trabajador, sin perjuicio de la posibilidad de dimitir que conserva. Con mayor detalle, véase: L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrataciones*, cit., pp. 92-97.

²¹⁷ Entre otras SSTs de 29 de febrero de 2000, rec. 4949/98; de 11 de abril de 2000, rec. 2846/99; de 23 de octubre de 2001, rec. 804/00.

en su planta orgánica sin que superen el preceptivo procedimiento selectivo, lo que determinaría a mi entender la nulidad del acto administrativo por fraude de ley.

3. La no continuidad derivada de la voluntad conjunta

En cuanto a las extinciones previas a la sucesión derivadas de la voluntad conjunta de ambas partes no hay especialidades aplicables en los supuestos de reversión. Si bien pueden ponerse de manifiesto algunas ideas brevemente.

En primer lugar, no parece que el pacto suscrito por empresario y trabajador en el contrato de trabajo originario por el que se prevea una condición resolutoria que extinga la relación laboral ante un cambio de titularidad de la empresa encaje bien con el espíritu y finalidad de la institución sucesoria. En la medida en que estaríamos ante un acto contrario a una norma imperativa e indisponible de orden público, la estipulación de una cláusula resolutoria atendiendo al fenómeno transmissivo deberá considerarse abusiva a los efectos del art. 49.1.b ET y deberá sancionarse con la nulidad de dicha cláusula o pacto (art. 9.1 ET)²¹⁸.

En segundo lugar, dudas puede suscitar también la extinción del contrato por mutuo acuerdo anterior a la transmisión (art. 49.1.a ET). Parte de la doctrina considera que puede resultar abusivo o suponer una renuncia de derechos adquiridos prohibida por el artículo 3.5 ET²¹⁹, mientras que otro sector entiende que no representan mayor problemática siempre y cuando el acuerdo se haya alcanzado de buena fe, pues si se admite la dimisión unilateral del trabajador no hay obstáculo para que la decisión extintiva provenga de un consenso mutuo. En este sentido, el pacto requeriría ser analizado con cautela para verificar que no hay vicios en el consentimiento del trabajador²²⁰. Más claramente sería válida la extinción si en el mutuo acuerdo se incluye una indemnización a percibir por el trabajador²²¹. Lo cierto es que los tribunales han aceptado esta causa como válida extinción de la relación laboral previa a la transmisión y se han movido en la línea apuntada²²². Ahora bien, lo que no parece razonable es que se produjese una extinción de mutuo acuerdo y, paralelamente, se gestara una sucesión de empresa oculta o desconocida para el trabajador. En este caso, la extinción también podría considerarse realizada en fraude de ley para evitar las previsiones del artículo 44 ET.

²¹⁸ En relación con el artículo 1115 del Código Civil que declara la nulidad de aquellas obligaciones cuyo cumplimiento dependa de la voluntad del deudor. Con mayor detalle, véase: J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 340 y 349 y ss.; En el mismo sentido: E. GONZÁLEZ BIEDMA, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, cit., pp. 252-254. Señala este último autor que cuestión diferente sería que la cláusula diera a los trabajadores la opción de rescindir el contrato de forma indemnizada.

²¹⁹ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 352 y ss.

²²⁰ L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 248.

²²¹ J. MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, cit., p. 88.

²²² SSTSJ Andalucía, Granada, de 23 de marzo de 2004, rec. 3117/03; STSJ Extremadura de 23 de febrero de 2010, rec. 717/09; Galicia de 10 de julio de 2015, rec. 1496/15.

4. La terminación de los contratos temporales: el contrato para obra o servicio determinado vinculado a la contrata o concesión

4.1. Consideraciones generales

Con carácter general puede afirmarse que la subrogación no opera respecto de los contratos de duración determinada cuyo vencimiento se ha producido con anterioridad del cambio de titularidad. Se trata de una consecuencia lógica derivada de todo lo expuesto hasta este momento, pues, a todos los efectos son relaciones laborales válidamente extinguidas y está claro que no puede equipararse la falta de renovación del vínculo contractual con un despido. Así lo ha entendido el TJUE afirmando que no puede pretenderse la continuidad con el nuevo empresario tras su llegada a término, pues el trabajador era plenamente consciente de que dicha relación laboral iba extinguirse *ipso facto* en el plazo originariamente pactado sin que quepa admitir a consecuencia de la sucesión empresarial una expectativa de renovación o prórroga²²³.

Ahora bien, produciéndose el cambio de titularidad durante la vigencia pactada de los contratos de trabajo de duración determinada, la nueva empresa cesionaria pública estará obligada a subrogarse con independencia de la modalidad contractual empleada, siempre y cuando los trabajadores estén adscritos a la contrata²²⁴. En estos casos, el nuevo empresario se subrogará en los contratos temporales en las mismas condiciones, y estos seguirán vigentes hasta la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato. Y, en caso de ser extinguidos *ante tempus* a consecuencia de la transmisión, dichas resoluciones contractuales seguirán la misma suerte que las relaciones laborales indefinidas finalizadas por el mismo motivo, pudiendo alcanzar la extinción incluso la consideración de fraudulenta si se lleva a cabo para evitar la subrogación contractual.

En este orden de cosas, y sin ánimo de realizar un repaso exhaustivo de todos los tipos contractuales, es claro que el ente público debe subrogar al personal contratado eventualmente por circunstancias de la producción, que continuará prestando servicios tras el cambio de titularidad por el tiempo vigencia restante, pactado de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.1.b ET, teniendo los trabajadores el derecho a percibir a su finalización la indemnización prevista en el artículo 49.1.c ET. Mientras que el personal sujeto a contrato de interinidad solo finalizará su prestación de servicios cuando se reincorpore el trabajador con derecho a reserva de puesto sustituido (art. 15.1.c ET), integrándose este último en la entidad pública cesionaria tras su reincorporación. Por su parte, los contratos de interinidad por vacante seguirán la misma suerte, pero quedando en este caso sin efecto el plazo máximo de tres meses previsto para empresas del sector privado²²⁵. Y, en fin, cuando el contrato sea para la realización de una obra o servicio

²²³ ATJUE de 15 de septiembre de 2010, *Briot*, asunto C-386/09, ap. 32 y ss.

²²⁴ STS de 18 de septiembre de 2000, rec. 2281/99. En el mismo sentido, STJUE de 26 de marzo de 2020, *Govaerts*, asunto C-344/18, ap. 31 y ss.

²²⁵ Pues entrará en juego la previsión contenida en el artículo 4.2.b tercer párrafo del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración

determinado con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa contratista (art. 15.1.a ET) continuará, lógicamente, hasta la conclusión de la obra o servicio que lo motivó momento en el que el trabajador percibirá una indemnización equivalente a la parte proporcional de doce días de salario por año de servicio²²⁶.

Para todos ellos, debe apuntarse que la falta de un requisito esencial o de causalidad en la contratación temporal celebrada por el empresario contratista determinará el carácter indefinido de la relación laboral por fraude de ley (artículo 15.3 ET), y esta será la verdadera naturaleza y el alcance del vínculo contractual en el que deberá subrogarse el empresario público, con independencia del *nomen iuris* otorgado en el momento de su celebración²²⁷.

Mención especial requiere el contrato de obra o servicio cuya vigencia se vincula a la duración de la contrata, pues, en estos casos, surge la duda de si extinguido el negocio jurídico mercantil o administrativo que lo originó procede la subrogación del personal o la extinción contractual. La lógica induce a pensar que desaparecida la causa que lo motivó el contrato de duración determinada debería extinguirse como predica el artículo 49.1.c ET, esto es, porque ha concluido la obra o servicio al que específicamente estaba destinado el trabajador. Sin embargo, esta respuesta ni parece estar tan clara, ni puede darse con carácter absoluto para todos los casos. En este sentido, como se verá, un sector doctrinal se ha posicionado claramente a favor de la subrogación. Por otro lado, a resultas de la evolución interpretativa que ha tenido dicho contrato en la jurisprudencia pueden derivarse consecuencias que determinen la conversión del vínculo en indefinido o que hagan que el cesionario deba soportar consecuencias sobre su extinción. Por tanto, merece la pena detenerse a analizar sus contornos para tratar de dilucidar si, ante el acuerdo de asunción de la gestión directa del servicio externalizado, los trabajadores vinculados a la empresa contratista por un contrato de obra o servicio determinado deben seguir la misma suerte que los indefinidos o su relación laboral se ve automáticamente extinguida.

4.2. El punto de partida: la admisión del contrato público como presupuesto habilitante del contrato para obra o servicio²²⁸

La jurisprudencia admite desde hace décadas la celebración de contratos para obra o servicio determinado vinculados a una contrata, en el entendido de que la ejecución del encargo para un tercero produce *“una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, y ésta es –es importante subrayarlo– una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida*

determinada (BOE n.º 7 de 08-01-99), que establece que la duración de estos contratos cuando sean celebrados por administraciones será la prevista para el proceso selectivo en su normativa específica.

²²⁶ J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., pp. 146-147.

²²⁷ SSTs de 30 de septiembre de 1997, rec. 3373/96; de 15 de diciembre de 1997, rec. 2925/96.

²²⁸ Todo lo relativo al contrato de obra o servicio vinculado a la contrata fue desarrollado con anterioridad a la STS de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/18. Tras su aprobación, se ha adaptado tratando de respetar al máximo el contenido original.

en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”. Por tanto, aunque se acepta que no se está ante un contrato por obra o servicio determinado propiamente, porque los trabajos realizados no estén dirigidos a la ejecución de una obra –entendida como una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin– o de un servicio concreto –entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización–, la contrata opera como una restricción que permite vincular la duración del vínculo laboral a la de la colaboración empresarial (STS de 15 de enero de 1997, rec. 3827/95)²²⁹.

Así, tras una inicial resistencia en la que consideraba que la necesidad de empleo debía evaluarse conforme a parámetros materiales y no formales²³⁰, ahora, lo decisivo para cumplir con el requisito causal del artículo 15.1.a ET será el carácter temporal de la actividad, que viene definido para la empresa por la eventualidad del negocio jurídico celebrado con su cliente²³¹. En consecuencia, surgen *de facto* dos formas de acreditar la temporalidad del contrato de obra o servicio: una intrínseca a la actividad productiva de la empresa y otra extrínseca basada en las relaciones comerciales que la empleadora establezca con terceras empresas²³².

Tradicionalmente, se ha considerado que dicho contrato queda delimitado por un doble criterio material y temporal: el primero, la autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa; y el segundo, su duración limitada aunque incierta²³³. Sin embargo, cuando se vincula a una contrata pública o privada, este solo hecho es por sí mismo suficiente para entender que cuenta con la suficiente autonomía y sustantividad propia²³⁴, hasta el punto en que

²²⁹ En el mismo sentido, entre otras: SSTS de 8 de junio de 1999, rec. 3009/98; de 20 de noviembre de 2000, rec. 3134/99. Más recientemente, sistematizan y recuerdan esta doctrina, por ejemplo, la SSTS de 16 de septiembre de 2014, rec. 2069/13; de 22 de septiembre de 2014, rec. 2689/13; de 14 de noviembre de 2017, rec. 2954/15.

²³⁰ La STS de 26 de septiembre de 1992 (rec. 2376/91) afirma que “la expresa mención del centro en el contrato, como lugar de la prestación de servicios, no dota por sí sola a éstos de «autonomía y sustantividad propias» ni es, por supuesto, expresiva de una actividad laboral de ejecución «limitada en el tiempo», pues la limpieza de un centro de trabajo responde a necesidades permanentes de la empresa que detenta tal centro”. En el mismo sentido, SSTS de 30 de noviembre de 1992, rec. 54/92; de 5 de abril de 1993, rec. 702/92; de 4 de mayo de 1995, rec. 2382/94. Al respecto, entre la doctrina, véase: A. VICENTE PALACIO, *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 96.

²³¹ En este sentido, STS de 7 de noviembre de 2005, rec. 5175/04.

²³² J. CRUZ VILLALÓN, “Contratación temporal y descentralización productiva”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Martínez Ramírez, Tomás Sala Franco (eds.) *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 123.

²³³ M. T. ALAMEDA CASTILLO, “La concesión administrativa como presupuesto del contrato para obra o servicio determinado: Reflexiones sobre los últimos pronunciamientos jurisprudenciales [Ref. LA LEY 3051/2001]”, *Actualidad laboral*, n.º 1, 2000, pp. 3/36 pdf descargado el 02-02-16 de la BD La Ley Digital (LA LEY 3051/2001), fecha de consulta 21 enero 2016, en la BD La Ley Digital.

En realidad, la jurisprudencia viene exigiendo como “requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ET y 2 RD 2720/1998, de 18 de diciembre los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas” (cfr. STS de 23 de noviembre de 2016, rec. 690/15).

²³⁴ En todo caso, para que la contratación se considere válida, los servicios concertados entre la empresa principal y la contratista han de tener consistencia, individualidad y sustantividad propias (SSTS de 5 de abril 2003, rec. 1906/01; de 21 de febrero de 2008, rec. 178/07; de 22 de octubre de 2015, rec. 3054/14).

se ha considerado que la conexión entre el contrato y la contrata produce una suerte de «certificación» o «convalidación» del requisito legal²³⁵. En este orden de cosas, se ha dejado claro que no es un obstáculo para admitir su validez que los trabajos objeto de la contrata constituyan la actividad habitual de la empresa contratista, porque continúa habiendo una necesidad temporal de mano de obra. Tampoco se desvirtúa su carácter limitado porque la actividad realizada tenga naturaleza permanente para la empresa principal, pues lo decisivo es su proyección temporal sobre quien contrata laboralmente, la empresa contratista.

Esta posibilidad se hace extensible a fórmulas de colaboración público–privada en las que una empresa resulta adjudicataria de una contrata o concesión de servicio público por parte de una Administración Pública, lo que justifica el recurso a la contratación temporal²³⁶. Y ello, a pesar de que la naturaleza de la contrata pública, con frecuencia empleada para atender actividades permanentes y adjudicada durante periodos de tiempo considerablemente largos, no parece que case bien con el carácter temporal y limitado del contrato de duración determinada²³⁷. Sin embargo, no se cuestiona “*el recurso al contrato temporal de obra o servicio determinado para efectuar trabajos de carácter permanente cuando éstos son objeto de una contrata mercantil de obra o servicio, de una encomienda concreta o de una concesión administrativa*”; incluso si –como se ha dicho– las “*actividades contratadas responden a necesidades permanentes de las empresas contratantes y también de las empresas contratistas o concesionarias cuya actividad normal es precisamente la de atender a las obras o servicios contratados o gestionados en régimen de contrata mercantil o de concesión administrativa*”²³⁸. De esta manera, las concesiones y contrataciones públicas constituyen el “*paradigma de obra determinada perfectamente identificada, limitada en el tiempo pero de duración incierta*”²³⁹.

En consecuencia, cuando la contrata administrativa o mercantil llegue a su fin, los contratos de trabajo quedarán extinguidos –produciéndose una suerte de conexión extintiva entre ambos negocios jurídicos²⁴⁰– y los trabajadores percibirán una indemnización equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio (art. 49.1.c ET). Recientemente, la jurisprudencia nacional y comunitaria han confirmado que no

²³⁵ Cfr. B. SUAREZ CORUJO, “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, *Documentación Laboral*, vol. III, 2017, p. 97. En el mismo sentido: F. A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, “El contrato de trabajo y la finalización de las contrataciones: el caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas”, cit., p. 95. Afirma el autor que cuando no media una contrata el requisito de autonomía y sustantividad se interpreta de forma distinta pero en este caso pierde relevancia pues la necesidad temporal constituye una habilitación suficiente.

²³⁶ SSTs de 6 de octubre de 2006, rec. 4243/05; de 5 de marzo de 2007, rec. 298/06.

²³⁷ En este sentido, J. LÓPEZ GANDÍA; D. TOSCANI GIMÉNEZ, “El trabajo en contrataciones y la estabilidad en el empleo. Problemas aplicativos en caso de renovación y pérdida de contrataciones”, *Revista de Derecho Social*, n.º 44, 2008, p. 165.

²³⁸ STS de 4 de octubre de 2017, rec. 176/16. Con cita de las SSTs de 18 de septiembre de 1998, rec. 1767/98; de 28 de diciembre de 1998, rec. 1766/98; de 22 de octubre de 2003, rec. 107/03; de 6 de octubre de 2006, rec. 4243/05; y de 18 de julio de 2007, rec. 3685/05.

²³⁹ STSJ País Vasco de 28 de noviembre de 1995.

²⁴⁰ M. C. LÓPEZ SÁNCHEZ, “El contrato para obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 25, 2017, pp. 3/13 pdf descargado el 03-04-20 de la BD Smarteca., fecha de consulta en la BD Smarteca el 3 abril 2020.

cabe entender como discriminatoria a los efectos de la cláusula 4 de la *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada*²⁴¹ la diferente indemnización percibida respecto de los trabajadores indefinidos que también ven finalizada su relación laboral por la pérdida de la contrata. Y es que, a pesar de que los trabajadores temporales queden excluidos del ámbito del despido colectivo²⁴² y perciban una indemnización inferior, toda vez que el hecho que determina la terminación de sus respectivos contratos es el mismo, no es discriminatorio porque hay una razón que justifica el diferente trato: las distintas expectativas de continuidad de unos y otros²⁴³.

Así las cosas, la admisión de la contrata o concesión administrativa como causa válida para la celebración de los contratos por obra o servicio ha sido, hasta hace bien poco, una jurisprudencia que se ha mantenido constante y estable, como también han sido constantes las críticas manifestadas por la doctrina científica. En este sentido, se han resaltado los destructivos efectos que tiene sobre la estabilidad en el empleo, cuando la razón de ser del modelo causal de contratación es, precisamente, la salvaguardia de este principio²⁴⁴. Igualmente, se ha criticado la «desnaturalización» de la causa del contrato al permitir que la apreciación de la temporalidad se base en parámetros formales y no materiales, pues se atiende a la relación comercial entre empresas y no al ciclo productivo. Hasta el punto en que se ha atribuido a esta parcelación artificial de la actividad empresarial²⁴⁵, que amplía los supuestos de contratación temporal legalmente previstos²⁴⁶, la explicación de la elevada tasa de temporalidad del mercado de trabajo español²⁴⁷. De hecho, se ha dejado constancia de cómo las plantillas de empresas auxiliares y de aquellas

²⁴¹ DOUE n.º L 175 de 10-07-99.

²⁴² Sin que con ello se vulnere el principio de “tipicidad normativa” de la extinción contractual según la STS de 9 de enero de 2019, rec. 108/18. Aunque cuenta con un importante voto particular formulado por la Magistrada Excm. Sra. D.ª María Lourdes Arastey Sahun y al que se adhieren tres magistradas y un magistrado más, que considera que sí deberían haber sido incluidos.

²⁴³ SSTs de 16 de mayo 2019, rec. 849/18; de 10 de abril 2019, rec. 1479/17; 21 de mayo de 2019 (3), rec. 1269, 1318 y 1113/18; de 23 de mayo de 2019 (3), rec. 1164, 526 y 2539/18; de 30 de mayo de 2019, rec. 1694/18; de 25 de junio de 2019 (3), rec. 524, 1091 y 1344/18; de 2 de julio de 2019, rec. 2156/18; de 26 de noviembre de 2019, rec. 3060/18; de 6 de febrero de 2020, rec. 3216/18.

Todas ellas, siguiendo la más reciente doctrina comunitaria: SSTJUE de 5 junio de 2018, *Grupo Norte Facility*, asunto C 574/16; de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos*, asunto C-677/16; y de 21 noviembre de 2018, *De Diego Porras II*, asunto C-619-17; de 11 de abril de 2019, *Cobra Servicios Auxiliares*, asuntos C-29, 30 y 44/18.

Sobre ambas cuestiones, exclusión del perímetro del despido colectivo y posible diferencia de trato por la distinta indemnización, puede verse con mayor detalle: E. RODRÍGUEZ SANTOS, “La extinción del contrato para obra o servicio determinado por resolución anticipada de una contrata”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 148, 2019, p. 238 y ss.

²⁴⁴ W. SANGUINETI RAYMOND, “Duración del contrato de trabajo y vigencia de la contrata”, *Trabajo y Derecho*, n.º 25, 2017, pp. 2/4 pdf descargado el 01-03-17 de la BD Smarteca., fecha de consulta en la BD Smarteca el 1 marzo 2017.

²⁴⁵ M. A. BALLESTER PASTOR, “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 397 y ss.

²⁴⁶ D. SORIANO CORTÉS, *Las contratas en el derecho del trabajo y de la seguridad social*, cit., p. 200. En el mismo sentido, se ha considerado como “un elemento distorsionador del principio de causalidad”, Cfr. J. M. GOERLICH PESET, “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación Laboral*, vol. II, 2017, p. 16.

²⁴⁷ J. CRUZ VILLALÓN, “Contratación temporal y descentralización productiva”, cit., p. 122 y 127.

que son habituales adjudicatarias de la gestión de servicios públicos están compuestas casi en su totalidad por trabajadores temporales, lo que supone un tratamiento privilegiado en el recurso a la contratación temporal, a pesar de que la pérdida de un cliente supone el mismo efecto económico que le produce a cualquier otra empresa²⁴⁸.

4.3. La evolución posterior: límites a la extinción del contrato

Menos estable ha sido el Tribunal Supremo en su labor interpretativa posterior pues, tratando de poner cortapisas a los efectos negativos derivados del exceso de flexibilidad causado por esta interpretación del contrato de obra o servicio²⁴⁹, ha ido introduciendo correcciones o modulaciones a su doctrina para tratar de reforzar la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados por obra o servicio. Y es que, a resultas de los abusos detectados en el ámbito empresarial, dicho contrato temporal se ha erigido como fuente de conflictos judiciales, por lo que el Alto Tribunal se ha visto en la necesidad de poner límites a su propia doctrina²⁵⁰. Tampoco ha pasado desapercibido cómo ha actuado como un factor de precarización laboral en el concreto ámbito de la gestión de servicios públicos concesionados²⁵¹.

En esta posterior línea hermenéutica no se cuestiona en modo alguno la causalidad del contrato, por lo que no se plantean dudas acerca de la licitud del recurso al mismo, más bien se trata de acotar las posibilidades extintivas basadas en las eventuales vicisitudes que pueda sufrir la relación mercantil o administrativa²⁵². En cualquier caso, supone una matización de la conexión entre el contrato laboral y la contrata para proteger la estabilidad en el empleo²⁵³ atendiendo a razonamientos de corte causalista²⁵⁴. Así, se ha negado la extinción del contrato conforme al artículo 49.1.c ET ante supuestos de renovación, resolución anticipada o reducción del objeto. Con

²⁴⁸ J. LÓPEZ GANDÍA; D. TOSCANI GIMÉNEZ, “El trabajo en contratas y la estabilidad en el empleo. Problemas aplicativos en caso de renovación y pérdida de contratas”, cit., p. 162 y 167.

²⁴⁹ Se ha calificado como una interpretación ingenua. Véase F. FITA ORTEGA, “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”, *Actualidad Laboral*, n.º 12, 2005, pp. 1/22 pdf descargado el 01-05-2020 de la BD La Ley Digital (LA LEY 1435/2005), fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 5 mayo 2020.

²⁵⁰ Es habitual que se siga una “*estrategia de limitación de riesgos*” que evita la contratación indefinida. Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, “Duración del contrato de trabajo y vigencia de la contrata”, cit., p. 1/4 pdf descargado.

²⁵¹ J. CRUZ VILLALÓN; P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, cit., p. 34. Y también fuente de abusos en este concreto ámbito: M. T. ALAMEDA CASTILLO, “La concesión administrativa como presupuesto del contrato para obra o servicio determinado: Reflexiones sobre los últimos pronunciamientos jurisprudenciales”, cit., pp. 2/36 pdf descargado.

²⁵² En lugar de atajar de raíz el problema, perfila un poco más su doctrina. Véase: J. LÓPEZ GANDÍA; D. TOSCANI GIMÉNEZ, “El trabajo en contratas y la estabilidad en el empleo. Problemas aplicativos en caso de renovación y pérdida de contratas”, cit., p. 164. En el mismo sentido se ha criticado la sucesiva incorporación de restricciones en lugar de llevar a cabo una rectificación del “desaguisado” provocado por la jurisprudencia inicial. Véase: B. SUAREZ CORUJO, “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, cit., p. 99.

²⁵³ J. LAHERA FORTEZA, “Límites en la extinción del contrato de obra conexo a una contrata mercantil: el inicio de la quiebra de un modelo de empleo temporal asociado a la descentralización productiva (STS 8 de noviembre de 2010) [Ref. LA LEY 14845/2011]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 17, 2011, pp. 2/5 pdf descargado el 21-12-15 de la BD La Ley Digital (LA LEY 14845/2011), fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 21 diciembre 2015.

²⁵⁴ E. RODRÍGUEZ SANTOS, “La extinción del contrato para obra o servicio determinado por resolución anticipada de una contrata”, cit., p. 235.

todo, un sector de la doctrina más autorizada ha entendido que más que una matización, estos nuevos límites parecen mostrar “*un significativo cambio de rumbo*” o una “*vía de retorno*” a su inicial doctrina por la cual se ponía el acento en las necesidades materiales de mano de obra²⁵⁵.

4.3.1. *Novación de la contrata o concesión con el mismo titular*

El primer límite se refiere a la negativa para admitir la válida extinción los contratos por conclusión de la obra o servicio cuando se produce una novación de la contrata con el mismo titular, bien sea por prórroga o por una nueva adjudicación sin solución de continuidad.

Más concretamente, el Tribunal Supremo entiende que “*cuando la contrata o concesión que lo motiva se nova, renueva o es sustituida por otra posterior en la que el objeto sigue siendo el mismo, el contrato de trabajo no se extingue por no haber transcurrido el plazo pactado para su duración*”. Y es que la subsistencia de la necesidad temporal de empleados que se da cuando la contratista continúa explotando el servicio impide apreciar la desaparición de la causa habilitadora del contrato ya que este debe de coincidir con la duración de las necesidades empresariales. Se entiende que la modalidad contractual se define más por la fijación de un plazo resolutorio que por una condición resolutoria, por lo que es necesario que hayan concluido definitivamente los servicios que la empresa contratista prestaba (STS de 17 de junio de 2008, rec. 4426/06)²⁵⁶.

En el mismo sentido, en la STS de 18 de junio de 2008 (rec. 1669/07) afirma que “*las sucesivas contratas administrativas para la cobertura o atención de un mismo servicio público, de las que, sin solución de continuidad, sigue resultando adjudicataria o contratista la misma empresa, no pueden propiciar, por sí mismas y en buena lógica jurídica, una propia y verdadera conclusión de la obra o servicio determinado por el solo hecho, de innegable repercusión jurídica administrativa, de terminación de una contrata y subsiguiente inicio de otra sin solución de continuidad, resultando, en cambio, mucho más coherente y ajustado, desde una perspectiva jurídico laboral, el entender que el objeto del contrato laboral temporal no ha concluido y que, por ende, debe subsistir el mismo en los términos establecidos hasta que se den por terminados, efectivamente, la obra o servicio que constituyeron su objeto*”.

Es decir, en tanto en cuanto haya una permanencia real de la obra o servicio, subsiste la misma necesidad temporal de mano de obra que motivó la celebración del contrato, por lo que se condiciona la válida extinción del vínculo laboral a la conclusión definitiva de la obra o servicio.

Si con anterioridad a esta modulación jurisprudencial del contrato de obra o servicio se desprendía una individualidad y autonomía jurídica que permitía la celebración de diversos vínculos contractuales –con el mismo u otro trabajador– por cada contrata adjudicada o renovada

²⁵⁵ Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, “Contratación temporal y descentralización productiva”, cit., pp. 130-131.

²⁵⁶ Seguida por muchas otras, por ejemplo: SSTS de 17 de julio de 2008, rec. 152/07; de 23 de septiembre de 2008, rec. 2126/07; de 27 de abril de 2018, rec. 3926/15.

en el entendido de que eran negocios independientes²⁵⁷, ahora es el mismo vínculo inicial el que debe entenderse prorrogado a la par que se prorroga la contrata, pues no surge una nueva necesidad empresarial que justifique la suscripción de nuevas relaciones de trabajo. Este criterio desencadena –a juicio de un sector doctrinal– una suerte de «estabilidad precaria» o «precariedad estable». Estabilidad, porque garantiza el mantenimiento del puesto de trabajo mientras que la empleadora siga prestando servicios para el mismo cliente sin solución de continuidad. Pero precaria, porque la unidad del vínculo no permite que entre en juego el artículo 15.5 ET, impidiendo la conversión en indefinido por encadenamiento de contratos y perpetuando el carácter temporal de la relación laboral²⁵⁸. Así se manifiesta en los pronunciamientos judiciales más recientes, que recuerdan que, por más que el contrato se renueve a la par que la contrata, el trabajador no tiene derecho el trabajador a adquirir la condición de fijo de plantilla²⁵⁹.

En cambio, sí que quedan sometidos los contratos vinculados a contrata renovadas o prorrogadas a las previsiones del artículo 15.1.a ET, en lo referente a su duración máxima introducida por el *RD-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, que prevé que no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial, y que adquirirán la condición de fijos de la empresa transcurridos dichos plazos, eso sí, se trata de un límite temporal que no es aplicable a los contratos suscritos antes de la entrada en vigor de la norma²⁶⁰. Aunque ya en su momento suscitó dudas y discrepancias entre la doctrina sobre si el empresario podía extinguir el contrato agotada su duración máxima de forma independiente a la finalización de la contrata. Mientras que para un sector doctrinal la reforma de 2010 había desconectado la causa de temporalidad para la celebración del contrato y su duración, por lo que cabía afirmar que sí puede extinguirse el contrato temporal aun cuando continúe la contrata; para otro, no puede extinguirse el contrato por el empresario si el encargo del cliente se prolonga más allá de su duración máxima legal o convencional, por cuanto que la causa de la temporalidad continua siendo la contrata y porque la verdadera finalidad del legislador con dicha reforma es propiciar que los trabajadores adquieran la condición de fijos²⁶¹, y en caso contrario se fomentaría la rotación de trabajadores que no parece acorde al espíritu de la reforma.

No obstante, como se verá, los efectos de esta línea interpretativa deben ponerse en relación con la más reciente jurisprudencia en torno a la duración del contrato de obra o servicio.

²⁵⁷ Así ocurre en las SSTs de 22 de octubre de 2003, rec. 107/03; de 4 de mayo de 2006, rec. 1155/05.

²⁵⁸ J. LAHERA FORTEZA, "Sucesión de contrata y vigencia de los contratos para obra con la misma empresa contratista: una paradójica estabilidad precaria (SSTS 17 y 18 de Junio de 2008)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2009, p. 3/5 pdf descargado el 19-02-16 de la BD La Ley Digital (LA LEY 20037/2009). Con anterioridad a las sentencias analizadas los tribunales entendían una individualidad y autonomía jurídica de cada contrata o concesión, permitiendo que ofrecieran cobertura a la celebración de diversos contratos de duración determinada, con los mismos o diferentes trabajadores.

²⁵⁹ STS de 19 de julio de 2018, rec. 823/17.

²⁶⁰ DF 8.1 y DT 1. BOE n.º 147 de 17-06-10.

²⁶¹ Véase E. LÓPEZ TERRADA, "El tránsito de ciertas extinciones contractuales «atípicas» al régimen de los despidos por razones empresariales", cit., pp. 3-4/19 pdf descargado, y los numerosos autores por ella citados.

4.3.2. La extinción anticipada de la contrata o concesión

En la misma dirección restrictiva se ha movido la jurisprudencia para vetar la resolución del contrato por obra o servicio determinado cuando la contrata o concesión se rescinde *ante tempus* por decisión acordada entre la empresa contratista y la principal. En estos casos se ha entendido “*que no estamos ante una finalización de la contrata por causa ajena a la empresa*”, por lo que no puede extinguirse el contrato alegando el cumplimiento del término pactado cuando “*fue la voluntad de los contratistas quienes por causa a ellos imputable pusieron fin a la contrata*” (STS de 14 de junio de 2007, rec. 2301/06). Igualmente, cuando la terminación anticipada es a resultas de una decisión unilateral de la contratista, de manera que “*al serle imputable a la contratista el cese de la contrata, queda dentro de su esfera de responsabilidad contractual respecto del trabajador la terminación del contrato de trabajo*” (STS de 2 de julio de 2009, rec. 77/07).

En ambos escenarios, cuando se trate de encauzar la finalización del vínculo laboral por la vía de finalización de los contratos de duración determinada, la extinción será declarada improcedente por el juez, ya que carecerá de causa extintiva. Distinta sería la solución cuando la contrata llegue a término o sea resuelta unilateralmente por la empresa principal pues la causa en estos supuestos es totalmente ajena a la empleadora, lo que le abriría las puertas la vía extintiva del artículo 49.1.c ET²⁶². Y es que, cuando se resuelva a instancias de la principal por un incumplimiento de la contratista cabría incluso pensar en que puede haber influido el desempeño de los trabajadores, pero no así cuando la finalización de la relación mercantil o administrativa tiene su origen en la voluntad de la empleadora, con o sin el concurso de la comitente. En tales casos, debe activarse el despido objetivo o colectivo que tiene un régimen indemnizatorio distinto y mitiga la posibilidad de trasladar los riesgos de la actividad empresarial a los trabajadores²⁶³.

Este límite creado por el Tribunal Supremo es consistente con la reciente postura mantenida por el TJUE. Si se había apuntado con anterioridad que la doctrina comunitaria no aprecia trato discriminatorio por abonar diferentes indemnizaciones a trabajadores indefinidos y contratados por obra o servicio cuando finaliza la contrata, no parece que el órgano comunitario tenga la misma percepción cuando la contrata se resuelve “*anticipadamente*” y “*antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado*” a los trabajadores temporales, ya que en estos casos concurre una de las causas del artículo 52 ET y la indemnización prevista sería la prevista en el artículo 53 ET y no en el 49.1.c ET. Parece razonable que así sea, ya que la indemnización de 20 días de salario por año de servicio se prevé “*precisamente para compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral por una causa de esta índole y, por lo tanto, la frustración de las expectativas*

²⁶² A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Contratas y contratos de obra o servicio determinado, una relación complicada: análisis de la cuestión a partir de la STS de 16 de julio de 2014 (R^o 1777/2013) [Ref. BIB 2014/4095]”, *Revista de Información Laboral*, n.º 10, 2014, pp. 5/8 pdf descargado de la BD Thomson Reuters-Aranzadi (BIB 2014/4095), fecha de consulta 19 diciembre 2015, en en la BD Aranzadi Insignis.

²⁶³ J. LAHERA FORTEZA, “Límites en la extinción del contrato de obra conexo a una contrata mercantil: el inicio de la quiebra de un modelo de empleo temporal asociado a la descentralización productiva (STS 8 de noviembre de 2010) [Ref. LA LEY 14845/2011]”, cit., p. 2/5 pdf descargado.

legítimas que el trabajador pueda albergar, en tal fecha, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación". Puede afirmarse, pues, que no hay entonces justificación objetiva para el diferente trato basado en las distintas expectativas de ambos tipos de trabajadores, pues si "*las partes de un contrato de trabajo de duración determinada conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determina su término*" sus expectativas también quedan frustradas cuando la relación termina antes de que tenga lugar dicho acontecimiento²⁶⁴.

4.3.3. Reducción parcial del encargo por decisión de la empresa principal

Tampoco se admiten resoluciones parciales de los contratos de obra o servicio motivados por una reducción del volumen de actividad encomendado por la empresa cliente, desde el momento en que supondría dejar al arbitrio del empleador la apreciación acerca de la validez y cumplimiento del contrato, vulnerando así la prohibición contenida en el artículo 1256 del Código Civil (STS de 10 junio de 2008, rec. 1204/2007). Y es que, en los casos en los que se vincula el contrato de obra o servicio a la duración de la contrata, no puede entenderse que la obra o servicio encomendado ha concluido por una mera reducción cuantitativa de su objeto. La reducción del encargo no es un supuesto que pueda calificarse en términos jurídico-técnicos como resolución, ni como finalización, ni como extinción del contrato mercantil o administrativo, pues el mismo se mantiene aunque con un contenido menor tratándose únicamente de una mera modificación o novación modificativa del contrato (STS de 12 de junio de 2008, rec. 1725/07).

En estos casos, puede acudir a la extinción contractual por causas objetivas en sus vertientes individual o colectiva (art. 52.c y 51.1 ET), pero tampoco quedará el contrato de trabajo válidamente extinguido conforme al art. 49.1.c ET²⁶⁵. Debe repararse en que, por un lado, en estos casos no concurre la voluntad de la empresa contratista como en los supuestos anteriores. Y, por el otro, que de ningún modo se le impide a la empleadora un ajuste del volumen de trabajo a las necesidades organizativas y productivas, pero las extinciones se deben encauzar por una vía más garantista para el trabajador, en términos indemnizatorios y en orden a articular una posible preferencia de permanencia frente a otros trabajadores.

Ahora bien, esta solución debe matizarse cuando existan previsiones legales, convencionales o contractuales que permitan la extinción por el hecho de que la empresa comitente disponga que la contratista destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos.

Por lo que respecta a las cláusulas contractuales, si bien en un primer momento el TS parecía dejar abierta la posibilidad de que permitieran el cese del contrato temporal por obra o

²⁶⁴ STJUE de 11 de abril de 2019, *Cobra Servicios Auxiliares*, asuntos C-29, 30 y 44/18, ap. 49, 50 y 52.

²⁶⁵ Por todas, SSTS de 8 noviembre de 2010, rec. 4173/09; de 16 julio de 2014, rec. 1777/13; de 17 septiembre de 2014, rec. 2069/13; de 22 septiembre de 2014, rec. 2689/13.

servicio ante la reducción de la contrata²⁶⁶, posteriormente matizó su postura entendiendo que no cabe tal pacto ante una «descontratación total o parcial del servicio», por cuanto que sería una cláusula en fraude de ley que trataría de impedir la aplicación del despido por razones objetivas²⁶⁷. Con posterioridad, reafirmó esta postura negando que quepa la reconducción de la extinción al apartado primero, letra b), del artículo 49 ET –causas consignadas válidamente en el contrato–, sobre la base de que rige en dicho precepto un principio de «tipicidad prioritaria» que debe reconducir la extinción a aquellos apartados en que poseen «un encaje más *pertinente*»²⁶⁸. En este sentido, solo dos serán las alternativas: la terminación natural del contrato por finalización total de la contrata o el despido objetivo o colectivo por alteraciones en el volumen del encargo.

En cambio sí que ha admitido las cláusulas convencionales que contemplan el cese de contratos por obra o servicio ante la reducción del objeto de la contrata con dos condicionantes: uno, que medien las garantías propias de una negociación colectiva; y dos, que se trate de un sector de actividad especialmente afectado por estos “*vaivenes contractuales*”. En esta hipótesis entiende que se trata de “*un desarrollo convencional que complementa las previsiones del ET*” y que ordena “*una razonable solución*”. Así, se ha aceptado el sistema de cese colectivamente pactado para poner fin a los contratos por reducción del objeto de la contrata que sigue criterios de antigüedad y cargas familiares²⁶⁹. En este caso, se produce una vía de escape a la aplicación del despido objetivo cuando así lo autorice el convenio colectivo.

Pero más recientemente, y a raíz de algún argumento introducido *obíter dicta* al tratar de definir el perímetro del despido colectivo, da la impresión que el Alto Tribunal asume un posicionamiento contrario cuando –de forma poco clara– dice que “*no puede negarse que el convenio colectivo no puede regular la extinción de los contratos por obra o servicio determinado por causa de disminución o reducción del volumen de la contrata, al margen de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, ni que en el art. 49 del mismo se regule ninguna causa nueva de extinción de las que señala, sino que tal situación tiene encaje en lo dispuesto en los arts. 51 o 52 c) del ET*”. En consecuencia, ha concluido que el “*Convenio Colectivo de Contact Center, no regula*

²⁶⁶ En la STS de 10 de junio de 2008 se decía: “*El hecho al que acabamos de hacer referencia pudo haberse previsto al concertar la relación laboral, pues no resulta insólito en el curso de las contrataciones para la prestación de servicios entre empresas, pudiendo haberse consignado una cláusula en el sentido de que la relación laboral terminaría si tal cosa sucediera y, en este caso, el contrato habría quedado válidamente extinguido a tenor de lo previsto en el art. 49.1.b) del ET*”.

²⁶⁷ STS de 8 de noviembre de 2010, rec. 4173/09.

²⁶⁸ STS de 17 de septiembre de 2014, rec. 2069/13. En el mismo sentido, STS de 14 de noviembre de 2017, rec. 2954/15.

²⁶⁹ Pues, “*si toda reducción de la contrata de seguridad impusiese la extinción de los contratos laborales - suscritos para atender aquélla- a través del mecanismo de la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar puesto de trabajo» [art. 52.c ET], tal como parece ser la tesis mantenida por la decisión recurrida, con ello se le daría el mismo tratamiento –injustificadamente– a los contratos indefinidos y a los contratos temporales para obra o servicio, de forma que éstos perderían toda su razón de ser*” (STS de 18 de diciembre de 2012, rec. 1117/12; más recientemente: STS de 14 de noviembre de 2017, rec. 2954/15).

*ni puede hacerlo, una causa distinta y autónoma a las establecidas en el ET, por lo tanto hemos de acudir al art. 51 del mismo para determinar si estamos o no ante un despido colectivo*²⁷⁰.

La doctrina ha considerado que esta jurisprudencia es confusa²⁷¹, que adolece de claridad y que contiene un exceso de imprecisiones²⁷². También ha criticado el diferente tratamiento entre la autonomía individual y colectiva por cuanto que no parece que obedezca a una razón objetiva²⁷³.

4.4. Nuevas correcciones sobre la causa del contrato: ¿«crónica de una muerte anunciada»?

Más recientemente, y mediante un criterio hermenéutico más avanzado, el Alto Tribunal ha vuelto a establecer límites a la celebración del contrato de obra o servicio, esta vez sí, delimitando mejor la causa del contrato de duración determinada. Y lo ha hecho en sus dos dimensiones antes apuntadas, la de carácter material y la de carácter temporal.

4.4.1. La reconducción de la causa a actividades no permanentes o habituales

Las SSTS de 20 de julio de 2017 (rec. 3442/15) y de 4 de octubre de 2017 (rec. 176/16), aunque con pronunciamientos opuestos pero en base a las circunstancias concurrentes también opuestas, aplica un nuevo criterio sobre la causa de temporalidad que, se ha considerado, tiene un “*potencial impacto extraordinario*” sobre la doctrina que vincula el contrato a la contrata²⁷⁴.

En ambos asuntos, el Tribunal Supremo trata de valorar la adecuación del contrato para obra o servicio determinado bajo el criterio de que las tareas encomendadas al trabajador contratado no pueden formar parte de la actividad ordinaria o habitual de la empresa.

En el primer asunto, se enjuicia la validez del contrato temporal suscrito por el Consorcio Gallego de Servicios de Igualdad y Bienestar con varios trabajadores, con objeto de prestar servicios laborales en el ámbito de la obra o servicio identificada como «Ejecución del II Plan Gallego de Inclusión Social», en virtud del convenio de colaboración entre dicha entidad y la Xunta de Galicia. Aunque el juez de lo social consideró que la relación laboral debía ser indefinida no fija

²⁷⁰ STS de 4 de abril de 2019, rec. 165/18. En contra, la SAN de 16 de septiembre de 2019, rec. 155/19, que afirma que no puede considerarse la anterior sentencia del Tribunal Supremo como doctrina consolidada.

²⁷¹ E. LÓPEZ TERRADA, “El tránsito de ciertas extinciones contractuales «atípicas» al régimen de los despidos por razones empresariales [Ref. BIB 2014/4498]”, cit., pp. 6/19 pdf descargado el 19-12-15 de la BD Thomson Reuters-Aranzadi (BIB 2014/4498).

²⁷² A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Contratas y contratos de obra o servicio determinado, una relación complicada: análisis de la cuestión a partir de la STS de 16 de julio de 2014 (Rº 1777/2013) [Ref. BIB 2014/4095]”, cit., p. 7/8 pdf descargado.

²⁷³ Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, “La problemática extinción de los contratos de obra o servicio por alteraciones de la contrata”, en AA.VV. (AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 6/14 pdf descargado.

²⁷⁴ Cfr. B. SUAREZ CORUJO, “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, cit., pp. 100-102. El autor apunta, particularmente al hilo de la segunda resolución judicial señalada, que puede constituir “*una señal de avance en la buena dirección*”.

de plantilla por cuanto que no se ajustó a la causa de temporalidad del artículo 15.1.a ET, las salas de lo social del TSJ gallego y del Tribunal Supremo llegan a la solución opuesta. En efecto, se concluye que el contrato por obra o servicio es ajustado a derecho por cuanto que, siguiendo los precedentes sobre los que la misma Sala se había ya pronunciado –en aquellos resolvió en sentido negativo–, queda acreditado en este asunto que los trabajadores no desempeñaban “*cometidos comunes y propios*” que constituyen “*la actividad normal de la empleadora*”, acreditándose que “*el encargo justifica sobradamente los contratos de trabajo para esa obra o servicio en cuestión, dotándolos de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa*”.

En sentido diverso resuelve la segunda sentencia citada, que analiza la impugnación del sindicato sobre diversos preceptos del convenio colectivo. Por lo que aquí interesa, declara nulo el artículo 9 del Convenio Colectivo de Recolección de Cítricos de la Comunidad Valenciana²⁷⁵, porque todas las tareas que habilita la norma paccionada para cubrir mediante contrato para obra o servicio “*se consideran actividad permanente de la empresa recolectora, sin que ninguna tenga sustantividad propia, pues no responden a una necesidad temporal transitoria, sino a la actividad normal y ordinaria*”. Independientemente que la naturaleza temporal de mano de obra sea, como se dijo antes, intrínseca o extrínseca –para cubrir la propia actividad productiva de la empresa o por las necesidades surgidas a causa de una contrata (supuesto también previsto en dicho convenio)– no parece razonable a juicio del Alto Tribunal que las labores de recolección de cítricos, cualquiera que sea la variedad de los mismos y el destino que se les dé, tengan autonomía y sustantividad propia para las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio y cuya actividad no es otra que la recolección de cítricos.

En consecuencia, de prosperar esta línea interpretativa podría suponer un freno a la jurisprudencia consolidada desde la STS de 15 de enero de 1997, por cuanto que difícilmente se va a apreciar la necesaria autonomía y sustantividad propia de tareas de limpieza acometidas por una empresa contratista del sector de la limpieza; o de seguridad y vigilancia, realizadas por una empresa contratista de dicho sector, etc. Y ello, aunque el Convenio Colectivo avale estas contrataciones, algo de todo punto frecuente como evidencian los estudios de negociación colectiva realizados sobre esta concreta cuestión²⁷⁶. De hecho, es que entre la jurisprudencia y negociación colectiva ha habido una suerte de dialogo flexibilizador, por el que los sujetos negociadores se han acogido a la laxa interpretación jurisprudencial de la causa del contrato a la hora de desempeñar el cometido que el artículo 15.1.a segundo párrafo ET les confiere; y, a su vez, el círculo se cierra cuando la jurisprudencia ha convalidado ciertas fórmulas de identificación

²⁷⁵ DOGV n.º 7533 de 26-05-15.

²⁷⁶ Véase: W. SANGUINETI RAYMOND, “El contrato temporal para obra o servicio determinado y su causalidad en la negociación colectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 3, 2003, p. 10/22 pdf descargado de la BD lustel (RI 4012789); M. T. ALAMEDA CASTILLO, “La concesión administrativa como presupuesto del contrato para obra o servicio determinado: Reflexiones sobre los últimos pronunciamientos jurisprudenciales”, cit., p. 6/36 y ss. pdf descargado; N. SIRVENT HERNÁNDEZ, “La delimitación del contrato para obra o servicio determinado en la negociación colectiva y la jurisprudencia [Ref. RI 409332]”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 22, 2010, pp. 18/21 y ss. pdf descargado el 22-10-16 de la BD lustel (Ref. RI 409332), fecha de consulta en la BD lustel el 22 octubre 2016.

de los trabajos con autonomía y sustantividad propia²⁷⁷ que, en lugar de desempeñar la función en el sentido en que la ley pretendía, esto es, realizar una labor de control y limitación para evitar un uso indiscriminado y generalizado del contrato ha favorecido las prácticas abusivas²⁷⁸.

4.4.2. *La pérdida de la autonomía y sustantividad propia a consecuencia de una duración inusualmente larga*

La última jurisprudencia en torno al contrato de obra o servicio vinculado a la contrata también incide sobre su causalidad, pero en relación con la duración de la contrata. En palabras del Tribunal Supremo, supone una actualización y matización de su propia doctrina.

En esta ocasión, ha considerado que un contrato de obra o servicio de «duración inusualmente larga»²⁷⁹ vinculado a una prolongada colaboración interempresarial sucesivamente renovada hace que se desdibujen las notas de autonomía y sustantividad y en consecuencia se desnaturalice el carácter temporal del contrato, pues, se considera que “*la empresa necesariamente ha incorporado ya a su habitual quehacer*” las actividades objeto del encargo (SSTS de 19 de julio de 2018 (4), rec. 823, 824, 972 y 1037/17)²⁸⁰. Y es que no parece razonable que la doctrina acerca del contrato de obra o servicio vinculado al encargo empresarial –que constituye una “*excepción a la regla general*” – pueda dar como resultado que los trabajadores adscritos a una contrata renovada de forma reiterada permanezcan “*indefinidamente como temporales*”, pues sería un resultado contrario a la propia naturaleza del contrato temporal causal y a la finalidad de las sucesivas reformas que han tratado de introducir límites en ese sentido. Entender lo contrario supone permitir el abuso de derecho y trasladar el riesgo a los trabajadores, contraviniendo los presupuestos esenciales del contrato de trabajo.

En definitiva, si en un principio había aceptado que la limitación temporal que proporciona la contrata actúa como causa habilitante para el contrato de obra o servicio, cuando la duración de aquella es excesivamente larga la causa de temporalidad se desnaturaliza por cuanto que puede considerarse que las tareas ya forman parte del normal quehacer de la empresa. La doctrina

²⁷⁷ J. CRUZ VILLALÓN, “Contratación temporal y descentralización productiva”, cit., pp. 124-126.

²⁷⁸ W. SANGUINETI RAYMOND, “El contrato temporal para obra o servicio determinado y su causalidad en la negociación colectiva [Ref. RI 4012789]”, cit., p. 3.

²⁷⁹ Aplica a estos supuestos la doctrina comunitaria establecida en la STJUE de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos*, asunto C-677/16, ap. 64.

²⁸⁰ La primera sentencia citada de fecha 19-07-18 (rec. 823/17) tiene como ponente al Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, mientras que la segunda (rec. 824/17) a la Excmo. Sra. D.ª María Lourdes Arastey Sahun. Pues bien, en esta última, se remarca con distintos términos que “*el objeto de la contrata, pese a las modificaciones puntuales de la misma, pierde la autonomía y la sustantividad propias que requiere el apartado a) del art. 15.1 del ET, y se convierte con el paso de los años en actividad normal y permanente de la empresa contratista, lo que da lugar a la novación de los contratos temporales en indefinidos, al dejar de existir la causa que, conforme a la norma, habilitaba la contratación temporal, dado que el cumplimiento de la condición resolutoria del contrato temporal se pospone indefinidamente y que desaparecen las causas que legalmente convalidan la posibilidad de la contratación temporal*” [el subrayado es mío].

Reiteradas por las SSTS de 11 de octubre de 2018; rec. 1295/17; de 5 de marzo de 2019, rec. 1128/17; de 26 de marzo de 2019, rec. 2432/17; de 28 de noviembre de 2019, rec. 3337/17; de 16 de enero de 2020, rec. 2122/18; de 3 de marzo de 2020, rec. 3566/17; de 7 de mayo de 2020, rec. 88/17.

científica –de nuevo– ha afirmado que este es “*un cambio jurisprudencial de gran calado*” y que “*inicia una nueva jurisprudencia*” sobre los contratos temporales vinculados a contrata²⁸¹.

No obstante, a mi juicio todavía quedan algunas fisuras en esta importante doctrina, pues parte de dos presupuestos o premisas que deben concurrir y cuyo alcance debe ser analizado para determinar su grado de evolución respecto a la jurisprudencia anterior: de un lado, la duración inusualmente larga del contrato y del otro que se deba a sucesivas novaciones de la contrata.

A) Respecto al concepto de «duración inusualmente larga», claramente indeterminado, cabe plantearse cómo se concreta y cómo entra en juego el límite máximo legal del contrato introducido por el RD-ley 10/2010. En casi todos los asuntos conocidos por el Tribunal Supremo en los que aplica esta doctrina y que son seguidos contra la misma empresa se hace referencia a contratos de más de 14 años (excepto en un caso que es de 10 años). En las dos sentencias que enjuician otros supuestos de contrata diversos los contratos son de casi 4 y 7 años²⁸². Lo relevante en todas ellas es que los contratos de trabajo se concertaron antes de la entrada en vigor del RD-ley 10/2010 (DT 1ª y DF 8ª), por lo que quedaron exceptuados de la duración máxima.

Sin embargo, la Sala considera que el hecho de que por razones cronológicas los límites introducidos por el legislador no resulten aplicables no puede ser una razón para que los contratos escapen del control de validez judicial. En primer lugar, porque la excepcional doctrina del contrato vinculado a la contrata no exime del cumplimiento de los presupuestos legales, en concreto debe tener autonomía y sustantividad propia. Desde 1997 el Tribunal viene dejando constancia de que este requisito se cumple por la existencia de “*una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible*”. Pues bien, esta “*acotada duración de la colaboración entre empresas*” dota a las tareas encomendadas de la necesaria autonomía y sustantividad propia, pero si se prolonga en el tiempo desmesuradamente hasta el punto en que la expectativa de cese del trabajador se torne “*excepcionalmente remota*”, el requisito no se cumple a pesar de que en el momento de su celebración el contrato fuera válido. En segundo lugar, aunque no resulten aplicables las normas legales limitativas, sí que lo son los criterios

²⁸¹ A. VICENTE PALACIO, “Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (cambio de doctrina)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1, 2019, pp. 6 y 7/7 pdf descargado el 05-05-20 de la web del BOE., fecha de consulta en la web del BOE el 5 mayo 2020. En el mismo sentido, considera una “reorientación” de la jurisprudencia E. ROJO TORRECILLA, “Una contrata de 14 años, o la desvirtuación del contrato para obra o servicio. A propósito de la “reorientación” jurisprudencial. Notas a la sentencia del TS de 19 de julio de 2018”, en el blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo (03-10-18)*, 2018, (fecha de consulta 18-06-19). También se ha entendido que el TS podría estar “poniendo coto al contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata” produciendo un “giro jurisprudencial muy oportuno (de hecho, desde un punto de vista de la coherencia en la conceptualización de las causas de temporalidad, este giro debería culminar con la imposibilidad de justificar la obra y servicio por la mera vinculación a una contrata)”. Véase: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata: ¿3 años y 7 meses describen una duración inusualmente larga? (STS 11/10/18)”, en el blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales (12-12-18)*, 2018, (fecha de consulta 05-04-20).

²⁸² Respectivamente, SSTS de 11 de octubre de 2018, rec. 1295/17 y de 16 de enero de 2020, rec. 2122/18.

interpretativos actuales como también ha entendido el Tribunal Constitucional²⁸³. Y, en tercer lugar, porque no es razonable permitir que un contrato se mantenga “aferrado al régimen jurídico antiguo” y pueda sortear las mejoras normativas acogiéndose a una línea jurisprudencial que impide la extinción del contrato de trabajo ante prorrogas o novaciones de la contrata. A *sensu contrario*, el hecho de permitir que el vínculo contractual sea el mismo y no pueda actualizarse el régimen legal aplicable acarrea una “perpetuación de temporalidad”. Por tanto, el tribunal afirma que “probablemente en alguna de las sentencias antes mencionadas aparecen consideraciones que no concuerdan por completo con esa buena doctrina, que ahora reafirmamos”.

A mi juicio, el Alto Tribunal está pensando únicamente en contratos suscritos antes de la reforma de 2010, por lo que esta doctrina no será extrapolable a los celebrados con posterioridad, para los que sí que rige la duración máxima legal. Por ello, a pesar de que se produzcan sucesivas renovaciones de la contrata el contrato no devendrá indefinido toda vez que no se alcancen los 3 años o el plazo superior determinado por el convenio colectivo sectorial.

B) Respecto a la segunda premisa, el Alto Tribunal se ocupa de delimitar en reiteradas ocasiones en qué supuestos serán aplicables sus nuevos criterios: cuando hayan “novaciones subjetivas”; o “cuando la contrata se nova y es sucedida por otra diversa”; o ante la “ilimitada sucesión de renovaciones de la contrata”. No resulta aplicable en cambio –y así deja expresa constancia– “cuando aparece una obra o servicio con duración excepcionalmente larga, sin prorrogas o novaciones del inicial acuerdo de colaboración entre empresas”²⁸⁴. En estos casos en los que los abusos de temporalidad no vienen propiciados por la propia jurisprudencia anterior, solo pueden ser atajados por el legislador mediante la introducción de nuevos límites.

En este punto debe cuestionarse si esta nueva doctrina determina una revocación –siquiera parcial– de su doctrina anterior que impedía la extinción del contrato de trabajo ante eventuales prorrogas o renovaciones con el mismo titular y si ello supone una mejora en la estabilidad en el empleo para los trabajadores. Pues bien, en cuanto a lo primero, se debe distinguir –como el mismo órgano afirma– que “una cosa es la mera prórroga de la contrata y otra la sucesiva renegociación de sus términos, desde el temporal hasta el funcional”²⁸⁵. Parece que respecto a la

²⁸³ Así, un cambio jurisprudencial “hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice” (STC 95/1993, de 22 de marzo).

²⁸⁴ Se ha criticado la exclusión de estos supuestos. Véase: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata: ¿3 años y 7 meses describen una duración inusualmente larga? (STS 11/10/18)”, cit. En el mismo sentido, M. GARCÍA JIMÉNEZ, “¿Réquiem por los contratos de obra «inusualmente largos» vinculados a prolongadas contratas? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 787/2018, de 19 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 430, 2019, p. 155.

²⁸⁵ De nuevo, puede recurrirse a la fundamentación de la segunda sentencia de 19-07-18 (rec. 824/17) que dice que “cabe preguntarse si un contrato válidamente celebrado como temporal por estar vinculado a la contrata puede entenderse transformado en una relación laboral de carácter indefinido cuando la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo de la adscripción del trabajador a la atención de las mismas funciones que se van adscribiendo a sucesivas modificaciones de la misma contrata inicial. Se excede y supera así la particular situación de la mera prórroga de la contrata, desnaturalizando la contratación temporal y pervirtiendo su objeto y finalidad” [el subrayado es mío].

prórroga puede continuar aplicándose sin matices la línea interpretativa iniciada con la STS de 17 de junio de 2008, pero no cuando hayan “*novaciones subjetivas (de la empresa cliente) o cambios en los términos en que se lleva a cabo la colaboración entre las empresas*”. Por tanto, podría decirse que queda solo parcialmente superada: cuando se esté ante una novación y no ante una mera prórroga.

Pero aun debe analizarse si supone una mejora para la estabilidad del trabajador pues, pudiera dar lugar al entendido de que, en tanto que revoca la doctrina anterior para casos de renovaciones de la contrata con el mismo titular, indirectamente se está legitimando a la empresa para extinguir los contratos por la vía del art. 49.1.c ET cuando la contrata llegue a su fin. Y es que, en caso contrario, la «sanción» que impone esta jurisprudencia ante una renovación de la colaboración empresarial es que el contrato se convierte en indefinido. Dicho con otras palabras, debe dilucidarse si verdaderamente supone una revocación parcial de la doctrina iniciada en 2008 para supuestos de renovación o si, por el contrario, debe cohonestarse aquella con esta más reciente. A mi entender, para no producir el resultado indeseado que se pretende evitar la respuesta encajará mejor con la segunda alternativa. Así las cosas, la renovación de la contrata impide la resolución del contrato temporal que necesaria y obligatoriamente devendrá indefinido. Por tanto, en la medida en que la empresa pretenda evitar este último efecto acudiendo a la vía extintiva coincidente con la terminación de la primera contrata y antes de iniciar la segunda, se estará ante un despido sin causa que tendrá que ser calificado como improcedente.

Entonces, las posibilidades extintivas continúan siendo las mismas que antes ya se concretaron: el cese de los contratos temporales (art. 49.1.c ET) queda reservado únicamente ante la finalización natural y real de la contrata, esto es cuando vence el plazo acordado y sin continuidad; también se puede acudir al despido objetivo o colectivo ante una finalización anticipada o reducción parcial del objeto de la contrata que exijan una acomodación de plantilla a las nuevas necesidades empresariales. Ahora bien, en ambos casos existe la posibilidad de que una nueva empresa contratista vaya a prestar la actividad, por lo que debe analizarse si resulta aplicable a estos contratos la subrogación empresarial legal o convencional.

4.5. Contrato para obra o servicio y subrogación empresarial

Cabe plantearse ahora qué ocurre si tras la terminación –anticipada o no– de la contrata se produce una novación subjetiva de su titular o, alternativamente, si hay una reasunción del servicio por la empresa principal. Una interpretación estricta del contrato de obra o servicio vinculado a la contrata debería concluir con una inaplicación de la subrogación desde el momento en que el contrato de trabajo queda válidamente extinguido ante la finalización de la contrata con el contratista saliente²⁸⁶. Sin embargo, la compleja doctrina en torno al contrato de obra o servicio no

²⁸⁶ En este sentido: M. A. BALLESTER PASTOR, “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 393.

puede ni debe desvincularse del también complejo tema de la subrogación empresarial en el marco de la prestación de servicios en contrata y subcontratas²⁸⁷, aunque puede adelantarse que la cuestión dista de estar resuelta.

A mi juicio, el análisis debe realizarse en dos pasos: el primero, para dilucidar si la sucesión legal de empresas o las previsiones subrogatorias del convenio surten efectos ante un eventual cambio de contratista manteniendo el servicio externalizado; y el segundo, si puede extrapolarse la respuesta que se da en este caso al de la reversión del servicio por la comitente. Uno y otro supuesto no son iguales, pues mientras que en el primero subsiste el negocio jurídico que habilitó para la celebración del contrato de trabajo, en el segundo desaparece cuando la principal asume la actividad aunque las funciones antes externalizadas forman parte de su habitual y permanente actividad. Puede entenderse que desde un punto de vista formal la causa de temporalidad desaparece pero desde un punto de vista material la actividad desarrollada es la misma.

4.5.1. *Supuestos de subrogación contractual entre distintos contratistas sucesivos*

A) Las respuestas por parte de los tribunales

Los tribunales han variado las respuestas respecto a la subrogación de los contratos de trabajo para obra o servicio determinado a la par que ha evolucionado la aceptación de que el vínculo laboral puede realizarse de forma conexas a la contrata.

a) Antes de que se aceptara la vinculación entre el contrato laboral y la contrata, para negar esta posibilidad se argumentaba que la subrogación empresarial impediría considerar que la necesidad de mano de obra tuviera el carácter temporal que requiere la ley ya que el nuevo titular debería subrogarse en los contratos de trabajo adscritos a la contrata. Así, en una actividad permanente como la del servicio de conservación de alumbrado público sucesivamente adjudicado a empresas privadas no puede estimarse válido un contrato temporal si de antemano se sabe que los trabajadores van continuar de forma indefinida cuando futuras prestadoras del servicio se subroguen en sus contratos. Incluso, el Tribunal Supremo va más allá al considerar que la concertación de una relación laboral de carácter temporal obedece a un intento de eludir los efectos de la subrogación²⁸⁸. En síntesis, es la virtualidad de la sucesión empresarial lo que determina que los contratos de obra o servicio se consideren fraudulentos por carecer de causa de temporalidad si la actividad adjudicada es permanente. Si bien con el estado de cosas actual

²⁸⁷ En este sentido, A. VICENTE PALACIO, "Transmisión de empresa y concesiones administrativas: necesidad de que la concesión lleve aparejada la entrega de la infraestructura empresarial básica [Ref. BIB 1999/976]", cit., pp. 1/9 pdf descargado el 16-12-15 de la BD Thomson Reuters-Aranzadi.

²⁸⁸ En la STS de 30 de noviembre de 1992 (rec. 54/92) se afirma que "no puede admitirse la validez de una cláusula [de temporalidad] cuya única finalidad sea que no opere la subrogación que obliga al nuevo concesionario respecto de los trabajadores incorporados al servicio objeto de la concesión, y esa fue la única finalidad de la establecida, pues nadie discute que de no existir, subsistirían los contratos con el nuevo concesionario". En el mismo sentido SSTSJ de Galicia de 30 de septiembre de 1993, rec. 3803/93; de 25 de septiembre de 1993, rec. 3803/93; de 31 de mayo de 1996, rec. 2348/96; reiteran el planteamiento las SSTSJ Cantabria de 14 de junio de 1994, rec. 379/94; de 28 de noviembre de 1994, rec. 812/94.

esta argumentación podría resultar confusa²⁸⁹, si se piensa bien es razonable que no se aprecie una necesidad temporal de mano de obra cuando la actividad es permanente y en el cambio de contratista opera con certidumbre la continuidad de las relaciones laborales.

b) Pero con la aceptación del contrato de trabajo vinculado a la duración de la concesión o contrata cambia por completo el estado de cosas. Por lo que desde las primeras resoluciones que consideran su validez²⁹⁰ se niega la subrogación basándose en que, con anterioridad a que pueda operar el art. 44 ET, los contratos por obra o servicio ya se han extinguido al finalizar la contrata y la relación laboral esta liquidada y finiquitada impidiendo la operatividad del mecanismo subrogatorio. De modo que, a no ser que se cuestione la licitud del contrato de trabajo temporal para que el juez declare su verdadero carácter indefinido, la válida extinción de la relación laboral al finalizar la concesión impediría la subrogación empresarial²⁹¹.

c) Ahora bien, una solución diversa debe aplicarse cuando la norma colectiva sectorial establezca una obligación de subrogación. Los tribunales entienden que cuando se regule la subrogación no podrán extinguirse los contratos por aplicación del artículo 49.1.c ET ya que ello implicaría vaciar de contenido las previsiones de la norma pactada²⁹². Con mayor motivo en aquellos casos en que el tenor literal de la cláusula expresamente incluye a cualquier modalidad contractual o, de forma más directa, se alude a los contratos por obra o servicio determinado²⁹³. En ocasiones, a quienes están vinculados por esta modalidad contractual se les proporciona un régimen incluso más tuitivo en materia de subrogación que a los trabajadores fijos²⁹⁴. Por lo que

²⁸⁹ Por ello fue criticada por la doctrina. Véase: L. M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, cit., p. 39 y ss. Se alegó que la resolución de este caso estuvo condicionada por la anterior STS de 9 de julio de 1987, sobre el anterior cambio de adjudicatario del mismo servicio en el que la empresa entonces entrante es ahora la saliente, por lo que para impedir la eficacia del mecanismo subrogatorio el tribunal consideró que la relación laboral debía ser indefinida, declarando nula la denominada "cláusula de temporalidad".

²⁹⁰ Aunque se considera que el punto de inflexión es la STS de 15 de enero de 1997, resoluciones anteriores ya se mostraban favorables: SSTS de 13 de febrero de 1995, rec. 2888/93; de 18 de septiembre de 1996, rec. 3826/95.

²⁹¹ STS de 20 de enero de 1996, rec. 1129/95: "*Desprendiéndose de la relación de probanza que el contrato que unía al actor con «Mompresa» finalizó el 31 de diciembre de 1993, firmándose entre las partes la correspondiente liquidación, y siendo ello así, sin plantearse en ningún momento la virtualidad de dicho contrato, cuando el día 1 de enero de 1994 no se permite que el trabajador se incorpore, no se produce ningún despido, por cuanto que la relación laboral se había extinguido el día anterior*". Así, "*si el contrato se extinguió antes de iniciar su actividad la segunda concesionaria, ésta no tiene obligación de incorporar al interesado en su plantilla*". Por su parte, la STS de 20 de noviembre de 2000, rec. 3134/99: "*ante el cese de los contratos temporales por cese de la concesión administrativa estima que no procede la subrogación de la nueva adjudicataria por ser válida la causa de extinción invocada por la concesionaria saliente: «Ello es así en el presente caso, porque si los contratos son de obra o servicio determinado y se extinguieron por la terminación de la contrata, no ha podido producirse subrogación alguna con El Mobiliario Urbano ni hay despidos que puedan imputarse a esta empresa»*".

En el mismo sentido: STSJ Comunidad Valenciana de 17 de septiembre de 1999, rec. 3024/98; SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 29 de octubre de 2001, rec. 1704/01; de 5 de junio de 2001, rec. 765/01.

²⁹² STSJ Extremadura de 30 de noviembre de 2001, rec. 508/01; STSJ Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004, rec. 913/04; STSJ Castilla y León, Burgos, de 7 de marzo de 2002, rec. 111/02

²⁹³ STSJ Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2013, rec. 2354/12, sobre la cláusula del Convenio Colectivo provincial de pequeñas y medianas empresas del metal.

²⁹⁴ Como en el caso del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, aunque la confusa redacción ha propiciado diversas interpretaciones todas ellas parecen más garantistas. Por un lado, se ha entendido que excluye del cómputo del período mínimo de adscripción a la contrata las excedencias voluntarias, salvo para los contratados por obra o servicio determinado a quienes sí que se les tiene en cuenta (STSJ País Vasco de 26 de octubre de 2010,

el cese de los contratos temporales adquirirá la calificación de despido improcedente²⁹⁵, y la misma consideración tendrá la negativa de subrogación por parte de la contratista entrante²⁹⁶. Y en ambos casos, no podrá alegarse la reducción de la contrata como razón justificativa de la extinción ante un cambio de contratista²⁹⁷, pues no es en ningún caso causa hábil para excluir de la subrogación a los contratados por obra o servicio²⁹⁸. Este criterio, es pacíficamente asumido por el Tribunal Supremo y reiterado en numerosas sentencias en las que se afirma que *“se ha considerado así que cada contrata o concesión administrativa posee la suficiente «autonomía y sustantividad propia» exigida por la ley para este tipo de contratos. Ahora bien, si la duración del contrato se vincula a una contrata de obra o servicio, no se reputa válida su extinción por finalización de la contrata si va seguida de otra contrata con la misma empresa cliente y con el mismo objeto, o si en convenio colectivo, contrato o pliego de condiciones se hubiese incluido una cláusula de subrogación empresarial”*.²⁹⁹

d) Más recientemente, se desprende de algunas sentencias una tendencia más favorable a la operatividad de la subrogación ante supuestos de aplicación del artículo 44 ET a los contratos por obra o servicio determinado. De alcanzarse tal conclusión, la finalización de la contrata con el anterior contratista no sería causa válida de extinción si hay un cambio de titular por el que se transmite una entidad económica que mantenga la identidad.

i) Se aprecia con mayor claridad cuando la entidad económica es desmaterializada y se produce una sucesión de plantillas ya tenga su origen en una cláusula convencional, contractual o derive de una decisión voluntaria del nuevo contratista. En tal caso, si el nuevo contratista asume una parte cuantitativamente esencial pero no total de la plantilla, no cabe entender que las relaciones laborales no asumidas inicialmente queden válidamente extinguidas al finalizar la contrata debido a su vinculación jurídico-laboral mediante la modalidad contractual en cuestión. Esto es, los ceses acometidos al amparo del artículo 49.1.c ET serán improcedentes porque la finalización de la relación mercantil o administrativa no es causa válida extintiva³⁰⁰.

rec. 1935/10). Por otro, la STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 23 de junio de 2011 (rec. 1271/10) sostiene que la norma paccionada excluye del requisito de prestación de servicios durante los siete meses inmediatamente anteriores a la fecha de la subrogación a los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado.

²⁹⁵ STSJ Madrid de 28 de septiembre de 2015, rec. 232/15; STSJ Andalucía, Sevilla, de 5 de octubre de 2017, rec. 3273/16.

²⁹⁶ STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 23 de junio de 2011, rec. 1271/10; SSTSJ Cataluña de 5 de noviembre de 2013, rec. 3864/13; de 22 de noviembre de 2018, rec. 4550/18; de 10 de diciembre de 2018, rec. 4582/18. Ahora bien, tampoco puede estimarse que la negativa de la nueva contratista de subrogar a la plantilla por entender que el contrato de obra o servicio estaba vinculado a la contrata y por ello debió quedar extinguido ante el cambio de prestador deba considerarse nulo por otorgar un trato desigual o discriminatorio frente a trabajadores fijos (STSJ Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2013, rec. 2354/12).

²⁹⁷ STS de 17 de julio de 2019, rec. 2834/16.

²⁹⁸ STSJ Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2013, rec. 2354/12.

²⁹⁹ Por ejemplo, entre otras: SSTS de 23 de noviembre de 2016, rec. 690/15; de 20 de julio de 2017, rec. 3442/15; de 4 de octubre de 2017, rec. 176/16; de 20 de febrero de 2018, rec. 4193/15.

³⁰⁰ STS de 7 de diciembre de 2011, rec. 4665/10. En el mismo sentido, STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 28 de febrero de 2007, rec. 197/04; STSJ Comunidad Valenciana de 18 de julio de 2017, rec. 1400/17.

ii) Algunas sentencias dictadas en suplicación vienen a entender igualmente que no cabe la extinción del contrato de obra o servicio cuando se trata de una entidad económica materializada transmitida en el marco de una sucesión de contratistas, por lo que la extinción es improcedente y sus consecuencias son imputables en exclusiva a la empresa entrante³⁰¹. En este sentido se expresa con contundencia la STSJ Asturias de 9 de febrero de 2016 (rec. 2788/15) cuando dice que *“la relación de trabajo nació ligada a una obra o servicio determinado y la sucesión empresarial no afectó a la pervivencia de ésta, sino que por el contrario es manifestación de su continuidad. En efecto, cuando el art. 44.1 del ET establece que el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior no limita el efecto subrogatorio a los contratos de trabajo indefinidos, sino que comprende a todos y, como se indicó al examinar el motivo anterior, esta obligación no desaparece por la circunstancia de haber procedido el anterior contratista a declarar finalizado el contrato de trabajo como consecuencia de la sucesión, pues tal iniciativa no quiebra el vínculo existente, por razón de la prestación de servicios, entre la demandante y la empresa sucesora”*.

iii) Pero otras, en cambio, entienden que el contrato se extingue válidamente al finalizar la contrata y por ello no puede operar la subrogación prevista en el artículo 44.1 ET, aunque no es obstáculo para que por aplicación del artículo 44.3 ET se extienda la responsabilidad solidaria sobre la extinción a la nueva empresa contratista³⁰². Aunque también las hay que continúan entendiendo que el contrato temporal queda válidamente extinguido al extinguirse la contrata sin que pueda pretenderse ninguna garantía para los trabajadores³⁰³. Con todo, debe remarcar que ninguno de estos pronunciamientos constituye jurisprudencia consolidada³⁰⁴.

e) Como puede apreciarse, a pesar de la alta conflictividad judicial que suscita tanto el contrato de obra o servicio vinculado a la contrata como la sucesión de contratistas, no parece que haya una respuesta judicial clara y uniforme. Ello puede deberse a la dificultad para que concurren todas las variables necesarias que permitan superar el juicio de la contradicción y llevar al Tribunal

Precisamente, la aplicación de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla entre distintos contratistas fue utilizada como argumento por la jurisprudencia para prohibir la extinción del contrato de obra o servicio cuando es el mismo titular o prestador el que renueva la contrata. En este sentido, la STS de 17 de junio de 2008, rec. 4426/06: *“Si cuando un tercero sustituye a otro en la explotación de un servicio o concesión y asume parte de la plantilla del anterior adjudicatario de la actividad, se le obliga a contratar a todas las personas que estaban empleadas en ella, más razones en favor de la pervivencia de los contratos laborales, suscritos con el fin de atender las necesidades de determinada contrata, cuando no existe cambio en la titularidad de la actividad económica, sino continuidad de la misma, al haberse adjudicado de nuevo la explotación de esa actividad al mismo contratista”*. En el mismo sentido: STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 28 de febrero de 2012, rec. 1449/11

³⁰¹ SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 29 de junio de 2007, rec. 310/07; de 26 de julio de 2007, rec. 355/07; de 20 de febrero de 2008, rec. 195/07; SSTSJ País Vasco de 17 de enero de 2012, rec. 2895/11; de 6 de marzo de 2012, rec. 333/12; de 11 de septiembre de 2012, rec. 1911/12; STSJ Andalucía, Málaga, de 18 de junio de 2015, rec. 729/15.

³⁰² STSJ Asturias de 8 de mayo de 2018 (2), rec. 598 y 670/18.

³⁰³ En este sentido se manifiesta la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 12 de abril de 2010 (rec. 298/10) cuando afirma que *“la vigencia de la relación laboral del actor a la finalización de la contrata estaba fuera de toda duda pues el mismo estaba unido a la empresa “EYSSA” por un contrato de trabajo indefinido y no por un contrato temporal para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata”*.

³⁰⁴ En la STS de 22 de junio de 2016 (rec. 3551/14) no se admite el recurso por falta de contradicción.

Supremo a que se pronuncie en unificación de doctrina sobre la cuestión. Así, en primer lugar, debe haber una efectiva transmisión empresarial, por lo que son numerosos los asuntos que llegan al Alto Tribunal en los que se descarta la subrogación porque no concurren los presupuestos aplicativos del artículo 44 ET³⁰⁵. En segundo lugar, una vez apreciada la transmisión, el contrato de obra o servicio debe haber sido formalmente extinguido ex artículo 49.1.c ET por el contratista cesante, de manera que si este no ha denunciado la finalización de la obra o servicio –es el único que tiene la facultad de extinguir el contrato por llegada a término de la contrata– no queda a la cesionaria más alternativa que la subrogación, constituyendo su negativa un despido de hecho³⁰⁶. En este caso opera la subrogación pero no da la oportunidad al Tribunal de pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del acto extintivo previo. Y, en fin, tampoco pueden tomarse en cuenta las numerosas sentencias que aprecian fraude de ley en la contratación temporal, porque en este caso la subrogación se produce respecto a una relación laboral que ya ha adquirido naturaleza indefinida, por lo que no puede cuestionarse la plena operatividad del artículo 44 ET³⁰⁷.

B) Posturas doctrinales y posicionamiento crítico a favor de la subrogación

a) Tradicionalmente la doctrina científica ha venido entendiendo de forma mayoritaria que cuando el contrato de obra o servicio se celebra vinculado a la contrata o concesión el artículo 44 ET resulta inaplicable³⁰⁸, pues la rescisión de la contrata o concesión actualiza la causa resolutoria del contrato de trabajo impidiendo la subrogación de la relación laboral por cuanto que ya no se encuentra viva. Es más, se ha entendido que parece incoherente hablar de subrogación en estos casos porque las relaciones laborales que ya no existen³⁰⁹. Por tanto, poca discusión merece la subrogación de los contratos de trabajo indefinidos así como cualesquiera otros de duración determinada, pero no así con los de obra o servicio cuya duración este vinculada a la duración de

³⁰⁵ Por todas, STS de 9 de enero de 2019, rec. 108/18.

³⁰⁶ SSTS de 7 de marzo de 2019, rec. 1825/17; de 7 de mayo de 2020, rec. 3383/17.

³⁰⁷ Por ejemplo, STSJ Castilla La Mancha de 7 de febrero de 2017, rec. 1220/16; firme por inadmisión del recurso de casación (ATS de 21 de febrero de 2018, rec. 1843/17).

³⁰⁸ A. VICENTE PALACIO, "El objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de vigilancia y seguridad: contratas mercantiles y concesiones administrativas", *Documentación laboral*, n.º 47, 1995, Ediciones Cinca, pp. 124-125. En el mismo sentido, J. LÓPEZ GANDÍA; D. TOSCANI GIMÉNEZ, "El trabajo en contratas y la estabilidad en el empleo. Problemas aplicativos en caso de renovación y pérdida de contratas", cit., p. 165 y 163. Y es que en la base de la construcción del contrato de obra o servicio vinculado a la contrata está que el mismo finaliza con la contrata, a menos que el pliego o el convenio prevean la subrogación; más recientemente: D. TOSCANI GIMÉNEZ, "Las modificaciones llevadas a cabo en la contratación temporal por la Ley 35/2010", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 150, 2011, pp. 21/44 y ss. pdf descargado el 02-05-2020 de la BD Aranzadi-Thomson Reuters (Ref. BIB 2011/435); señala la vulnerabilidad de estos trabajadores en empresas contratistas de la Administración a consecuencia de la doctrina judicial sobre la falta de subrogación en caso de sucesión de contratas: M. A. BALLESTER PASTOR, "Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública", *Revista de Derecho Social*, n.º 72, 2015, p. 31.

³⁰⁹ Entre otros: M. T. ALAMEDA CASTILLO, "La concesión administrativa como presupuesto del contrato para obra o servicio determinado: Reflexiones sobre los últimos pronunciamientos jurisprudenciales", cit., p. 6 y 21/36 pdf descargado; C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, "La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 116, 2003, p. 259; D. SORIANO CORTÉS, *Las contratas en el derecho del trabajo y de la seguridad social*, cit., p. 238; S. DE SOTO RIOJA, "Sucesión de empresas y contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional [Ref. TOL5.537.089]", cit., p. 25/47 pdf descargado.

la contrata. En consecuencia, en la práctica, quedarían al margen de la protección del precepto estatutario la mayoría de trabajadores empleados en contrata sujetos a este tipo de contrato³¹⁰.

b) Por el contrario, otro sector más reducido se manifiesta a favor de que en los supuestos de transmisión legal de empresa por cambio de contratista todos los vínculos laborales deberían ser subrogados, con independencia de la naturaleza temporal o indefinida de la relación³¹¹. Y es que defender lo contrario implicaría resignarse a que las previsiones del artículo 44 ET y de la Directiva tengan una virtualidad casi excepcional o residual, dejando sin protección a quienes precisamente deben ser destinatarios de una mayor tutela por su situación precaria. Por tanto, si el contrato de trabajo admite la sustitución de la persona del empleador por aplicación de la sucesión empresarial no debería alcanzarse una conclusión diferente en estos casos en los que, igualmente, el trabajador se encuentra vinculado a la unidad productiva objeto de la contrata. De manera que no debería admitirse la denuncia por parte del empresario saliente en tanto que la contrata continúe³¹². En línea con este último entendimiento, se han puesto de manifiesto importantes datos normativos que permitirían defender la subrogación de los contratos de obra o servicio toda vez que la sucesión de contratistas actualice el supuesto de la transmisión empresarial³¹³, y a los que cabe sumarse plenamente.

i) Desde la óptica de la propia Directiva 2001/23/CE se apunta a su propia finalidad y a la prohibición expresa de extinguir los contratos a consecuencia de la transmisión. En cuanto a la primera, no parece haber una razón para que la garantía de estabilidad en el empleo no incluya a estos trabajadores ante una sucesión empresarial³¹⁴. Por lo que respecta a la segunda, no puede ignorarse que si el contrato se extingue a consecuencia del cambio de titularidad que actualiza la transmisión, será esta y no otra la causa la que motive la extinción del contrato de trabajo, contraviniendo directamente lo preceptuado por el artículo 4.1 de la Directiva.

ii) Por otro lado, en el derecho interno también hay elementos jurídicos que sustentan esta idea. Por un lado, la línea jurisprudencial que ha entendido que el contrato por obra o servicio no puede extinguirse cuando la contrata o concesión es renovada objetivamente con el mismo titular.

³¹⁰T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, *Contratas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades* [Ref. TOL870.307], Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 38-40/52 pdf descargado el 10-05-15 de la BD Tirantonline (TOL 870.307), fecha de consulta en la BD Tirant Online el 10 febrero 2016. Más recientemente, se reafirman en su planteamiento los autores en T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, "Los problemas laborales de la sucesión de contrata", cit., p. 403.

³¹¹ J. L. MONEREO PÉREZ, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, cit., p. 305; Más recientemente, en el mismo sentido: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., p. 179 y ss.; J. LAHERA FORTEZA, "Sucesión de contrata y vigencia de los contratos para obra con la misma empresa contratista: una paradójica estabilidad precaria (SSTS 17 y 18 de Junio de 2008) [Ref. LA LEY 20037/2009]", cit., p. 2/5 y ss. pdf descargado.

³¹² R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., pp. 164-165.

³¹³ L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrata*, cit., pp. 81-82.

³¹⁴ Pues la Directiva se limita a imponer la subrogación sin distinguir entre indefinidos y temporales, Véase: J. CRUZ VILLALÓN, "Claves laborales de la participación privada en la actuación pública", cit., p. 46.

Pues bien, entender que cuando se nova subjetivamente la contrata, manteniéndose en todo momento la externalización de la actividad, no produce el mismo efecto no hace sino reforzar la idea anterior de que la causa extintiva es la mera transmisión. Y por otro, también se llama la atención sobre la previsión contenida en el artículo 15.5 2º párrafo ET introducida por el RD-ley 10/2010, que ordena que la regla acerca del encadenamiento de contratos temporales que determinará la conversión en indefinido *“también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente”*. Así, puede pensarse que el legislador tácitamente acepta la posibilidad de subrogación de esta modalidad contractual ya que, de no ser así, la regla se habría introducido únicamente para referirse a los contratos eventuales por circunstancias de la producción³¹⁵.

iii) Pues bien, todavía podrían añadirse algunas consideraciones adicionales:

i') Desde el punto de vista del negocio jurídico que vincula a ambas empresas, la Sala 4ª del TS ha entendido que es posible la sustitución de la empresa que realiza el encargo sin alterar la vigencia de la contrata ni la situación laboral de los contratos por obra o servicio a ella vinculados. Así, tanto si cambia la persona del comitente en supuestos de absorción de sociedades –que no altera la relación comercial que la vincula a la contratista– como si se produce una subrogación de contratistas –que no altera el vínculo mercantil que mantenía la primera con su subcontratista (la empleadora de los trabajadores)–³¹⁶, se entiende que no afecta al negocio interempresarial y no comporta cambio alguno en el objeto de los contratos temporales. Pues bien, no parece razonable entender que pueda producir la extinción de los mismos cuando tiene lugar una novación subjetiva en la posición de la empleadora (contratista o subcontratista) por una nueva adjudicación de la contrata. Y es que en este caso también se cumple con el requisito del consentimiento del acreedor tal y como prescribe el artículo 1205 Código Civil, además de que existe una norma social específica que prescribe los efectos laborales de la subrogación.

³¹⁵ Como evidencia el profesor NORES TORRES, a efectos prácticos solo estas dos modalidades (obra o servicio y eventual) son las únicas subsumibles en la previsión de concatenación de contratos. Entender que el contrato por obra o servicio queda extinguido antes de operar la sucesión es tanto como admitir que se incluyó la previsión solo para computar dentro del plazo de 24 meses en un periodo de 30 a los eventuales, lo cual carece de sentido. Véase: L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contrata*, cit., p. 84. En este sentido, también se ha considerado de que el legislador parte de la premisa de que hay un único contrato como en el caso de la renovación de la contrata con el mismo titular. Por tanto, la previsión tiene un *“alcance meramente declarativo”*, aunque no sea lo más coherente desde el punto de vista de la tutela laboral, puesto que, en aquellos contratos celebrado antes de la reforma de 2010 estaría perpetuando su carácter temporal sin que sean de aplicación los límites temporales introducidos. Véase: L. M. CAMPS RUIZ, “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, en AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 33 y 31.

En sentido contrario, se ha señalado que la relación laboral con el nuevo contratista se encauza por un nuevo contrato por obra o servicio y de ahí que la previsión del artículo 15.5 ET se entienda aplicable por cuanto que al menos hay dos vínculos contractuales computables para la concatenación. Véase D. TOSCANI GIMÉNEZ, “Las modificaciones llevadas a cabo en la contratación temporal por la Ley 35/2010 [Ref. BIB 2011/435]”, cit., p. 24/44 y ss. pdf descargado.

³¹⁶ STS de 11 de octubre de 2018, rec. 1295/17. Véase igualmente la sentencia de contraste referenciada.

ii') Y desde una perspectiva de la igualdad de trato en el sentido de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE)³¹⁷ puede cuestionarse la licitud de la extinción del contrato por finalización de la contrata cuando hay una sucesión de empresas. Es sabido que el TJUE ha entendido incluido dentro del concepto de «condiciones de trabajo», entre otras, “*las condiciones de resolución de un contrato de duración determinada*” con el fin de reducir la protección de dichos trabajadores contra la discriminación³¹⁸. En este sentido, a pesar de que la indemnización por finalización del contrato queda comprendida en el concepto de condición de trabajo³¹⁹, recientemente, ha estimado –como ya se apuntó antes– que la cuantía más reducida que perciben los trabajadores con contrato temporal vinculado a la contrata ante su finalización natural atiende a una «razón objetiva», habida cuenta de las expectativas de continuidad más limitadas de estos respecto a los trabajadores indefinidos, sin perjuicio de que ambos estén en una «situación comparable» por realizar idénticas las funciones. Pero también ha dejado entrever que no surtiría el mismo efecto cuando la extinción de la contrata sea anticipada, porque la frustración de las expectativas de continuidad de ambas categorías de empleados sería en este caso la misma, de modo que no subsistiría la razón objetiva que justificaría un trato indemnizatorio desigual³²⁰. Pues bien, siguiendo estas premisas podría ser interesante que el tribunal de Luxemburgo llegara a interpretar si el mantenimiento del empleo fruto la previsión legal de subrogación contractual o su equivalente en la negociación colectiva puede considerarse una «condición de trabajo» a los efectos del Acuerdo Marco y si puede llegar a constituir un trato desigual prohibido la continuidad de los indefinidos frente la extinción contractual de los temporales basada únicamente en un cambio de prestador de la contrata. Dicho con otras palabras, esta podría ser una cuestión que fundamente una pregunta prejudicial ya no solo susceptible de interpretación a la luz de la Directiva 2001/23/CE –que, recuérdese, también prohíbe excluir de su campo de protección a los trabajadores sujetos a un contrato de duración determinada (art. 2.2.b y c)– sino de la Directiva 1999/70/CE en relación con el principio de igualdad de trato³²¹.

³¹⁷ “*Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de manera menos favorables que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”.

³¹⁸ STJUE de 13 de marzo de 2004, *Malgorzata Nierodzik*, asunto C- 38/13, ap. 27.

³¹⁹ STJUE de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras I*, asunto C- 596/14.

³²⁰ STJUE de 11 de abril de 2019, *Cobra Servicios Auxiliares*, asuntos C-29, 30 y 44/18, ap. 52

³²¹ Por esta razón a mi juicio serían dudosas las cláusulas del convenio colectivo que lleguen a excluir al personal contratado por obra o servicio vinculado a la contrata de la subrogación. Esto es lo que ocurre en el Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural (BOE n.º 168 de 15-07-15).

También debe señalarse que por medio del AJS de 4 de julio de 2019, proc. 961/17, el Juzgado de lo Social n.º 14 de Madrid ha interpuesto tres cuestiones prejudiciales ante el TJUE que requieren una interpretación conjunta de ambas Directivas. En este sentido, acerca de la regulación del «contrato fijo de obra» y la subrogación prevista en los arts. 24 y 27 del VI Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE n.º 232 de 26-09-17). Respecto a la primera materia porque la norma pactada excluye la aplicación de los límites temporales previstos en los arts. 15.1.a y 15.5 ET. En cuanto a la segunda porque determina que los derechos que debe respetar la nueva empresa deben limitarse exclusivamente a los generados por el último vínculo contractual suscrito. En esencia, el JS pregunta si esta regulación es conforme a la Cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE por cuanto que perpetúa la condición de trabajador temporal; y al art. 3 Directiva 2001/23/CE por cuanto que limita el alcance de la subrogación de derechos.

c) En otro orden de cosas, tal y como ocurre en el ámbito jurisprudencial, menos dudas suscita la aplicabilidad de las cláusulas de subrogación convencional a estos contratos temporales. Entre la doctrina prevalece un sentir general de que debe operar la misma lógica que rige en todo momento las denominadas subrogaciones de carácter convencional o contractual, esto es, que hay que estar una interpretación estricta de lo pactado en la propia cláusula, por lo que no entraña mayores problemas aceptar la existencia de subrogación de los contratos por obra o servicio vinculados a la contrata cuando el convenio así lo establezca³²².

En estos casos en los que sí opera la subrogación pactada en convenio la doctrina se ha cuestionado cuál debe ser la naturaleza del vínculo contractual tras la subrogación. Esto es, si puede entenderse que ha existido un único contrato como en los casos de novación de la contrata con el mismo prestador o, si por el contrario, entre el trabajador y el nuevo contratista surge un nuevo contrato por obra o servicio determinado vinculado a la nueva relación mercantil o administrativa. Para empezar, se trata de una cuestión sobre la que los convenios colectivos no suelen pronunciarse³²³. Por tanto, algunos autores entienden que la subrogación por el nuevo empresario en las relaciones laborales temporales y vinculadas a la contrata del anterior determina el surgimiento de un nuevo contrato por obra o servicio³²⁴, mientras que otros afirman que la relación contractual es la misma y su duración debe computarse desde el principio³²⁵. La aceptación de una u otra postura determinaría la aplicación del artículo 15.5 ET o de la duración máxima prevista en el artículo 15.1.a ET, alternativamente. A mi juicio, la segunda opción parece más consistente y así se ha entendido en algún caso en el que el tribunal ha dictaminado que, si tras la nueva adjudicación el contratista entrante suscribe un nuevo contrato por obra o servicio con los trabajadores, *“la negativa del nuevo empresario a aceptar el vínculo anterior y haber procedido a una nueva contratación de los trabajadores debe estimarse como un despido*

³²² D. MONTOYA MEDINA; C. BLASCO JOVER, “Extinción por causas empresariales y descentralización productiva”, cit., p. 278. Precisamente, esta fórmula se introduce para tratar de recuperar cierta estabilidad en el empleo. Véase: J. LÓPEZ GANDÍA; D. TOSCANI GIMÉNEZ, “El trabajo en contratas y la estabilidad en el empleo. Problemas aplicativos en caso de renovación y pérdida de contratas”, cit., p. 163.

Con todo, existe alguna opinión divergente al respecto que estima que no procedería la subrogación de la misma manera que en el caso de la sucesión legal o, al menos, no procedería en tanto en cuanto la cláusula no se ocupe de incluir expresamente esta modalidad contractual. A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Contratas y contratos de obra o servicio determinado, una relación complicada: análisis de la cuestión a partir de la STS de 16 de julio de 2014 (Rº 1777/2013) [Ref. BIB 2014/4095]”, cit., p. 3/8 pdf descargado.

³²³ Debe señalarse que la duda se ha suscitado en similares términos tras la introducción de la previsión contenida en el artículo 15.5 2º párrafo por el RD-ley 10/2010. Véase L. E. NORES TORRES, *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, cit., p. 84.

³²⁴ Aunque en estos casos surge la cuestión del cómputo de la antigüedad del trabajador. Véase: T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, cit., p. 404; S. DE SOTO RIOJA, “Sucesión de empresas y contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional [Ref. TOL5.537.089]”, cit., p. 650. Por eso este último autor llama la atención de que, a pesar de la prolija documentación que requieren los convenios que deba aportarse, se omita la relativa al finiquito o liquidación por la extinción ex art. 49.1.c.

³²⁵ C. L. ALFONSO MELLADO; G. FABREGAT MONFORT, “Contrato de obra o servicio ligado a la duración de una contrata”, en AA.VV. (Coord. Angel Blasco Pellicer) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 424; D. MONTOYA MEDINA, “Trabajo en contratas e inestabilidad en el empleo”, en AA.VV. (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 288.

*improcedente. Y considera la declaración de que la relación laboral adquiere el carácter de indefinida por la misma irregularidad y negativa a la subrogación y por la formalización fraudulenta de dichos nuevos contratos temporales*³²⁶. Además, en otros supuestos en los que se ha producido una efectiva subrogación porque los contratos no fueron denunciados por la empresa cedente, cuando se ha discutido la antigüedad se ha determinado que debe computarse desde el inicio de la relación laboral con el anterior empresario³²⁷. Solo así puede garantizarse que la subrogación del empresario en las relaciones laborales sea en idénticas condiciones que regían antes del traspaso, pues en otro caso se reiniciaría el cómputo de la antigüedad y se perpetuaría su condición de trabajador temporal. Con mayor razón debe ser esta la solución cuando la subrogación convencional precipita la aplicación del artículo 44 ET por sucesión de plantillas³²⁸.

4.5.2. La reversión del servicio por el comitente y el contrato por obra o servicio determinado

Como no podía ser de otra manera, tampoco hay una respuesta clara y uniforme ni por parte de la doctrina científica ni judicial al respecto. Y ello a pesar de los numerosos asuntos de reversión conocidos por los tribunales en los que los trabajadores contratados por la contratista cesante lo estaban mediante la citada modalidad contractual.

A) Al igual que en el supuesto de cambio de concesionario, la inaplicabilidad de la sucesión legal o convencional de empresas por no apreciarse los requisitos necesarios para su operatividad determinan la válida extinción de los contratos de trabajo por obra o servicio determinado³²⁹. Por cierto, debe recordarse en este punto las mayores dificultades para que opere la subrogación habida cuenta de la discutida virtualidad que tienen las previsiones convencionales. Tampoco faltan supuestos en los que se condena al ente cesionario a los efectos del despido improcedente debido a su negativa para subrogar a la plantilla de la contratista cesante, pero porque esta última no denunció los contratos temporales³³⁰. E igualmente puede afirmarse sin problemas que no hay duda de que procede la subrogación respecto de los contratos temporales que se hayan convertido

³²⁶ ATS de 17 de diciembre de 2014, rec. 351/14. También es de la opinión de que se mantiene el vínculo originario: R. ROQUETA BUJ, *La contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, p. 47.

³²⁷ STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de julio de 2007, rec. 951/07; STSJ Madrid de 13 de septiembre de 2018, rec. 486/18.

³²⁸ En los que el convenio no tendrá libertad para fijar las condiciones de subrogación que deberá producirse en los mismos derechos y obligaciones que regían antes del traspaso. L. M. CAMPS RUIZ, "La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010", cit., p. 34.

Debe recordarse que el TJUE ya manifestó que para el cálculo de derechos de carácter pecuniario, el cesionario está obligado a tener en cuenta todos los períodos de empleo cubiertos por el personal transferido, en la medida en que esta obligación se derive de la relación laboral que vincula a dicho personal con el cedente y conforme a los criterios acodados en el marco de tal relación (STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino y Chiappero*, asunto C-343/98, ap. 51 y 52). También debe traerse a colación aquí el AJS n.º 4 Madrid de 4 de julio de 2019, proc. 961/17, antes citado, por el que se plantean las cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

³²⁹ STS de 9 de febrero de 2016, rec. 400/14; entre otras, en la doctrina judicial: SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 25 de octubre de 2013, rec. 613/13; de 27 de septiembre de 2013, rec. 622/13.

³³⁰ STS de 4 de julio de 2018, rec. 1168/17. Igualmente en suplicación: STSJ Asturias de 22 de marzo de 2018, rec. 182/18; de 10 de abril de 2018, rec. 429/18; de 3 de julio de 2018, rec. 1264/18.

previamente en indefinidos por agotamiento de la duración máxima o por ser fraudulentos cuando todavía eran empleados de la empresa concesionaria³³¹. En algún caso aislado se entendió aplicable la subrogación en supuestos de reversión pese al cese previo de los contratos por obra o servicio vinculados a la concesión, sin que el tribunal se cuestione la naturaleza temporal de la relación laboral y el alcance de la subrogación³³². Sin embargo, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre si procede la transmisión de los contratos de obra o servicio en reversiones.

B) De nuevo la divergencia de posicionamientos se aprecia también en la literatura jurídica. De un lado, un sector de la doctrina entiende que al tener lugar la desaparición de la contrata entre la empresa auxiliar y la Administración a consecuencia de la reasunción de la actividad provoca la desaparición de la causa de temporalidad que justificaba el contrato laboral, extinguiéndose bien por la vía del artículo 49.1.c ET o por el cauce de los artículos 51 o 52 ET si se rescinde anticipadamente³³³. Así, el profesor SALA FRANCO reitera³³⁴ que las subrogaciones contractuales derivadas del artículo 44 ET no son aplicables a los contratos por obra o servicio vinculados a la duración de la contrata, a diferencia de lo que ocurre con los indefinidos, eventuales por obra o servicio, interinos e incluso aquellos otros contratos por obra o servicio cuyo objeto no se vincula a la relación interempresarial, en cuyo caso sí que se mantendrán con la misma naturaleza cuando el servicio continúe tanto con otro contratista como con la Administración Pública³³⁵.

En sentido contrario, tampoco faltan quienes defienden la subrogación contractual en supuestos de reversión de servicios públicos. Así por ejemplo, CRUZ VILLALÓN entiende que, precisamente, el hecho de que la causa de temporalidad decaiga con la reversión constitutiva de una transmisión empresarial y el vínculo laboral de duración determinada pierda su justificación causal –por la ruptura de la conexión entre el contrato público y el laboral– es razón suficiente para aplicar la subrogación contractual. Si bien el autor reconoce que de una lectura formal de las reglas jurisprudenciales en torno al contrato por obra o servicio cabría entender que la extinción definitiva de la contrata produce actualización del término resolutorio del vínculo, afirma que no puede

³³¹ STSJ Andalucía, Granada, de 13 de mayo de 2015, rec. 498/15.

³³² SSTSJ Andalucía, Sevilla, de 27 de enero de 2009, rec. 1485/08; de 13 de enero de 2009, rec. 1252/08. Más raramente sobre un supuesto de aplicación del convenio colectivo sectorial a la administración en supuestos de reasunción del servicio: SSTSJ Cantabria de 2 de junio de 2004, rec. 534/04; de 26 de marzo de 2004, rec. 335/04.

³³³ A. DE LA PUEBLA PINILLA, "Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 17, 2016, Wolters Kluwer, pp. 5/11 pdf descargado el 17-06-16 de la BD Smarteca; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 29, 2017, pp. 15-17/27 pdf descargado el 18-05-17 de la BD La Ley Digital (Ref. LA LEY 3831/2017); M. Á. FALGUERA BARÓ, "La reversión de contratas en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados", *Ciudad del Trabajo: actualidad iuslaboralista*, n.º 3, 2018, p. 70; J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., pp. 144-145.

³³⁴ Como ya afirmara en otros lugares al analizar la sucesión de contratistas (T. SALA FRANCO; A. PEDRAJAS MORENO, *Contratas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades*, cit., pp. 38-40/52; "Los problemas laborales de la sucesión de contratas", cit., p. 403).

³³⁵ Parece que matiza su respuesta cuando el contrato por obra o servicio no se encuentra vinculado a la contrata. Véase: T. SALA FRANCO, "Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas", cit., p. 204.

obviarse que ello conduciría a un resultado contrario a la finalidad de las normas³³⁶. Así las cosas no parece aceptable que el contrato se mantuviese con el mismo o distinto contratista ante una nueva adjudicación pero que deba extinguirse en los casos de reasunción de la actividad, por cuanto que provoca efectos laborales más perjudiciales a los trabajadores por obra o servicio³³⁷.

En la misma línea se mueve GORELLI HERNÁNDEZ cuando afirma que no parece objetable la extinción del contrato en los supuestos de finalización del contrato público por reversión sin continuación de la actividad externalizada, pero no así cuando sin solución de continuidad se proceda a la gestión directa del servicio. Defiende que debe entenderse que el término resolutorio al que queda vinculado el contrato temporal debe referirse al mantenimiento de la obra o servicio al que el trabajador se encuentra adscrito y no al extinto vínculo administrativo entre la Administración y la concesionaria³³⁸. Y es que se desprende de los autores que siguen este entendimiento que la evolución interpretativa que ha tenido la jurisprudencia en torno al contrato de obra o servicio debe conducir necesariamente a esta solución debiéndose restringir también este supuesto extintivo. Así, aunque el contratista proceda a dar por finalizada la relación laboral no debe entenderse como una quiebra del vínculo laboral que impida la subrogación³³⁹.

C) Antes de los últimos acontecimientos jurisprudenciales, me habría posicionado desde una perspectiva teleológica a favor de esta última lectura que hace la doctrina. Pero, lamentablemente, también habría manifestado que no me parece que pudiera defenderse, a la luz de la jurisprudencia vigente, que la extinción definitiva de la concesión –sin que se renueve o vuelva a adjudicar a otra empresa– permita la continuidad del contrato. En estos casos, no existe contrata alguna que justifique la autonomía o sustantividad propia con base a la limitación temporal que la misma supone, por lo que entender que el contrato de trabajo puede pervivir sobre la base del carácter permanente de la actividad para el comitente es tanto como desandar todo el camino interpretativo recorrido y cuestionar la licitud del contrato por obra o servicio vinculado a la contrata. Si bien es cierto que aunque inicialmente el Alto Tribunal admitió la vinculación de la causa de

³³⁶ Entiendo que tanto las relativas a la sucesión empresarial como las ordenadoras de la contratación causal, manifestaciones ambas del principio de estabilidad en el empleo.

³³⁷ J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., pp. 46-48.

³³⁸ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 54, 2019, pp. 12/28 pdf descargado el 15-07-19 de la BD Smarteca., fecha de consulta en la BD Smarteca el 15 julio 2019. También puede deducirse del análisis que el profesor ALFONSO MELLADO sobre la reversión un posicionamiento a favor de la subrogación de los contratos por obra o servicio. Aunque expresamente no lo dice en ninguno de sus estudios sobre el tema, plantea algunas cuestiones sobre la naturaleza y el alcance del contrato temporal que solo tienen sentido toda vez que se produce la efectiva subrogación por parte del cesionario público. Véase: C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 39.

³³⁹ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 96. En el mismo sentido, entiende que la subrogación no puede afectar a la pervivencia de estos contratos J. MAURI MAJÓS, “L’assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics”, en AA.VV. (Coord. Juan Ignacio Soto Valle) *El servei públic del cicle de l’aigua*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2018, p. 328; E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, en AA.VV. (Dir. Eulalio Ávila Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019, pp. 229-230.

celebración a la contrata mercantil o administrativa, y posteriormente ha ido desligando ambos negocios en cuanto a su causa de extinción³⁴⁰, para alcanzar tal conclusión sería necesario un paso más que, en modo alguno parece descartable, pero no dejaría de ser una especulación.

a) Y a mi juicio, este nuevo paso interpretativo habría un pronunciamiento que bien podría provenir de dos fuentes jurisprudenciales diversas. De un lado, del Tribunal Supremo que, frente a un análisis de legalidad en el momento del cese natural y definitivo de la contrata, aplique la presunción de fijeza del artículo 15.3 ET e impida la extinción del vínculo por considerar que las tareas encomendadas al trabajador contratado forman parte de la actividad ordinaria, normal o habitual de la empresa contratista. Es decir, supondría un avance en la línea interpretativa iniciada con las SSTS de 20 de julio de 2017 y de 4 de octubre de 2017 tal y como se apuntaba anteriormente³⁴¹. Debe tenerse presente que el carácter de temporalidad –y el cumplimiento del requisito de la autonomía y sustantividad propia³⁴²– se proyecta sobre la empleadora, por lo que resulta más factible un movimiento en esta dirección que vetar la extinción del contrato argumentando el carácter permanente de las actividades internalizadas para la empresa principal.

b) De otro lado, en línea con lo apuntado ya anteriormente, sería deseable un pronunciamiento del TJUE acerca de si la extinción del contrato de obra o servicio al finalizar la contrata constituye una extinción basada en razones técnicas, económicas u organizativas o, alternativamente, un despido a consecuencia de la reversión de la actividad cuando se transmite una entidad económica en el sentido de la Directiva 2001/23/CE y se permite la subrogación del resto de relaciones laborales no sujetas a esta modalidad contractual; o, paralelamente, también sería deseable que se pronunciara sobre si la posición menos favorable que tienen los trabajadores sujetos por contratados por obra o servicio supone un trato desigual respecto a los indefinidos a la luz de la Directiva 1999/70/CE, ya no por la eventual percepción de una mayor indemnización ante la pérdida de la contrata, sino por la propia pérdida del empleo ante una sucesión de empresa.

4.6. STS de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/18: un desenlace con final feliz

En efecto, recientemente el Tribunal Supremo ha dado el «paso» que tanto se estaba esperando mediante la STS de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/18.

A) El supuesto fáctico que describe la sentencia no es nada extraño: trabajador, contratado por obra o servicio vinculado al contrato de arrendamiento servicios entre su empleadora y su

³⁴⁰ Así, se ha entendido que “*desligar en estos casos la contratación de la extinción supone un salto en el vacío*” de difícil explicación e importantes consecuencias jurídicas. Cfr. J. LAHERA FORTEZA, “Sucesión de contratos y vigencia de los contratos para obra con la misma empresa contratista: una paradójica estabilidad precaria (SSTS 17 y 18 de Junio de 2008) [Ref. LA LEY 20037/2009]”, cit., p. 2/5 y ss. pdf descargado.

³⁴¹ Rec. 3442/15 y 176/16, respectivamente. Véase apartado 2.4.3.A.

³⁴² Al hilo de esta última idea debe traerse a colación que en las SSTS de 19 de julio de 2018 afirmó que “*nuestra doctrina ha llevado buen cuidado en advertir que el recurso a la contratación temporal, en estos casos vinculados a acuerdos entre empresas, se justifica siempre que aparezca una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible*”.

cliente y procedente de un cambio de adjudicataria, por el que su actual empleadora se subrogó en las relaciones laborales de la anterior, incluyendo algunos contratos por obra o servicio determinados con el mismo objeto. Este vínculo laboral, celebrado antes de la reforma de 2010, se prorrogó sucesivamente al son de las prórrogas de la contrata hasta 2015. En este momento, ante la extinción de la contrata y el cierre del centro de trabajo de la empresa principal, la empleadora notifica el cese al trabajador por la vía del artículo 49.1.c ET.

B) El trabajador, prestando servicios para la misma contrata desde hacía 15 años impugna judicialmente: en instancia, el juzgado de lo social considera procedente la extinción; en suplicación, se revoca la sentencia y se declara improcedente por entender el contrato fraudulento; en casación, la empresa aporta una sentencia de contraste sobre el mismo supuesto de cambio de adjudicataria pero, en este caso, al otro trabajador, con idéntico contrato y mismo objeto, la contratista saliente decidió extinguir su vínculo y, posteriormente, este trabajador celebró otro contrato por obra o servicio con el mismo objeto con la contratista entrante. Pero en aquel caso – o mejor dicho, en aquel momento– se consideró que la extinción del contrato temporal fue válida por cuanto que el vínculo no era fraudulento, de modo que su antigüedad en la empresa comenzaría a computar desde la celebración del último contrato de obra o servicio.

C) La sala sitúa el debate casacional de la siguiente forma: *“Lo que se nos plantea es la cuestión de la calificación del contrato, desde la óptica de su duración. En particular, se suscita la cuestión de la naturaleza de una relación laboral que, acogida a la modalidad contractual de obra o servicio determinado, busca su justificación en la delimitación en el tiempo en atención a la existencia de un vínculo mercantil de la empresa con un tercero”*.

El Tribunal Supremo parte de su análisis recordando que ha admitido la posibilidad contractual atendiendo al límite temporal que introducía la relación interempresarial. Analiza su evolución posterior recordando que se ha ocupado, específicamente, de que la causa de extinción del mismo no pueda responder a otra razón que la extinción real del negocio empresarial, haciendo un recorrido por todos los criterios que anteriormente narramos, además de que su naturaleza temporal se desdibuja ante relaciones laborales temporales inusualmente largas cuya expectativa de finalización se presenta como remota. Incluso reconoce que el supuesto descrito en esta sentencia es notablemente similar al de aquellas SSTS de 19 de julio de 2018, por lo que afirma que perfectamente podría llegar a la misma solución que allí se dio.

Sin embargo, en este caso, el Pleno de la Sala de lo Social, por unanimidad, entiende que es el momento de llegar más lejos que simplemente limitarse a considerar que el carácter temporal se ha desnaturalizado, como hizo en aquellos casos. Así, afirma que *“debemos plantearnos la propia licitud de acudir a este tipo de contrato temporal cuando la actividad de la empresa no es otra que la de prestar servicios para terceros y, por consiguiente, desarrolla las relaciones mercantiles con los destinatarios de tales servicios a través de los oportunos contratos en cada caso”*. Pero no solo constata que el carácter habitual de la actividad para la contratista –consistente en desarrollar servicios para terceros–, sino que lo hace también desde el punto de vista de la empresa principal, pues la situación *“se torna más palmaria aún en supuestos como el presente*

en el que la actividad objeto de la contrata mercantil con la que se pretende dar cobertura al contrato de obra o servicio resulta ser la actividad ordinaria y estructural de la empresa comitente”.

D) En consecuencia, considera que *“resulta difícil seguir manteniendo que este tipo de actividades justifique el recurso a la contratación temporal y que una empresa apoye la esencia de su actividad en una plantilla sujeta al régimen de indeterminación de las relaciones laborales”.* Así las cosas, para dar un paso atrás en su propia doctrina aporta dos razones de fondo:

a) La inadmisibilidad de la contribución del contrato por obra o servicio determinado vinculado a la contrata o concesión a las enormes tasas de temporalidad que hay en el mercado de trabajo español. De este modo, entiende que la mayor o menor duración del encargo entre empresas no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad.

b) La posibilidad de que la generalización del uso de este contrato ponga en riesgo la consecución de las finalidades y objetivos de la Directiva 1999/70/CE, que establece que la regla general debe ser la relación laboral indefinida y la excepción la temporalidad. La permisividad que habido en torno a la celebración de este contrato ha dado como resultado que, en las empresas del sector servicios, la relación laboral indefinida sea lo verdaderamente anecdótico.

E) Por tanto, *“conviene, pues, volver a la definición del contrato de obra o servicio del art. 15.1.a ET, que pone el acento en la autonomía y sustantividad dentro de la actividad de la empresa, para apreciar que en las actividades como las descritas no es posible continuar aceptando ni la autonomía ni la sustantividad porque el objeto de la contrata es, precisamente, la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa”.* De este modo –añade–, *“consideramos que es necesario rectificar la doctrina que ha venido manteniendo que la duración temporal del servicio se proyectaba sobre el contrato de trabajo y, en suma, ha ampliado el concepto de obra o servicio determinado del precepto legal”.*

Dicho con otras palabras, desde este momento, como ya ocurre en el caso, la impugnación de un trabajador sometido a este régimen de contratación al cese de conformidad con el artículo 49.1.c ET conllevará la calificación de improcedente. No obstante, si el trabajador solicita el reconocimiento del derecho judicial vigente la relación laboral, con base a esta nueva jurisprudencia ya consolidada, se le reconocerá la condición de fijo³⁴³.

³⁴³ STS de 27 de enero de 2021, rec. 1613/18.

La eficacia del Derecho Constitucional para limitar el alcance de la obligación de subrogación a la luz del Derecho de la Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

Una vez analizado en el capítulo anterior el alcance de la obligación de subrogación por parte de la entidad pública cesionaria y en qué supuestos procede la integración de los trabajadores que prestaban servicios para la empresa contratista privada, corresponde analizar la cuestión más compleja y ardua del tema objeto de estudio: cómo se va a llevar a cabo la integración del personal habida cuenta del fuerte choque de placas tectónicas que se produce entre el derecho del trabajo y el derecho administrativo.

Para ello, en este capítulo y en el siguiente se analizarán los principales obstáculos que se encuentran en el ordenamiento constitucional y administrativo y que parecen impedir a priori la subrogación contractual, para poder abordar ya en el siguiente las posibles soluciones tanto teóricas como prácticas para la efectiva integración del personal en el ente de derecho público.

Como es sabido, la subrogación del empleador público en la posición contractual de la empresa contratista reviste mayor complejidad que otros fenómenos de transmisión empresarial por la confluencia del derecho laboral y el derecho público en un mismo supuesto de imputación normativa, de modo que *“se asiste a una suerte de penetración y predominio de la lógica del Derecho Administrativo sobre la lógica específica de regulación y racionalización jurídica a la que sirve de ordinario el ordenamiento laboral”*¹. En efecto, la principal consecuencia de que la operación de cambio de titularidad actualice el supuesto de hecho del artículo 44 ET es el mantenimiento de los contratos de trabajo con el nuevo empresario, garantía que resulta difícilmente conciliable con toda una batería de normas y principios de orden público como los que rigen los procedimientos selectivos de acceso al empleo público; las limitaciones presupuestarias al incremento de plantillas en el sector público; la prohibición de consolidación del empleo prevista en la legislación de contratación pública; las eventuales incompatibilidades reguladas para el personal al servicio de las Administraciones; la diferente naturaleza administrativa o laboral de los puestos de trabajo de origen y destino; etc.²

¹ J. L. MONEREO PÉREZ, “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, *Revista de derecho social*, 67, 2014, p. 15.

² S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “Reversión de contratos públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, en AA.VV. (Coord. AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de*

El objetivo en este punto será repasar los aspectos generales de la regulación de estas instituciones para a partir de ahí, con posterioridad, tratar de hallar una postura clara acerca de hasta qué punto pueden constituir un real y efectivo obstáculo a la subrogación de los trabajadores provenientes de una empresa privada. Así, estas conclusiones constituirán el prisma a través del cual se valorarán las principales soluciones ensayadas hasta el momento para integrar al personal.

II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD

1. Consideraciones previas

A diferencia de las empresas privadas que cuentan libertad plena a la hora de seleccionar y contratar a sus empleados –como manifestación de la libertad de empresa (art. 38 CE) y del principio de autonomía de la voluntad (arts. 1254 y 1262 Código Civil)– con escasos límites más allá del respeto al principio constitucional de no discriminación³ (art. 14 CE; arts. 4.2.c y 17.1 ET), las Administraciones Públicas y entidades del sector público se encuentran sometidas por imperativo jurídico a la observancia de unos criterios objetivos en sus procedimientos de selección, a fin de eliminar cualquier consideración subjetiva y preservar la imparcialidad que debe regir en la incorporación de personal a sus plantillas⁴. Solo así, se garantiza que se seleccionan aquellos candidatos que resulten más idóneos para cumplir satisfactoriamente la función que la Constitución impone a la Administración, esto es, servir con objetividad a los intereses generales, tener un desempeño eficaz y actuar con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE)⁵. Y es que cuando el empleador es un empresario público deben coordinarse dos intereses diversos en la selección de efectivos de personal: por un lado, contratar al empleado más adecuado tal y como también ocurre en la empresa privada; pero por el otro, a diferencia del sector privado, se debe garantizar el respeto del derecho de todos los ciudadanos de acceder en condiciones de absoluta igualdad al empleo en la Administración⁶.

Así las cosas, el más flagrante obstáculo que se presenta para la integración del personal subrogado por una empleadora sometida al derecho administrativo es la posible vulneración de las normas y principios que deben regir los procedimientos selectivos de acceso al empleo público.

trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 2.

³ Este es el único límite absoluto, mientras que el resto tienen una importancia relativa sobre la libertad de empresa, debido a su eficacia indirecta (procedimientos de colocación, previsiones convencionales acerca de procesos selectivos, etc.). Véase: T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n.º Extra 112, 2008, p. 41.

⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2020, Pos. 1790/5385.

⁵ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 33-40.

⁶ T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 42. Un sector de la doctrina ha afirmado que este último principio se antepone, limita y matiza el principio de libertad de empresa cuando el empleador es una Administración. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005, p. 84.

Se constata así la tantas veces aludida contradicción entre el principio laboral de estabilidad en el empleo en que se concreta la sucesión de empresa y los principios esenciales para la adquisición de la condición de servidor público que hunden su raíz en normas de rango constitucional y legal⁷. Y es que a nadie se le escapa que una aplicación estricta de las reglas laborales sobre sucesión de empresas puede constituir una «forma de acceso indirecto al empleo público» sin la debida observancia del procedimiento selectivo y las reglas que deben regir en este⁸.

Por tanto, se trata de determinar si la observancia estos principios y los procedimientos objetivos de selección de empleados puede suponer un verdadero obstáculo a la subrogación y mantenimiento del empleo en las relaciones laborales concertadas anteriormente por la empresa contratista cesante o, al menos, en qué medida pueden llegar a verse condicionadas las normas de carácter laboral por aquellas otras de naturaleza pública. Para ello será necesario detenerse previamente en el fundamento y la regulación de los criterios de acceso al empleo público, para analizar después las obligaciones legales en que se concreta y, en fin, valorar las consecuencias de su inobservancia ante supuestos de sucesión empresarial.

Debe partirse de la siguiente premisa: como regla general, los puestos de trabajo adscritos al servicio externalizado tendrán, una vez revertido y asumida la gestión directa de la actividad, naturaleza laboral, por lo que las reglas que interesan son las relativas al acceso al empleo laboral en el sector público. Y es que, como se vio en la primera parte de este trabajo, aquellos cometidos públicos que se insertan en la potestades del Estado (en sentido amplio) no son externalizables, por lo que no podría haber adjudicado la Administración funciones que únicamente podrían ser desarrolladas por funcionarios. Ello no implica, como también se verá más adelante, que todos los puestos de trabajo ocupados por funcionarios públicos desarrollen necesariamente funciones que impliquen la participación directa o indirecta de potestades públicas en el sentido del artículo 9.2 EBEP. No han faltado supuestos conocidos por los tribunales en que actividades que no estaban sujetas a este límite imperativo fueron externalizadas cuando en su etapa de gestión directa se desarrollaban por personal sujeto a una relación de carácter administrativo. Sin embargo, lo más frecuente, debido al aumento creciente de la proporción de personal laboral en la composición de

⁷ Por todos, L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 214. F. GARCÍA FLÓREZ; J. R. CUERNO LLATA, "La extinción de las concesiones administrativas y sus consecuencias jurídicas en los contratos laborales. La aplicación de la subrogación de empresa al derecho administrativo: supuestos de responsabilidad y criterios de imputación", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, n.º 43, 1995, p. 224. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 338-339. J. L. SÁNCHEZ DÍAZ, "Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas", *Poder Judicial*, n.º 45, 1997, p. 455. J. MORENO GENÉ, "Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas", cit., p. 451. A. DESDENTADO BONETE, "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia", cit., p. 244. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, cit., p. 236. Así como muchísimos más autores en obras más recientes que se irán citando a lo largo del trabajo.

⁸ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 216. En el mismo sentido: T. SALA FRANCO, "El acceso al empleo público laboral", en AA.VV. (Coord. Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz) *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 36 y ss.

la función pública, es que las actividades externalizadas fueran ocupadas por empleados públicos laborales y con su reversión los puestos de trabajo tengan idéntica naturaleza. Aunque también se podrá comprobar que no faltan supuestos en los que la plaza a ocupar tras el acuerdo de modificación de la forma de gestión sea de naturaleza estatutaria por disponerlo así la concreta ley de la función pública aplicable. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la actividad revertida es la propia de un centro de atención sanitaria.

2. El fundamento constitucional de los principios de acceso al empleo público y su virtualidad en el personal laboral

El artículo 55.1 EBEP dictamina que *“todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”*.

La norma citada constituye la plasmación y concreción a nivel legal de los artículos 23.2 y 103.3 CE. El primero establece un *“derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*; y el segundo prevé que *“la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*.

El Tribunal Constitucional ha declarado en sucesivas ocasiones que los artículos 23.2 y 103.3 CE deben examinarse de forma conjunta, pues la *“relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el art. 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles”*⁹. Así las cosas, igualdad, mérito y capacidad son los principios que rigen el acceso al empleo público, debiendo ponerse necesariamente el primero en conexión con los segundos¹⁰.

⁹ SSTC n.º 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; n.º 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8; n.º 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 5; n.º 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4; n.º 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4; n.º 352/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; n.º 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7; n.º 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7; n.º 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3; n.º 167/1998, de 21 de julio, FJ 2; n.º 99/1999, de 31 de mayo, FJ 4; n.º 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 107/2003, de 2 de junio, FJ 4; n.º 37/2004, de 11 de marzo, FJ 4; n.º 142/2008, de 9 de junio, FJ 3; n.º 27/2012, de 1 de marzo, FJ 5.

¹⁰ R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 13. En el mismo sentido: A. MÁRQUEZ PRIETO, “Contratación y acceso al empleo público”, en AA.VV. (Coord. José Manuel Gómez Muñoz) *La reforma de las Administraciones Públicas y el Empleo Público*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales, 2015, p. 162.

2.1. Estructura y contenido del Derecho Fundamental a la igualdad de oportunidades en el acceso a las funciones y cargos públicos

En cuanto al derecho a la igualdad en las condiciones de acceso a la función pública previsto en el artículo 23.2 CE¹¹ no es otra cosa que una manifestación o especificación del genérico principio de igualdad previsto del artículo 14 CE¹² (“*todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna...*”), dándose entre ambos una relación de regla general a regla particular¹³. Desde esta perspectiva, el cometido de la *lex specialis* es circunscribir y aplicar de manera reforzada el principio general de igualdad al concreto ámbito del acceso a los cargos y funciones públicas. Con todo, se trata de un «derecho con sustantividad propia»¹⁴ habida cuenta de que el Tribunal Constitucional ha reiterado que cuando se invoque ante los tribunales la vulneración de la igualdad en el acceso a la función pública, la pretensión debe fundamentarse en la norma especial y no en la general, a menos que se verifique además la existencia de discriminación por alguno de los motivos prohibidos por el 14 CE¹⁵ (“*...por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”).

Ahora bien, en la medida en que la norma especial es fiel reflejo del principio general de igualdad y no discriminación también actúa como aquel en dos planos diferentes: como «igualdad ante la Ley» o en la aplicación de la Ley por los poderes públicos para que las normas acerca de la selección de empleados sean aplicadas de igual manera a aquellos sujetos que se encuentren en una misma situación; y como «igualdad en la Ley», esto es, en el ámbito de creación de dichas normas, vetando al poder legislativo y reglamentario de otorgar un trato diferente en su diseño a quienes se encuentren en una situación comparable¹⁶.

El artículo 23.2 CE establece un derecho subjetivo fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública profesional¹⁷, pero “*no confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas,*

¹¹ Un estudio de conjunto en: Á. MARRERO GARCÍA-ROJO; M. BELADIEZ ROJO, “Artículo 23”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 673 y ss.

¹² Por todas, SSTC n.º 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 167/1998, de 21 de julio, FJ 2, etc.

¹³ F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 130.

¹⁴ *Ibid.*, p. 131.

¹⁵ SSTC n.º 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; n.º 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4; n.º 352/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; n.º 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7; n.º 167/1998, de 21 de julio, FJ 2; n.º 138/2000; 263/2015, 19 noviembre, FJ 8.

Así pues, cuando se alegue la vulneración ambos preceptos conjuntamente “*la genérica alegación del art. 14 debe entenderse comprendida en la más específica invocación del art. 23.2 CE*”. Cfr. SSTC n.º 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6; n.º 142/2008, de 9 de junio, FJ 3.

¹⁶ Con mayor detalle: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 336 y ss.

¹⁷ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 121, 1990, p. 250.

con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio, y otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante este Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad¹⁸. Como afirma la STC n.º 236/2015, de 19 de noviembre, sintetizando la jurisprudencia aplicable, lo que viene a reconocer es una “importante serie de garantías” en los procesos de acceso a la función pública que rigen *ex ante*, imponiendo una predeterminación de los requisitos exigibles y garantizando una igualdad material en las normas que rigen los procedimientos selectivos (FJ 8).

A día de hoy quedan pocos interrogantes en torno al ámbito subjetivo y objetivo del precepto constitucional. De un lado, no existen dudas de que, aunque no se mencione expresamente, una interpretación gramatical y sistemática junto con el apartado primero permite deducir que los titulares del derecho son los ciudadanos¹⁹. Del otro, hay consenso doctrinal y jurisprudencial en que la expresión «funciones y cargos públicos» engloba tanto cargos de representación política como a la función pública profesional de carácter no representativo, quedando de esta forma zanjando el debate mantenido hace algunos años sobre si debería acogerse esta conceptualización o si se incluía únicamente a cargos electos²⁰.

La doctrina científica ha destacado que las principales características de la igualdad en el acceso a la función pública son: A) su configuración legal; B) su naturaleza no sustantiva; C) su carácter reaccional; y D) su extensión a lo largo de la relación profesional²¹.

A) En cuanto a la primera característica debe partirse de que el precepto constitucional señala que el acceso en condiciones de igualdad se realizará “con los requisitos que señalen las

¹⁸ STC n.º 107/2003, de 2 de junio, FJ 4.

¹⁹ SSTC n.º 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5; n.º 263/2015, de 19 de noviembre, FJ 8.

²⁰ El TC ha estimado que “el núcleo primario del art. 23.2 CE viene referido a los cargos electivos”, esto es, de representación política. Sin embargo, “en virtud del binomio cargos/funciones públicas”, ha ampliado su aplicación también a funcionarios públicos, de suerte que en esta “segunda vertiente”, la protección se basa “en la identificación de aquellas tareas, cometidos o funciones realizadas por personal que ostenta la condición de funcionario público y participa en los procesos de formación o manifestación de decisiones imputables a un ente público”. Cfr. STC n.º 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3 y todas las resoluciones anteriores citadas.

Véase: T. SALA FRANCO, *La incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, p. 23 y ss. G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Régimen jurídico de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 12, 1992, p. 66 y ss. J. A. ALTÉS TÁRREGA, *La contratación temporal en la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 50. Con mayor detalle: L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado - Colección Derecho Público, Madrid, 2015, pp. 47-51.

²¹ F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., pp. 134-135. Más recientemente, en: F. RAMOS MORAGUES, “La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales”, cit., pp. 128-129. En similar sentido, se ha considerado que tanto el art. 14 CE como el 23.2 CE son “derechos fundamentales con la máxima protección constitucional –arts. 53.1 y 53.2 CE–; derechos «per relationem»; de carácter defensivo o «reaccional»; de configuración legal; y con dos diferentes niveles de actuación, en la ley «lato sensu» y en la aplicación administrativa o judicial de la ley”. Cfr. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 43. Pueden contrastarse también los términos empleados por L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 61 y ss.

leyes”, lo que en definitiva lo convierte en un «derecho de configuración legal». En esta labor, el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los parámetros de selección y reclutamiento de los empleados públicos en la medida en que el derecho solo nace de las normas legales y reglamentarias que disciplinan el acceso al concreto cargo o empleo público²². Es precisamente la garantía del respeto a la «igualdad en la Ley» lo que actúa como restricción a dicha libertad mediante la imposición de límites de carácter negativo y positivo²³.

Desde una perspectiva negativa, porque se proscribió que las condiciones de acceso al empleo se hagan en términos «concretos e individualizados» diseñando convocatorias cuyos requisitos se establezcan en atención a personas determinadas²⁴, tomando en consideración condiciones personales o sociales de los candidatos²⁵; o bien, describiendo «acepciones o pretericiones *ad personam*» en el acceso a las funciones públicas²⁶ o estableciendo requisitos de carácter discriminatorio²⁷ (sin perjuicio de las medidas de acción positiva legalmente previstas²⁸), pero otorgando en cualquier caso una diferencia de trato «irracional o arbitraria» entre los concursantes²⁹. Igualmente, se prohíbe la integración automática de determinados grupos en la función pública³⁰, así como, salvo excepciones, las pruebas restringidas³¹. En definitiva, lo que viene a “prohibir entre otras cosas es que las reglas del procedimiento para el acceso a la función pública se establezcan no mediante términos generales y abstractos sino mediante referencias individualizadas y concretas”³².

Y en positivo, por cuanto que los criterios selectivos implantados por el legislador no pueden obedecer a otra razón distinta al mérito y la capacidad. A partir de aquí, “se ha proclamado reiteradamente el derecho fundamental a concurrir de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso”³³. O, en el mismo sentido, se afirma que “la fijación «ex ante» de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función, es la única forma de que pueda ejercerse” el derecho contenido en el art. 23.2 CE³⁴. Así las cosas, los principios de mérito y capacidad son instrumentales al derecho a la igualdad de oportunidades en

²² STC n.º 50/1986, de 23 de abril, FJ 4. Más aun, ha afirmado que “una de las características del artículo 23.2 CE es el muy amplio margen para regular el ejercicio del derecho, esto es, para configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso a los cargos y funciones públicas” (STC n.º 75/1985, de 21 de junio, FJ 4).

²³ SSTC n.º 67/1989, de 18 de abril, FJ 2; n.º 99/1999, de 31 de mayo, FJ 4; 37/2004, de 11 de marzo, FJ 4.

²⁴ STC n.º 269/1994, de 3 de octubre, FJ 5.

²⁵ STC n.º 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 5.

²⁶ STC n.º 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 9.

²⁷ SSTC n.º 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4.

²⁸ Véase: R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 61-78.

²⁹ STC n.º 60/1994, de 28 de febrero, FJ 4.

³⁰ STC n.º 302/1993, de 21 de octubre, FJ 3.

³¹ SSTC n.º 60/1994, de 28 de febrero, FJ 5; n.º 16/1998, de 26 de enero, FJ 5, etc. Véase el art. 61 EBEP, así como las excepciones previstas en las DT 2ª y 4ª EBEP.

³² Cfr. STC n.º 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; n.º 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 9.

³³ Cfr. SSTC n.º 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3; n.º 167/1998, de 21 de julio; 99/1999, de 31 de mayo, FJ 4.

³⁴ Cfr. STC n.º 48/1998, de 2 de marzo, FJ 7.

el acceso al empleo público³⁵ por cuanto que solo quedará garantizada la segunda cuando la selección de empleados públicos se base en criterios objetivos basados en los primeros.

En síntesis, la igualdad en la ley en la configuración del derecho “*implica para el legislador no solo la prohibición de establecer diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino más precisamente aun y en conexión con el art. 103.3 CE la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad*”³⁶.

B) En segundo término, y en estrecha conexión con lo anterior, el precepto analizado tiene una «naturaleza no sustantiva» en el sentido de que no predetermina el contenido de los requisitos o condiciones que puedan exigirse a los aspirantes³⁷. Consecuencia implícita de ello es que los requisitos o condiciones pueden variar para el acceso a cada cargo o función en concreto sin que por ello se considere lesionada la igualdad. Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha entendido que dicho precepto “*no impide, antes bien prevé expresamente, que puedan establecerse en cada caso ciertos requisitos para acceder*” a los empleos públicos.³⁸

C) En tercer lugar, se ha afirmado que el artículo 23.2 CE otorga a los ciudadanos un «derecho de carácter puramente reaccional», lo que les permite impugnar ante la jurisdicción toda norma o aplicación concreta de la misma que quiebre la igualdad³⁹. Este derecho a reaccionar frente a un trato desigual o discriminatorio se construye sobre la base de la garantía de la «predeterminación normativa» del proceso selectivo tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales, lo que permite su ulterior control de regularidad⁴⁰.

A mayor abundamiento, se proyecta no solo en el ámbito de creación de las normas sino también en su aplicación, de modo que la Administración queda vinculada por lo dispuesto en las normas que ordenan el procedimiento selectivo, debiendo abstenerse de realizar cualquier

³⁵ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 25.

³⁶ Cfr. STC n.º 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4.

³⁷ STC n.º 50/1986, de 23 de abril, FJ 4. Una consecuencia inherente a los derechos constitucionales de configuración legal es que su contenido y perfiles quedan encomendados a la ley pero con el debido respeto a su contenido esencial. Aun así, la intervención legal es más intensa que en otros derechos (STC n.º 25/1990, de 19 de febrero, FJ6)

³⁸ A mayor abundamiento, el TC ha afirmado que, en “*lo que se refiere a la regulación de tales requisitos, en cada supuesto concreto de acceso a un cargo o función pública, la remisión a las leyes que dicho precepto contempla ha de ponerse en conexión con las previsiones que la propia Constitución establece en cuanto a la normación sustantiva de unos u otros cargos y funciones públicas y, muy en especial, en lo que concierne al rango o tipo de normas que deba regular el acceso a toda clase de cargos y funciones*” (STC n.º 47/1990, de 20 de marzo, FJ 6 y 7).

³⁹ SSTC n.º 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; n.º 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4; n.º 352/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; n.º 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7.

⁴⁰ Hasta el punto en que se ha hablado de un “*derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas*”. Cfr. J. L. MARTÍN MORENO, *El control de las oposiciones y concursos en el Estado Constitucional*, Liberlex, 2007, p. 16.

Exigencia de predeterminación que no se agota en las normas de rango legal, sino que alcanza a la normación reglamentaria y a las bases reguladoras de los concretos procesos selectivos. Y que, desde un punto material, no abarca solo a los méritos y capacidades objeto de valoración, sino también a las garantías procedimentales previstas y a la composición de los órganos de selección. Véase: L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 64.

diferenciación de trato durante su desarrollo, incluso al tiempo de resolver reclamaciones de los aspirantes⁴¹. En este sentido, tal y como afirma la STC n.º 73/1998, de 31 de marzo, “la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los indicados principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad). Una verdadera predeterminación ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE” (FJ 3º).

Como continúa relatando la sentencia, que esta predeterminación de las reglas selectivas “es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el Juez –que lo es de la legalidad– tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas (arts. 106.2 y 24.1 CE)”. Pero además de los Jueces y Tribunales ordinarios a quienes corresponde el control de regularidad en el proceso selectivo, el máximo intérprete de la Constitución debe, si es instado a ello por la vía de amparo, “contrastar si la aplicación e interpretación de la legalidad configuradora del derecho fundamental efectuada por los órganos jurisdiccionales ha respetado o no la integridad del derecho fundamental en su caso concernido”⁴².

D) Y en fin, la aplicación del principio de igualdad del artículo 23.2 CE no solo rige en el momento de acceder al empleo sino que se mantiene durante la vigencia de la relación de servicios, aunque el TC haya admitido ciertas matizaciones en cuanto al rigor e intensidad con los que deben operar según se trate del inicial ingreso o del posterior desarrollo de la carrera profesional, permitiendo en este segundo caso que se consideren otros criterios en aras a lograr una mayor eficacia organizativa o satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos⁴³. Recientemente ha aseverado que la densidad del canon de enjuiciamiento constitucional depende del tipo de decisiones sobre las que se proyecta: en el acceso a la función pública no hay más canon que los principios de igualdad, mérito y capacidad; pero con posterioridad estos mismos pueden ponderarse con otros siempre que encuentren su justificación en la mejor prestación de los servicios públicos o la tutela de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos como la estabilidad en el empleo⁴⁴.

2.2. Los principios de mérito y capacidad

Por su parte, en cuanto a los principios de mérito y capacidad debe llamarse la atención que no son mencionados por el artículo 23.2, sino que están contenidos en el 103.3 CE que, por su

⁴¹ SSTC n.º 10/1998, de 13 de enero, FJ 5; n.º 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.

⁴² Cfr. STC n.º 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6.

⁴³ Entre otras, SSTC n.º 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3; n.º 192/2012, de 29 de octubre, FJ 5. No hay lugar a dudas sobre este aspecto en la actualidad habida cuenta de que el propio EBEP prevé expresamente su aplicabilidad en la carrera profesional (art. 16.2) y en supuestos de promoción interna (art. 18.1).

⁴⁴ STC n.º 263/2015, de 19 de noviembre, FJ 8.

ubicación sistemática, no es un derecho fundamental⁴⁵. No obstante, su conexión con otros preceptos constitucionales y, en especial, su función instrumental al derecho a la igualdad al acceso al empleo público le otorgan un papel reforzado⁴⁶. La conexión entre los citados preceptos se deduce primeramente del propio tenor literal de ambos, desde el momento en que se refieren a «funciones y cargos públicos» y «función pública», sin perjuicio de que, como se ha visto, el TC haya reafirmado dicha relación basándose en que no cabe establecer diferencias entre candidatos que permitan una valoración preferencial o peyorativa sino es con base exclusiva en su mérito y la capacidad profesional, pues de lo contrario se atentaría contra la igualdad de oportunidades. De modo que, aunque debe partirse de cierta libertad técnica para el establecimiento de los requisitos, no puede haber arbitrariedad alguna debiéndose garantizar que los sujetos seleccionados sean los más capaces y con más méritos⁴⁷.

Debe repararse en que la referencia al mérito y la capacidad son «conceptos jurídicos indeterminados» que los poderes públicos deben precisar con mayor rigor⁴⁸. En esta labor, se ha de tomar en consideración que además del principio de igualdad entroncan con otros principios vertebradores de las Administraciones Públicas de relevancia constitucional como son la eficacia, la objetividad al servicio al interés general y el sometimiento a la legalidad (art. 103.1 CE)⁴⁹.

Así, en la eficacia administrativa encuentra acomodo la capacidad autoorganizativa de la Administración, en virtud de la cual, entre otras facultades puede optar por la fórmula de gestión y personificación que considere más eficaz o puede justificar el recurso a modelos más flexibles de gestión de personal que las de Derecho Administrativo (en ambos casos, con ciertos límites)⁵⁰. En la selección de empleados se materializa en la exigencia de que la composición de una función pública profesionalizada requiere que los ciudadanos incorporados sean aquellos que demuestren más aptitudes para el ejercicio de las tareas derivadas del puesto de trabajo. En definitiva, se pretende con ello la selección de los candidatos que estén más preparados habida cuenta de que la eficacia y calidad de los servicios públicos dependen de ello⁵¹. También el Tribunal

⁴⁵ Durante la tramitación parlamentaria de la Constitución de 1978 se planteó su inclusión en fase de enmiendas pero finalmente se suprimió. Así mismo, en textos constitucionales anteriores también aparecían reflejados junto con el derecho de igualdad en el acceso a la función pública. Véase: J. L. MARTÍN MORENO, *El derecho fundamental de acceso a la función pública*, Liberlex, Granada, 2006, p. 82.

⁴⁶ En este sentido: STC n.º 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 5º. También esta consideración entre la doctrina científica administrativa: E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, cit., p. 250. M. SÁNCHEZ MORÓN, “Artículo 103”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo II*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 467. Incluso se habla de que constituye un «macroderecho» junto con el art. 23.2 CE. Véase: J. L. MARTÍN MORENO, *El derecho fundamental de acceso a la función pública*, cit., p. 83.

⁴⁷ F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 138.

⁴⁸ J. L. MARTÍN MORENO, *El control de las oposiciones y concursos en el Estado Constitucional*, cit., p. 20.

⁴⁹ L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 44. También J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 38-40.

⁵⁰ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 125.

⁵¹ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., Pos. 1806/5385. Más recientemente, afirma el autor que “esta profesionalidad de la función pública, por contraposición a los órganos de elección o designación

Constitucional ha justificado en la eficacia el régimen de incompatibilidades, lo que permite que la dedicación exclusiva de los empleados públicos reporte una mejor prestación de sus servicios⁵².

A su vez, guarda relación con la objetividad y con la prohibición de arbitrariedad que debe guiar el quehacer de la Administración Pública, ya que ha de servir con objetividad al interés general. Solo cabe hablar de una Administración orientada hacia el interés público cuando el personal es seleccionado con las garantías establecidas en la Constitución, asegurándose de que el elemento personal es el mejor posible⁵³. Por tanto, la objetividad debe plasmarse en los sistemas de selección en criterios objetivos que eviten diferencias injustas en el acceso a las funciones públicas y que sean aptos para reclutar a los candidatos más idóneos. Por ello, el TC ha determinado que la concreción de las capacidades o los méritos a tener en cuenta deben guardar relación directa con las funciones a desempeñar y con el puesto de trabajo⁵⁴.

Y la prohibición de arbitrariedad de la Administración se garantiza mediante unos servidores públicos que actúen con imparcialidad y neutralidad, de suma relevancia habida cuenta de que muchas de sus funciones pueden estar conectadas con el poder, la autoridad y la soberanía. Solo seleccionando a estos mediante criterios objetivos basados en el mérito y capacidad se garantiza la imparcialidad del empleado público en el ejercicio de sus funciones tal y como expresamente exige el artículo 103.3 CE, ya que la imparcialidad es un valor consustancial al Estado de Derecho. En esta línea, debe tenerse en cuenta que el sistema de mérito y capacidad en el acceso al empleo público surge como reacción a un modelo de libre designación («*spoils system*» o «sistema de botín»⁵⁵), que se traducía en una renovación de empleados de la Administración en función de las alternancias políticas de sus órganos de gobierno. Pues bien, un empleado público que ha sido seleccionado conforme a sus propios méritos y que no debe su posición como servidor público a una designación de carácter político constituye una garantía de imparcialidad y neutralidad⁵⁶. Debe tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que esta imparcialidad también se ve reforzada por la conexión del artículo 103.3 CE con el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública⁵⁷.

política se refleja precisamente en algunos de los aspectos esenciales del estatuto [del funcionario] a que se refiere el art. 103.3 CE. Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, "Artículo 103", cit., p. 464.

⁵² STC n.º 178/1989, de 2 de noviembre.

⁵³ A. EMBID IRUJO, "Trece proposiciones sobre selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo en el Derecho Español", *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, vol. 1, 1993, p. 33.

⁵⁴ STC n.º 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4.

⁵⁵ Véase: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 30 y ss.

⁵⁶ Así los funcionarios no son de un partido determinado sino de la Administración, su condición no depende de una elección política. M. SÁNCHEZ MORÓN, "Artículo 103", cit., p. 453. En el mismo sentido: J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pp. 120-121.

⁵⁷ En este sentido, la STC n.º 193/1987, de 9 de diciembre, afirma que "el art. 23.2 introduce, así, un criterio igualatorio que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el art. 103.3, inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra" (FJ 5).

Y en fin, el sistema de mérito es también una exigencia propia de un sistema democrático. Como bien afirma la STC n.º 71/1989, de 20 de abril, en el artículo 23.2 CE “se reconocen, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales a través del cual se despliega un aspecto de la participación de los ciudadanos en las instituciones públicas que tienen su conexión propia en los principios que, según el art. 103 CE, deben regir la organización y funcionamiento de la Administración y, de otro lado, dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 CE” (FJ 3). Pues bien, desde esta perspectiva, no se está ante un mero derecho de libertad pública, sino ante un derecho subjetivo consustancial a la estructura democrática del Estado⁵⁸. De manera que el principio electivo garantiza el acceso a un sistema democrático en cargos representativos, mientras que el mérito y capacidad hacen lo propio en cargos profesionales no representativos⁵⁹.

2.3. La aplicabilidad de los principios constitucionales al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas

2.3.1. El recurso al genérico derecho a la igualdad del artículo 14 CE

Por lo que respecta al empleo público laboral el Tribunal Constitucional dejó claro que el artículo 23.2 CE no puede servir de fundamento para admitir un recurso de amparo frente a decisiones administrativas sobre contrataciones de personal por parte de las Administraciones. Si bien es cierto que con anterioridad existía cierto debate entre la doctrina científica sobre el alcance subjetivo del precepto en base a la noción amplia o restringida del concepto de «función pública» que se defendiera⁶⁰, la cuestión quedó definitivamente resuelta con la STC n.º 281/1993, de 27 de septiembre, que determinó que “el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas” (FJ 2). Las funciones englobadas en la protección dispensada por el precepto son exclusivamente aquellas que desarrollan funcionarios públicos vinculados con la Administración mediante una relación de servicios estatutaria, aun cuando no tenga carácter estable, pero

⁵⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Comentario al artículo 23 de la Constitución”, en AA.VV. (Coord. Fernando Garrido Falla) *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 293.

⁵⁹ L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 45.

⁶⁰ Así las cosas, se ha tratado de delimitar con base en las distintas concepciones existentes de «función pública» y de «funciones y cargos públicos». Por un lado, es posible una restringida y funcional, reservada al ejercicio de actividades inherentes a la potestas del Estado y, por tanto, desarrolladas por funcionarios en sentido estricto, por lo que no habría obstáculos al ingreso de personal laboral sin el sometimiento a los principios de igualdad, mérito y capacidad; y por el otro, un concepto de función pública amplio, que engloba también al personal laboral y que hace más propio hablar de «empleo público», de manera que dichos principios deben respetarse con independencia del régimen jurídico al que se someta la relación de servicios. Véase: J. A. ALTÉS TÁRREGA, *La contratación temporal en la Administración Pública*, cit., p. 48 y ss. Con mayor detalle, véanse todos los autores citados en: J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 99 y ss.

necesariamente preordenada legal y reglamentariamente y no integrada de forma contractual. Lo cual excluye sin lugar a dudas al personal laboral al servicio de la Administración Pública⁶¹.

Con todo, ello no significa que los poderes públicos no queden vinculados en el acceso al empleo público laboral por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Y es que, por un lado, el Tribunal Constitucional, a la vez que ha excluido la aplicación del artículo 23.2 CE, ha sustentado el derecho a la igualdad en el acceso a los puestos de trabajo laborales directamente en el artículo 14 CE. Y por el otro, también serían aplicables, por analogía⁶², los principios de mérito y capacidad en virtud de la conexión que debe entenderse entre el artículo 103.3 CE y ahora el artículo 14 CE cuando se trata del personal laboral de las Administraciones.

En primer lugar, se puede invocar directamente en estos casos el artículo 14 CE en la medida en que el artículo 23.2 CE es una concreción en el ámbito de la función pública del más genérico principio de igualdad de trato, y este último sí que vincula a los poderes públicos en el acceso al empleo público laboral⁶³. Así las cosas, se ha llegado a afirmar por la doctrina científica que el «derecho subjetivo» que ostentan los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad, mérito y capacidad al empleo público será el mismo, solo que diferirá el ámbito normativo en que puede hacerse valer la pretensión y la exteriorización jurídico-formal del derecho según se esté ante uno u otro supuesto⁶⁴: el artículo 23.2 CE podrá invocarse cuando se vulnere la igualdad en el acceso a la función pública *stricto sensu*; mientras que el artículo 14 CE será aplicable cuando la infracción se produzca en el marco del acceso al empleo público laboral⁶⁵.

Y en segundo lugar, desde esta óptica cabría reivindicar igualmente la conexión existente entre el principio de igualdad (art. 14 CE) y los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) pues, en la medida en que estos últimos son un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades, la selección de empleados públicos laborales también debe basarse en criterios objetivos que eliminen cualquier atisbo de arbitrariedad. Así las cosas el Tribunal Constitucional entiende que el caso del personal laboral “*el eventual conflicto con la Constitución del sistema considerado se produciría por la vulneración únicamente del art. 14 CE, en relación con los arts. 9.3 y 103.3 CE, al tratarse de contratos laborales, en los que, como ha declarado en diversas ocasiones este Tribunal, no se aplica el art. 23.2 CE*” (STC n.º 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8).

⁶¹ STC n.º 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3. Doctrina reiterada, entre otras, por las SSTC n.º 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; n.º 87/2004, de 10 de mayo, FJ 5; n.º 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2; n.º 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5.

⁶² J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 127.

⁶³ Por todos, J. A. ALTÉS TÁRREGA, *La contratación temporal en la Administración Pública*, cit., p. 47 y ss. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, cit., p. 140 y ss. T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 42. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 42 y ss. R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 14-15.

⁶⁴ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 43. Más recientemente: R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 15.

⁶⁵ E. ROJO TORRECILLA, “La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., p. 87. J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, cit., p. 144.

No obstante, para ser más precisos, en algún pronunciamiento del Alto Tribunal⁶⁶ sobre la aplicación al personal laboral de algunos aspectos del estatuto profesional del funcionario público –más concretamente, la Ley 54/1984, sobre incompatibilidades–, se alude a que su fundamentación jurídica se encuentra exclusivamente en el artículo 103.1 CE que contiene los principios organizativos de la administración –de forma más directa, a los de objetividad y eficacia–, en lugar del artículo 103.3 CE que prevé dichos principios para el empleado público estatutario. En consecuencia, un sector doctrinal entiende que debe establecerse una «directa conexión sistemática» entre los artículos 14 y 103.1 CE que afecta a la selección de todos los empleados públicos, de la misma manera que hacen lo propio pero en un ámbito subjetivo más reducido los artículos 23.2 y 103.3 CE. Y es que, además, debe tenerse en cuenta que los principios de mérito y capacidad contenidos en el apartado 3 del último precepto citado, son una consecuencia directa de los principios de objetividad y eficacia que al apartado 1 del mismo contemplan⁶⁷. Esta conexión entre los principios rectores y el «principio de buena administración» ex artículo 103.1 CE es lo que justifica el conjunto de reglas jurídico-administrativas del procedimiento selectivo⁶⁸.

En cualquier caso, siguiendo esta interpretación, la doctrina constitucional acerca de los principios rectores en el acceso a la función pública dictada en interpretación del artículo 23.2 CE sería extensible al personal laboral, sin perjuicio de las oportunas matizaciones⁶⁹. En particular, la copiosa jurisprudencia en torno a la delimitación del contenido esencial del derecho⁷⁰.

En cualquier caso, no hay dudas en la actualidad sobre la aplicabilidad de estos principios respecto del personal contratado a la luz del tenor literal del artículo 55 EBEP, mucho más preciso que su antecesor el art. 19.1 LMRFP. Así como la aplicación de lo dispuesto en los artículos siguientes (arts. 56- 61 EBEP) que recogen toda la doctrina constitucional en torno al contenido esencial del derecho a la que antes se aludía. Por tanto, la regulación es meridianamente clara en cuanto a su exigibilidad al personal laboral, al menos en el plano de la legalidad ordinaria.

Así, la mayoría de la doctrina científica y la jurisprudencia ordinaria entienden que los principios constitucionales referidos son de obligada extensión al personal laboral en el entendimiento de que la Constitución acoge una noción de función pública amplia que comprenda

⁶⁶ STC n.º 178/1989, de 2 de noviembre.

⁶⁷ Con mayor detalle: J. FONDEVILA ANTOLÍN, “El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 17, 2019, pp. 110-111.

⁶⁸ A. MÁRQUEZ PRIETO, “Contratación y acceso al empleo público”, cit., p. 151 y 172.

⁶⁹ Por todos, J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 107-108. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 45. L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 61. R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 15.

⁷⁰ La doctrina viene a evidenciar la existencia de cuatro grandes ámbitos materiales: 1) cuestiones en torno a la exigencia de convocatoria pública y libre concurrencia; 2) requisitos generales y específicos de acceso; 3) desarrollo de los procesos o sistemas selectivos; y 4) composición de los órganos de selección. Véase: J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 45-49.

al personal laboral⁷¹. Por consiguiente, algún autor ha considerado que “*realmente no se perciben diferencias entre ambos regímenes de empleo al respecto y, de esa forma, se puede deducir que para el Tribunal Constitucional los ciudadanos tienen también reconocido constitucionalmente el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la contratación como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas*”⁷². Aunque el mismo autor haya reconocido también que la cuestión dista de ser pacífica⁷³, porque otro sector doctrinal interpreta de forma restrictiva el concepto de función pública⁷⁴.

Específicamente, hay quienes se apoyan en la resistencia del Tribunal Constitucional a incluir a este personal dentro de la noción de función pública y, por ende, del ámbito de aplicación de los artículos 23.2 y 103.3 CE, para defender la subrogación por parte del ente público en supuestos de sucesión de empresa, sosteniendo que los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público del personal contratado laboralmente es una exigencia de mera legalidad ordinaria que no cuenta con una base constitucional sólida⁷⁵. Así, se ha afirmado que el “*derecho fundamental, solo resulta aplicable al acceso a la función pública con exclusión de los contratos laborales propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Cuestión distinta es que este derecho se haya extendido por imperativo del artículo 55 y de la*

⁷¹ Así, en tanto en cuanto que la Constitución no establece un concepto unívoco de función pública la mayoría de autores se decantan por extender la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad también al personal laboral. Véanse las siguientes referencias bibliográficas y toda la recopilación de doctrina que a su vez establecen: J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pp. 104-109. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 42. F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., pp. 119-123.

⁷² Cfr. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pp. 102-103.

⁷³ *Ibid.*, p. 99. En el mismo sentido: A. GARCÍA TORRES, “Fuentes de regulación e instrumentos de organización del trabajo en el empleo público de régimen laboral (Tesis Doctoral)”, 2015, Universidad de Oviedo, p. 128.

⁷⁴ M. L. MOLERO MARAÑÓN, *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 42. M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la administración pública*, Civitas, Madrid, 1996, p. 122.

En el mismo sentido, todos los autores citados por J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 104.: F. PRADOS DE REYES, “Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (y II)”, *Actualidad Laboral*, n.º 1, 1990, pp. 198-200. V. A. MARTÍNEZ ABASCAL; E. ROJO TORRECILLA; F. PÉREZ AMORÓS, “La modalidad procesal del despido y sus efectos en la Ley de Procedimiento Laboral”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1991. A. OJEDA AVILÉS, *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas (el modelo de la Junta de Andalucía)*, Comares, Granada, 1998, p. 30. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El cumplimiento específico de la obligación de readmitir”, 1998, Universidad de Sevilla, p. 166 y ss. A. MONTOYA MELGAR, “Las administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, 2007, p. 475.

Más recientemente, este último ha señalado que “*la selección del personal laboral por las Administraciones se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 55.1 LEBEP), aunque en rigor la Constitución predique esos principios (en concreto, los de mérito y capacidad: art. 103.3 CE) sólo respecto de la selección de los funcionarios públicos (A. MONTOYA MELGAR, “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 93, 2011, p. 22.)*

⁷⁵ A. TODOLÍ SIGNES, “Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresa según la entidad receptora del servicio”, en AA.VV. (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 222.

*disposición adicional primera del EBEP a todo el personal del sector público*⁷⁶. Por tanto, mientras que la doctrina del Tribunal Constitucional no evolucione hacia una noción material o amplia de función pública, el personal laboral queda excluido de la consagración constitucional de los principios de mérito y capacidad y solo resulta amparable bajo el paraguas del genérico principio de igualdad, de ahí la importancia de la consagración estos principios a nivel legal⁷⁷.

Esta cuestión merece ser analizada con mayor detenimiento puesto que es crucial a los efectos de este trabajo dirimir si la integración de personal en la Administración sin existencia de un proceso de selección previo implica la vulneración de un derecho de acceso al empleo público laboral en condiciones de igualdad, mérito y capacidad que tiene relevancia constitucional o, si por el contrario, su eventual infracción es de mera legalidad ordinaria.

2.3.2. El significado y el alcance del artículo 14 CE para tutelar el acceso al empleo público laboral en condiciones de igualdad de oportunidades

Lo cierto es que, a mi juicio, el Tribunal Constitucional no ha sido todo lo claro que cabría esperar en relación a si existe o no un verdadero derecho constitucional de igualdad en el acceso al empleo público que rija para los puestos de naturaleza laboral; o, si simplemente, la hermenéutica elaborada en torno al artículo 23.2 CE sirve como «guía» para delimitar los contornos del margen de actuación con el que los poderes públicos deben tratar a los aspirantes en un proceso selectivo para no conculcar el genérico principio de igualdad del artículo 14 CE. Una y otra cosa no son lo mismo, ni tienen el mismo alcance como se tratará de explicar.

A) Para comenzar, lo que no deja lugar a dudas es la rotundidad y contundencia con la que se ha excluido al personal laboral del ámbito subjetivo del derecho fundamental contenido el artículo 23.2 CE. En reiteradas ocasiones ha aseverado sin ambages que, *“en la medida en que nos encontramos ante un procedimiento de selección de personal laboral (y no funcionario) por parte de una Administración local, no puede resultar de aplicación, según la doctrina constitucional referida, el art. 23.2 CE”*⁷⁸. En consecuencia, la doctrina científico-administrativa más autorizada evidenció en su momento que el Alto Tribunal había elaborado un «concepto restrictivo» de cargos y funciones públicas, apartándose de la finalidad última del precepto que es proteger la igualdad de oportunidades en el desempeño de un empleo público, entendiendo que la derivada más inmediata de *“la opción jurisprudencial vigente supone privar de las garantías constitucionales de igualdad al proceso de selección de dicho personal [contratado]”*, esto es, de las específicas garantías contempladas por el artículo 23.2 CE. Así las cosas, ha censurado que *“no tiene mucha explicación lógica (aunque se explique por la necesidad de no recargar los procedimientos*

⁷⁶ Cfr. J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 107. Comparte esta idea: J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., pp. 6-7/28 pdf descargado.

⁷⁷ J. GIL PLANA, “La selección del personal laboral de las Administraciones Locales”, *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º Extra 112, 2008, p. 20.

⁷⁸ STC n.º 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2.

especiales de amparo) que la vulneración de la igualdad en el acceso a un puesto de funcionario sea una cuestión constitucional y la vulneración de la igualdad en el acceso a un puesto de contratado por la Administración sea una cuestión de legalidad ordinaria”⁷⁹. Se critica, en particular, que la exclusión de este tipo de personal de las nociones constitucionales de cargos y funciones públicas se realicen básicamente apoyándose en una interpretación literal y sistemática de la CE, sin tomar en consideración la interpretación teleológica. Y que, en la medida en que es un derecho de configuración legal, debería ser el legislador quien delimite el ámbito de aplicación de la función pública, máxime cuando la Carta Magna no establece un concepto positivo de esta⁸⁰.

Otra cosa es que prácticamente la totalidad de autores se hayan mostrado contrarios a este criterio y hayan defendido, con base en importantes argumentos compartidos por quien suscribe estas líneas, la necesaria extensión de los principios de igualdad, mérito y capacidad a la totalidad del personal al servicio de las Administraciones⁸¹. Así como que el Tribunal Supremo haya sido más contundente que el Constitucional y mantenga, sin dejar lugar a dudas, que al personal laboral

⁷⁹ Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, “El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, en AA.VV. (Dir. Óscar Alzaga Villaamil) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II*, Ed. Edersa, Madrid, 1997, p. 673. Disponible online en <https://app.vlex.com/#vid/331385>. En consecuencia, se ha opuesto a la admisión de recursos de amparo basados en el art. 23.2 CE cuando tenían por objeto la impugnación de decisiones administrativas sobre contratación laboral M. SÁNCHEZ MORÓN, “Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público”, *Autonomías: revista catalana de dret públic*, n.º 24, 1999, p. 23. En el mismo sentido: E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “¿Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas?”, *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 72, 1995, p. 627 y ss.; J. L. MARTÍN MORENO, *El derecho fundamental de acceso a la función pública*, cit., p. 94; N. DE NIEVES NIETO, “El acceso al empleo público laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 93, 2011, p. 55.

⁸⁰ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pp. 105-109.

⁸¹ Así, se aduce que la exclusión implicaría tratar de forma desigual el acceso a cargos públicos en la Administración en base a la naturaleza del vínculo jurídico por el que queden sujetos, lo cual resulta incoherente porque es un criterio meramente formal (E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “¿Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas?”, cit., p. 629; M. SÁNCHEZ MORÓN, “El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, cit., p. 674.). A juicio de MARTÍN MORENO la protección constitucional de todos los empleos costeados con cargo a los presupuestos públicos debe ser aún mas intensa, pues “*la razón de ser del derecho fundamental no viene dada en función del sometimiento de la relación de servicio al Derecho Administrativo o al Derecho Laboral*” (cfr. J. L. MARTÍN MORENO, *El derecho fundamental de acceso a la función pública*, cit., p. 87.). Y que prescindir de un sistema de selección basado en el mérito y la capacidad en una parte considerable de los empleados públicos, sería contrario a la interdicción de arbitrariedad que deben observar los poderes públicos ex artículo 9.3 CE (T. SALA FRANCO, *La incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, cit., pp. 26-27. En el mismo sentido: M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la administración pública*, cit., p. 130 y ss.; E. ROJO TORRECILLA, “La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, cit., p. 88; N. DE NIEVES NIETO, “El acceso al empleo público laboral”, cit., p. 55) y a los principios de objetividad y eficacia que impedirían una contratación de personal discrecional sin atender a procedimientos objetivos (F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 124). En definitiva, de no regir los mencionados principios constitucionales en el acceso al empleo de este tipo de personal se quebraría la imparcialidad administrativa y abriría la puerta al nepotismo (J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 101 y ss.). Y a mayor abundamiento, también carece de lógica la distinción por la dificultad para delimitar con precisión qué tareas pueden ser llevadas a cabo por personal laboral y cuáles otras por funcionarios, siendo harto frecuente que en determinadas administraciones ambos tipos de empleados realizan idénticas tareas simultáneamente (J. L. MARTÍN MORENO, *El derecho fundamental de acceso a la función pública*, cit., p. 88 y ss.). Debe repararse en que la ausencia de una noción constitucional de «función pública» en el sentido del artículo 103.3 CE, se dejaría un amplio margen administrativo para “*reducir a la mínima expresión*” los puestos funcionariales y eludir de esta manera la igualdad de acceso de los ciudadanos al empleo público (T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 42).

se le aplican los principios rectores del acceso al empleo público sin matices. En este sentido se han expresado tanto la Sala de lo social sobre la base de que la infracción de la normativa laboral no puede conducir a la adquisición de fijeza para no conculcar el mandato constitucional⁸², como la de lo contencioso-administrativo que declara vulnerados tales principios cada vez que se produce una incorporación al empleo público sin observar el procedimiento de selección legalmente establecido⁸³. Con todo, no debe olvidarse que el máximo intérprete de la Norma Fundamental es el Tribunal Constitucional y que sus criterios interpretativos emitidos al resolver en vía de amparo delimitando el ámbito, contenido y alcance de los derechos fundamentales son vinculantes para el resto de tribunales ordinarios, incluido el Tribunal Supremo (art. 5.1 LOPJ).

Y la realidad es que el sumo intérprete para suplir este vacío de tutela constitucional ha empleado el artículo 14 CE, es decir, el genérico «derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual»⁸⁴ al específico ámbito del proceso selectivo. Si bien, su alcance no es plenamente equiparable. En este marco constitucional, los poderes públicos quedan vinculados a la observancia del principio de igualdad, de modo que, ni el legislador en el diseño de las normas de selección de empleados, ni la Administración en su aplicación podrán establecer preferencias o requisitos discriminatorios respecto a sujetos que pretendan acceder puestos laborales en el empleo público. Pero esto no es otra cosa que una manifestación más del derecho a no ser tratados de forma desigual que debe regir el quehacer de los poderes públicos en multitud de contextos y relaciones con la ciudadanía, evitando que se apliquen distintas consecuencias jurídicas a situaciones de hecho iguales. Así lo determina la STC n.º 86/2004, de 10 de mayo, cuando, tras descartar la aplicación del artículo 23.2 CE, afirma que *“el análisis de la Sentencia impugnada en la demanda de amparo ha de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE, recordando a este respecto que su vulneración «la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional»*⁸⁵.

⁸² SSTs de 9 de octubre de 1985; de 16 de enero de 1986; de 22 de octubre de 1986; de 7 de marzo de 1988; de 18 de julio de 1989; de 11 de febrero de 1991; de 18 de marzo de 1991; de 6 de mayo de 1992; de 27 de julio de 1992, rec. 1950/91; de 7 de octubre de 1996, rec. 3307/95; de 20 de enero de 1998, rec. 317/97; de 20 de abril de 1998, rec. 3992/97; de 21 de diciembre de 1998, rec. 1517/98; de 8 de febrero de 2000, rec. 1487/99; de 17 de diciembre de 2002, rec. 3047/01; de 13 de noviembre de 2007, rec. 3/07; de 8 de abril de 2009, rec. 773/07, etc.

⁸³ Por todas, SSTs (CA) de 22 de enero de 1999, rec. 5674/92; de 31 de octubre de 2000, rec. 3765/96.

⁸⁴ STC n.º 200/2001, de 4 de octubre.

⁸⁵ Con cita de las SSTs n.º 134/1996, de 22 de julio, FJ 5º; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8º; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2º; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 3º; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4º; 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3º.

La delimitación coincide plenamente con realizada por el propio Constitucional al analizar el derecho a la igualdad en otros ámbitos ajenos al acceso al empleo público afirmando que *“el principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de modo que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca*

Acercando la aplicabilidad de este derecho a la igualdad a los supuestos de acceso a puestos de trabajo laborales en el sector público, se ha apreciado un trato desigual cuando las bases de una convocatoria otorgan una puntuación desproporcionada en el concurso de méritos, a quienes singularmente han ocupado el puesto ofertado y en la misma corporación convocante y no de forma genérica a quienes cuenten con una determinada experiencia profesional en el desempeño de ciertas funciones, lo que evidencia una preferencia en favor de las concretas personas que venían desempeñando interinamente las plazas que no puede aceptarse como una diferencia de trato justificada ni un criterio razonable compatible con el principio constitucional de igualdad⁸⁶. O, si se produce una preterición hacia uno de los aspirantes cuando, “frente a los criterios objetivos y razonables previamente considerados para deshacer el empate se opta por un criterio diferente, vulnerador de los derechos fundamentales de uno de los candidatos y, en consecuencia, arbitrario y discriminatorio”, cual es valorar negativamente el haber planteado un conflicto judicial con ocasión de su anterior contratación por el Ayuntamiento⁸⁷.

Pero en cambio no se lesiona la igualdad de trato cuando la valoración de un concreto mérito de forma incorrecta beneficia a una de las candidatas –en tanto en cuanto le otorga una puntuación que inclina el resultado a su favor–, pero se ha aplicado idéntico criterio a las dos aspirantes⁸⁸. Ni tampoco se vulnera el artículo 14 CE cuando no consigue verificarse en el examen del recurso de amparo la existencia de alteridad en los supuestos analizados, a resultas del carácter relacional que exige el juicio de la igualdad⁸⁹. De la misma manera, no es contrario al principio de igualdad, por cuanto que constituye una justificación objetiva y razonable, el sistema legal de acceso de los profesores de religión que prestan servicios en centros de enseñanza públicos, en el que el certificado de idoneidad emitido por la autoridad religiosa equivale al requisito de capacidad para acceder a la función pública, sin que su exigencia se pueda considerar arbitraria, desproporcionada o irracional en el sentido de ser ajena a los principios de mérito y capacidad⁹⁰.

Por tanto, a mi juicio, podría afirmarse que desde una perspectiva jurídico–material, el artículo 14 CE permite otorgar una tutela similar –no idéntica– a la que otorga el artículo 23.2 CE en el empleo público funcional para impedir un trato desigual por parte de la Administración contratante. Ahora bien, desde una perspectiva jurídico-formal, la Carta Magna no recoge un derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público laboral como sí que lo hace el

al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC n.º 36/2011, de 28 de marzo).

⁸⁶ STC n.º 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2º.

⁸⁷ STC n.º 87/2004, de 10 de mayo, FJ 3º.

⁸⁸ En concreto, el cómputo de cursos sobre los que se discute su válida homologación, de modo que el enjuiciamiento de su validez es una cuestión de legalidad ordinaria (STC n.º 86/2004, de 10 de mayo, FJ 5).

⁸⁹ STC n.º 132/2005, de 23 de mayo, FJ 3º.

⁹⁰ STC n.º 38/2007, de 15 de febrero, FJ 3º. Con mayor detalle: E. GARCÍA TESTAL; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “El control de la selección de los profesores de religión católica en los centros públicos de enseñanza. La aplicación de la STC 38/2007 por la STC 51/2011, de 14 de abril de 2011”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 48, 2011, p. 16 y ss. Más recientemente, E. GARCÍA TESTAL, “Relaciones laborales especiales en la administración pública: relaciones de trabajo con particularidades”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1184 y ss.

artículo 23 CE con el empleo funcional, y esto impide que se proyecten sobre este tipo de relación de servicios las garantías propias y específicas de dicho precepto, que proporcionan un nivel de tutela mayor que el artículo 14 CE.

B) Debe determinarse, por tanto, cuál es la tutela que proporciona el artículo 14 CE en los procesos de selección de empleados públicos. Pues bien, aunque se decía con anterioridad que tanto este último precepto como el 23.2 CE se miden en dos dimensiones («igualdad en la ley» e «igualdad ante la ley»), ambas quedan reforzadas en el ámbito aplicativo del segundo.

a) Primero, porque en este caso, la «igualdad en la ley» no consiste en un mero límite a los poderes públicos normativos mediante el cual, si regulan una determinada materia, impide prever distintas consecuencias frente a iguales situaciones, sin perjuicio de que haya una justificación objetiva que altere esta relación lógica. Y es que, como también se expuso, de las características del artículo 23.2 CE en relación con el 103.3 CE se desprende la existencia de una garantía de «predeterminación normativa» que, tal y como afirma la STC n.º 73/1998, de 31 de marzo (FJ 3), deriva de la reserva de ley y del principio de legalidad, y se traduce en un mandato expreso al poder legislativo para que regule un derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Dicho con otras palabras, el legislador únicamente cumple con el mandato constitucional si aprueba una regulación legal que dé cumplimiento efectivo a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público funcional.

Es importante ahora fijar y retener esta idea que ya se ha introducido previamente: el acceso a la función pública administrativa o estatutaria, de acuerdo con los preceptos constitucionales analizados, no puede contemplar otro criterio que no tenga base en los principios de mérito y capacidad. Así, el legislador no puede prever una diferencia de trato en el procedimiento y los requisitos de acceso que no esté justificada de forma objetiva y razonable en atención al mérito y la capacidad. Cualquier otra razón que pretenda justificar la diferencia de trato ajena a dichos principios vulnerará la garantía constitucional de la igualdad en el acceso a la función pública⁹¹.

Por tanto, esta garantía no puede equipararse con la del artículo 14 CE, bajo cuyo paraguas constitucional, el legislador no recibe una encomienda de regular el acceso al empleo público laboral con base exclusiva en estos principios, sino la obligación de abstenerse de otorgar un trato desigual en el conjunto de relaciones entre los poderes públicos y la ciudadanía⁹², y en cuya

⁹¹ Entre otros, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo X: La Administración del Estado*, 2ª Edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, p. 103. En ese sentido, afirma que *“la igualdad aparece vinculada a los conceptos de mérito y capacidad, de manera que puede considerarse que vulneran el principio de igualdad todos los requisitos para el acceso a la función pública que establecen una diferencia entre aspirantes que no esté basada precisamente en aquellos principios”*.

⁹² *“La protección de amparo del derecho a la igualdad va a consagrar un derecho a no sufrir discriminaciones en cuanto a desigualdades de trato infundadas, pero no un derecho a tratamientos iguales, lo que implica la íntima conexión entre la igualdad y las diferencias y el desvalor constitucional de determinadas diferencias, ya sean subjetivas, en relación con el segundo inciso, ya en un sentido objetivo vinculado a las diferentes situaciones de hecho y a su valor a efectos de establecer diferencias en función de unos determinados objetivos”*. Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., p. 338.

aplicación deben tomarse en cuenta ciertas premisas (STC n.º 76/1990, de 26 de abril): 1) que no toda desigualdad en la ley quiebra el artículo 14 CE, sino solo aquella que introduce una diferencia carente de justificación; 2) la genérica exigencia de que a iguales supuestos de hecho se otorguen iguales consecuencias, debiendo considerarse iguales cuando la introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o irracional; 3) el artículo 14 CE no prohíbe cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables; y 4) para que la diferenciación no sea constitucionalmente ilícita, no basta con que su fin sea lícito, sino que además requiere que las consecuencias jurídicas que impone el legislador sean adecuadas y proporcionadas a tal fin, esto es, superen el juicio de proporcionalidad evitando resultados desmedidos o especialmente gravosos.

Lo que el artículo 14 impone en definitiva es que, para no incurrir en trato desigual, las diferencias deben atender a una justificación objetiva y razonable y que la consecuencia prevista por el legislador debe ser proporcional. Así, el juicio de constitucionalidad debe realizarse en dos planos diversos: el análisis de la adecuación de la diferencia de trato y la proporcionalidad de la medida aplicable. Por tanto, el análisis de la razonabilidad debe superar un cierto control de «optimización» de la medida que va más allá del mero examen de la compatibilidad constitucional del criterio escogido para diferenciar, exigiendo un respeto a la proporcionalidad y la adecuación de la diferencia de trato⁹³. La doctrina constitucional en torno a la igualdad ha estado influida desde sus inicios por las interpretaciones que el TEDH ha realizado sobre el artículo 14 CEDH⁹⁴.

i) Por lo que respecta a la adecuación de la desigualdad, es necesario analizar, primeramente, cuándo dos situaciones pueden ser comparables o equiparables (i'), para después evaluar la constitucionalidad de la justificación de la diferencia de trato (ii').

i') Determinar cuándo dos situaciones son comparables exige una adecuada selección de los rasgos o criterios que se van a tomar en consideración para realizar la distinción. En esta tarea, el legislador cuenta con libertad para configurar situaciones distintas en la ley a efectos de un trato desigual y ponderar los diversos intereses en juego diferenciando aquellas situaciones que políticamente considere oportuno. Una libertad que deriva de su posición constitucional y su legitimidad democrática (SSTC n.º 55/1996, de 28 de marzo; n.º 55/1998, de 16 de marzo), con el único límite absoluto de observar que la desigualdad contemplada sea manifiestamente irrazonable. Por tanto, el juicio de constitucionalidad debe hallar un equilibrio entre el control de la arbitrariedad en la diferencia de trato (escrutinio de los motivos que la justifican) y el respeto a la opción política seguida por el legislador dentro de sus facultades democráticas y constitucionales. Un control del quehacer del legislador que será más «flexible» cuando la comparación de situaciones se produzca en torno a categorías de creación legal, o más «incisivo y riguroso» cuando la igualdad se ponga en relación con otro derecho fundamental. En este caso, el juicio de

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, SSTC n.º 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; n.º 84/2008, de 21 de julio, FJ 6.

igualdad se torna esencialmente en un juicio de desigualdad, cuya dificultad reside aplicar mayor severidad o tolerancia en función del objeto de la diferencia de trato⁹⁵.

Como derecho *per relationem* requiere la existencia de una comparación entre dos situaciones para verificar si se conculca el derecho fundamental, para lo cual es preciso una adecuada selección de los criterios de diferenciación que expliquen el diverso tratamiento legal. De ello deriva la aplicación del denominado «test de desigualdad» que requiere “*un término adecuado de comparación a partir del cual pueda valorarse si, efectivamente, ha sufrido un trato desigual que pudiera comportar una vulneración de alcance constitucional*”⁹⁶, en el que se analiza si los criterios seleccionados para la comparación son «idóneos»⁹⁷ y las situaciones resultan efectivamente «homogéneas» o «equiparables»⁹⁸, sin que el término de comparación sea «arbitrario» ni «caprichoso»⁹⁹. Es decir, se trata de una fiscalización de los factores de diferenciación y de que los mismos se encuentren debidamente fundamentados¹⁰⁰ “*de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados*”¹⁰¹, “*impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo la Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria*”¹⁰².

ii) Solo cuando se haya “*verificado este primer supuesto se procederá a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Por idéntica razón, cuando la norma enjuiciada no produzca esta imprescindible diversidad de trato entre los ciudadanos, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de unos respecto de la de otros, es del todo innecesario continuar con el examen de la ley desde la óptica del principio de igualdad*” (STC n.º 181/2000, de 29 de junio, FJ 10). Por tanto, una vez superado el análisis comparativo procede examinar la justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato atendiendo a su finalidad (primero se determina «qué» debe compararse y después «para qué» debe compararse). En este punto, no parece que el TC haya seguido una línea uniforme para valorar la razonabilidad de la justificación introducida, más bien, se constata que emplea una pluralidad de técnicas y que su doctrina está repleta de numerosas vacilaciones. Y es que, para poder controlar al legislador sin sustituirlo, parece que el Alto Tribunal ha tenido que llevar a cabo una labor de autocontención, que se materializa en la aplicación de un «juicio ordinario de igualdad» caracterizado por la

⁹⁵ Siguiendo la exposición realizada por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., pp. 339-342.

⁹⁶ Cfr. STC n.º 89/1998, de 21 de abril, FJ 7.

⁹⁷ STC n.º 186/2000, de 10 de julio, FJ 3.

⁹⁸ SSTC n.º 76/1986, de 9 de junio, FJ 3; n.º 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5.

⁹⁹ STC n.º 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6.

¹⁰⁰ STC n.º 273/2005, de 27 de octubre, FJ 3.

¹⁰¹ Cfr. STC n.º 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5.

¹⁰² Cfr. STC n.º 144/1988, de 12 de julio, FJ 1.

aplicación de una definición y contenido «mínimos» del derecho, de modo que ha permitido un canon de enjuiciamiento «flexible», «abierto y no estricto»¹⁰³.

La legitimidad y razonabilidad se opone –lógicamente– a la arbitrariedad e impide un tratamiento *ad personam* atendiendo a la finalidad pretendida con la norma, exigiendo una razón suficiente mediante la que el poder normativo fundamente su decisión en los elementos o puntos de conexión entre las situaciones fácticas comparadas¹⁰⁴. Por consiguiente, no puede diferenciarse cuando la razón sea «infundada» o carezca de «relevancia jurídica» para el cumplimiento de la finalidad perseguida. De modo que no serán compatibles con el principio de igualdad las normas que, sin justificación adecuada, anudan consecuencias diversas, así como aquellas otras que impongan el mismo resultado considerando diferentes supuestos fácticos idénticos, aunque en la práctica el TC ha rechazado la existencia de un «derecho fundamental a la singularización normativa»¹⁰⁵ o un «derecho a la desigualdad» en el sentido de un “*hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato*”¹⁰⁶ («discriminación por indiferenciación»¹⁰⁷).

La razonabilidad de la justificación exige que la legitimidad del fin sea valorada desde una óptica constitucional, ya sea en un sentido positivo o negativo¹⁰⁸. Positivo, por cuanto que la diferenciación puede realizarse basándose en una habilitación permitida por la propia Carta Magna¹⁰⁹. O, lo que resulta más frecuente en la jurisprudencia constitucional, en sentido negativo, en el bien entendido de que la medida no resulte incompatible con la Constitución, aunque expresamente no se apoye en un precepto concreto de aquella¹¹⁰.

ii) El canon de constitucionalidad del principio de igualdad del artículo 14 CE cuenta con una doble garantía: el juicio de la razonabilidad y el de la proporcionalidad¹¹¹, pues tan contraria a la igualdad de trato es “*la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo que no responda a una finalidad constitucionalmente acogida, como aquella otra que, atendiendo a la consecución*

¹⁰³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., pp. 342-343.

¹⁰⁴ J. JIMÉNEZ CAMPO, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 9, 1983, p. 93.

¹⁰⁵ STC n.º 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.

¹⁰⁶ Cfr. SSTC n.º 86/1985, de 10 de julio, FJ 3; n.º 135/1992, de 5 de octubre, FJ 9; n.º 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5; n.º 36/1999, de 22 de marzo, FJ 4.

¹⁰⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., p. 344.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 345.

¹⁰⁹ En este sentido, la STC n.º 158/1993, de 6 de mayo, cuando dispone que “*el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin*” (FJ 2).

¹¹⁰ STC n.º 179/2004, de 21 de octubre: “*Las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución [...]*” (FJ 5).

¹¹¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., pp. 345-346.

de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción con aquel fin o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad” (STC n.º 179/2004, de 21 de octubre, FJ 5).

De esta manera, el juicio de proporcionalidad que recae sobre las consecuencias jurídicas previstas en la norma que establece el diferente tratamiento requiere también ser analizado atendiendo a la finalidad perseguida. Si bien, sobre este aspecto no corresponde al TC valorar si la consecuencia prevista por el legislador es la más correcta desde un punto de vista técnico o la más deseable valorando un criterio político, sino que el control de proporcionalidad se basará en dirimir si su actuación se incluye dentro de su ratio de acción constitucional. Se trata de un análisis de la proporcionalidad que es más bien complementario al examen de razonabilidad de la justificación, debiendo operar solo cuándo este último sea insuficiente y además existan «desproporciones claras y manifiestas» en la norma enjuiciada¹¹². O, diversamente, cuando esté en juego otro derecho fundamental y se dirima una restricción de su disfrute¹¹³.

El requisito de la proporcionalidad exige observar una adecuada relación entre los medios empleados y la finalidad perseguida, exigiendo que la norma no prevea consecuencias jurídicas que hagan que la diferencia de trato sea inaceptable desde la perspectiva constitucional, sino que “*las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a tal fin [...] evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos*”¹¹⁴. En este sentido, el Alto Tribunal ha manifestado que “*solo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable [...] a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa*”¹¹⁵. Y es que, como se ha dicho, el control del TC no se basa en un control de optimización o de menor lesión posible, sino que se enjuicia la adecuación entre el medio y los fines valorado en un contexto en el que el legislador tiene libertad para la apreciación de la razonabilidad y proporcionalidad del derecho a la igualdad¹¹⁶.

Pues bien, de lo expuesto en torno al canon de constitucionalidad del artículo 14 puede deducirse que la Constitución no ha impuesto al legislador un deber de garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral que opere con la misma intensidad que en el empleo administrativo (más adelante se volverá a incidir sobre esta idea desde una perspectiva más específica y concreta).

¹¹² *Ibid.*, pp. 344-345.

¹¹³ STC n.º 85/1992, de 8 de junio.

¹¹⁴ Cfr. STC n.º 179/2004, de 21 de octubre, FJ 5. Véase toda la jurisprudencia citada en esta sentencia.

¹¹⁵ Cfr. STC n.º 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10. Véase toda la jurisprudencia citada en esta sentencia.

¹¹⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., p. 346.

Otra cosa bien diferente es que, finalmente, el legislador haya adoptado la decisión política de extender en la legislación ordinaria mecanismos de selección similares que se basen también en el respeto a dichos principios, aunque es relevante destacar al respecto que las normas y procedimientos previstos para estos últimos contienen mayores dosis de flexibilidad –o, dicho de otra forma, son menos exigentes– que los enunciados para funcionarios. Partiendo de esta premisa –como afirma LÓPEZ GÓMEZ, que defiende la extensión de los principios rectores al personal laboral–, en la medida en que el artículo 23.2 CE es un derecho de configuración legal, y el legislador ha optado por extender estos mecanismos a selección de contratados laborales, podría entenderse que la cuestión tendrá únicamente una trascendencia procesal basada en la correcta elección del precepto vulnerado según la concreta naturaleza de la relación de servicios. En este entendimiento, el debate parecería carecer de interés habida cuenta de que «ambos caminos conducen a Roma». Sin embargo, el autor reconoce que el *“problema podría aparecer cuando la legislación ordinaria remitiera la selección no a dichos conceptos de mérito y capacidad, sino a otros motivos razonables, objetivos, proporcionales que superen el filtro del derecho de igualdad, por poner un ejemplo, razones de política de empleo, integración social... lo que sería acorde al art. 14 CE, pero no al 23.2 CE que tiene otro contenido”*¹¹⁷. Por tanto, refuerza la tesis de que hay una diferencia sustancial entre ambos preceptos constitucionales y es que el legislador no queda vinculado de igual modo por la Constitución a la hora de regular los procedimientos selectivos de acceso de uno y otro personal. Puede, según el autor, contemplar otros criterios objetivos de acceso diversos al mérito y capacidad solo cuando se trate de empleo laboral público. Pues, como deja constancia la STC n.º 27/1991, de 14 de febrero, en el marco del artículo 23.2 CE, el legislador no solo queda vinculado por la prohibición de establecer diferencias que carezcan de una fundamentación objetiva y razonable, sino de forma más precisa y concreta –por la conexión con el artículo 103.3 CE– tiene vetado el establecimiento de cualquier diferencia ajena al mérito y la capacidad (FJ 4). Por tanto, podría suscitar reservas adicionales a la luz de la denominada garantía de predeterminación normativa ya que vincula la intervención positiva del legislador en relación al empleo público administrativo.

b) Y segundo, en lo referente a la igualdad «ante la ley», partiendo de una regulación parcialmente común –aunque como se ha dicho menos estricta en los mecanismos de acceso del personal laboral– no parece suscitar dudas en que la Administración deberá observar dichos procedimientos «legales» de acceso con independencia de la naturaleza laboral o estatutaria de la plaza a cubrir. Como tampoco es discutible que si el ente público actúa con favoritismos por unos candidatos u otorga un trato peyorativo a otros, la cuestión adquiriría una dimensión constitucional al incurrir en una desigualdad de trato o, incluso, en una discriminación por causas odiosas. Es en este sentido es donde puede extrapolarse parte de la doctrina constitucional elaborada para el acceso al empleo público de los funcionarios y tutelar así contra acepciones o pretericiones *ad personam* que impliquen arbitrariedad. Pero por otro lado, la Administración tampoco queda vinculada a los principios de mérito y capacidad de la misma manera que en el

¹¹⁷ Cfr. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 103.

caso del personal funcionario, de manera que no debería tener vetado abstraerse de cualquier elemento diferenciador ajeno a dichos principios, siempre y cuando fundamente la razonabilidad de la diferencia de trato¹¹⁸. Así las cosas, la subrogación del personal contratado y adscrito a las actividades externalizadas revertidas puede ser una razón objetiva y razonable que la habilite para otorgar un tratamiento diverso frente a quienes tienen una expectativa de acceder al empleo público o de concurrir en un proceso selectivo. De nuevo, cabe insistir en que más rígida se presenta esta idea en la selección de personal estatutario, pues las únicas diferencias de trato que se considerarían razonables y objetivas serían las que se basen en el mérito y la capacidad¹¹⁹.

C) Considero que, respecto a las diferencias expuestas entre ambos preceptos constitucionales, este es el sentir que se desprende de las palabras que emplea el máximo intérprete de la Constitución en una de sus últimas sentencias sobre esta cuestión (STC n.º 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 8), cuando manifiesta que *“ya sea a partir del art. 23.2 CE o del art. 14 CE resulta aplicable un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento, con independencia del carácter funcional o laboral del personal afectado, en la medida en que la igualdad que garantiza el art. 23.2 CE en el acceso a las funciones públicas que desempeña el personal estatutario constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE en el conjunto de las funciones públicas. A partir de ese canon común, quienes tengan la condición de funcionario disfrutan además de la protección que ofrece la garantía de la predeterminación normativa que consagra el art. 23.2 CE”* [el subrayado es mío].

Precisamente, la norma sometida a juicio de constitucionalidad es la DA 4ª de la Ley 27/2011 de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía¹²⁰, que regula un supuesto de subrogación a causa del proceso de integración de personal laboral y funcionario proveniente de diversas entidades públicas y privadas del sector público extinguidas en otras diferentes. Más concretamente, en el recurso se alega la lesión del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 23.2 CE, por no determinar el régimen de integración del personal que se ve afectado por la reordenación del sector público andaluz y –esto es a mi entender lo destacable– por permitir que el personal de sociedad mercantiles participadas por la Junta de Andalucía contratado de acuerdo con el derecho privado acceda a un empleo en entidades con personalidad jurídico-pública *“mediante la técnica de la sucesión de empresas [letra b) de la disposición adicional cuarta]”*¹²¹ –en palabras de los promotores del recurso–.

¹¹⁸ En este sentido, véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., p. 348.

¹¹⁹ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 113.

¹²⁰ BOJA n.º 36 de 21-02-11; BOE n.º 53 de 03-03-11.

¹²¹ **Disposición Adicional 4ª Ley 27/2011:**

“1. En los casos en que, como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz, se produzca la supresión de centros directivos de Consejerías o la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquellas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública y que aplicará las siguientes reglas:

El Tribunal Constitucional tras repasar en primer lugar toda la doctrina aplicable al acceso al empleo público, sintetiza las garantías que comporta el artículo 23.2 CE en dos: 1) la predeterminación normativa del proceso selectivo; y 2) la igualdad material en la aplicación de las normas que regulan el acceso al empleo público. A partir de ahí, tras descartar su extensión al personal laboral, reconoce que el artículo 14 CE garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a los puestos de carácter laboral, esto es, remarca que para el personal laboral solo rige la segunda. Además, declara que la doctrina dictada sobre el acceso al empleo público es aplicable a los procesos de reorganización administrativa con integración de personal en diversas entidades del sector público. Más concretamente, afirma que, “*completando nuestra doctrina sobre la materia debemos ahora declarar que el ámbito de protección del artículo 23.2 CE también debe proyectarse sobre los procesos de integración de funcionarios en organismos públicos o entidades privadas distintos de los de su destino*” (FJ 9).

Ahora bien, bajo mi punto de vista, hay un elemento llamativo en la argumentación de la Sala. Y es que, tras delimitar que el objeto de enjuiciamiento es “*examinar la constitucionalidad de una serie de reglas generales y abstractas destinadas a regir un proceso complejo de integración de personal funcionario y contratado en agencias de nueva creación o surgidas de la adaptación de entidades instrumentales existentes*”; y también destacar que “*mediante la presente impugnación se ataca la integración en las nuevas agencias tanto de funcionarios como de personal contratado con arreglo a los arts. 23.2 y 14 CE, respectivamente*” [el subrayado es mío]; cuando valora el grado de compatibilidad de la normativa de integración con los principios y derechos constitucionales imbricados se refiere únicamente al personal funcionario, sin pronunciarse sobre la posible extensión al personal laboral de las garantías constitucionales y la conformidad de su integración con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Recuérdese que uno de los motivos esenciales del recurso era que la normativa impugnada permitía la integración de personal proveniente de sociedades participadas en entidades de derecho público, a pesar de que su contratación originaria no se rigió por los procesos reglados previstos en el EBEP¹²². Una

a) *Al personal funcionario que se integre orgánicamente en una agencia de régimen especial o se adscriba funcionalmente a una agencia pública empresarial le será de aplicación el Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario de la Junta de Andalucía. [...]*

b) *El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público.*

c) *La integración del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía en una agencia pública empresarial será voluntaria. Este personal mantendrá su condición de personal laboral de dicha Administración, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía hasta que exista un nuevo convenio colectivo. En dicho momento pasará a la situación del tipo de excedencia que determine el convenio colectivo de procedencia. [...]*”

¹²² El art. 77 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA n.º 215 de 31-10-07; BOE n.º. 276 de 17-11-07), de acuerdo con su redacción vigente en ese momento, establecía que el nombramiento de personal irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Si bien, no queda sometido a la regulación prevista en los arts. 56 y ss. EBEP (art. 2 y DA 1ª EBEP).

muestra de las escasas (o nulas) garantías con las que se contrató a este personal amparado por la DA 4 Ley 1/2011, se aprecian en la reciente STS de 17 de septiembre de 2020, rec.154/18.

El Tribunal avala la constitucionalidad de la disposición legal tras no apreciar ningún elemento que permita fundamentar que sea contraria a los preceptos analizados. Más bien al contrario, considera que cumple con la exigencia de predeterminación normativa que impone el artículo 23.2 CE para la integración de los funcionarios públicos, al determinar con carácter general y de forma previa los requisitos de integración; a mayor abundamiento, dichos requisitos no incluyen referencias individualizadas o *ad personam* contrarias al mérito y capacidad. Y, en fin, no se aprecia que la norma produzca una situación de desigualdad material respecto a la integración de personal funcionario y ni tampoco del laboral en las nuevas agencias públicas. Con esta última afirmación despacha toda la valoración que podría haber efectuado en torno la compatibilidad de los principios rectores constitucionales en la subrogación e integración del personal laboral.

A mi parecer, podría haber valorado de forma más contundente la compatibilidad de la incorporación del personal proveniente de los entes instrumentales sometidos al derecho privado con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Y más concretamente, si respecto de los procesos selectivos en los puestos de naturaleza laboral puede predicarse idéntica relevancia constitucional que en el caso de los funcionarios públicos. En cambio, parece que traza una línea de separación en el canon de enjuiciamiento –que, como bien advierte, es solo “*parcialmente equivalente*”– entre ambos tipos de personal. De forma expresa atribuye solo la garantía de «predeterminación normativa»¹²³ al ámbito de aplicación del artículo 23.2 CE, esto es, solo respecto al personal funcionario, lo que podría dar cabida al entendido de que la Constitución no impone al legislador la tarea de preestablecer legalmente los requisitos y procedimientos de acceso que garanticen los principios rectores constitucionales fuera del ámbito subjetivo del personal estatutario. Dicho con otras palabras, puede inferirse que no impone la Carta Magna una obligación legal de observar y garantizar estos principios en el acceso al empleo público laboral y que, si el legislador lo ha hecho, su respeto es una cuestión de legalidad ordinaria cuya exigencia podría variar a consecuencia de una decisión del legislador. O, quizás, en sentido diverso, podría entenderse que si el TC ha trazado esta sutil línea entre la igualdad en el acceso a la relación de servicios de uno y otro personal, podría responder a la finalidad de no verse obligado a declarar la inconstitucionalidad de aquellas reglas específicas del procedimiento selectivo previstas para el personal laboral que no habrían superado el juicio de constitucionalidad a la luz del artículo 23.2 CE. Me refiero a todos aquellos aspectos del proceso selectivo que han sido hartamente criticados por la doctrina científica por cuanto que introducen excesivas dosis de flexibilidad, lo que en la práctica puede conducir a la mala praxis en la selección¹²⁴.

¹²³ Véase: SSTC n.º 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3º; 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6º; 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 8º. De manera que el artículo 23.2 otorga un *plus* de protección frente al art. 14 CE, lo que diferencia el régimen constitucional del personal funcionario del laboral. G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Régimen jurídico de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional”, cit., p. 73.

¹²⁴ Capítulo noveno, apartado 1.2.

De hecho, con frecuencia puede encontrarse en la literatura jurídica la afirmación de que si hoy en día no hay dudas de la aplicabilidad de los principios rectores al personal laboral es porque la legislación más reciente y la práctica administrativa han ido reduciendo las diferencias entre el proceso selectivo del personal funcionario y el laboral¹²⁵. En consecuencia, puede entenderse que no es precisamente la claridad de la Constitución ni la hermenéutica de su máximo interprete lo que ha resuelto las dudas sobre su extensión¹²⁶. Si este último hubiera querido zanjar la cuestión y otorgar el mismo nivel de tutela constitucional a contratados y funcionarios, habría acogido un concepto de «función pública» amplio y teleológico que hubiese permitido subsumir la protección de la igualdad de oportunidades en el acceso a cualquier tipo de empleo público¹²⁷.

Con todo, tomando como prisma esta idea que se apunta en las líneas precedentes, adquieren otro significado algunos supuestos en los que el interprete de la Norma Fundamental se ha pronunciado tangencialmente sobre la cuestión. En este sentido, en la STC n.º 178/1994, de 16 de junio, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad contra la DF 10 de la LPGE 1991 por la que se suprimían las Cámaras de Propiedad Urbana y se integraba su patrimonio y personal en la administración autonómica. Entre otros muchos motivos formales, competenciales y sustanciales, se consideraba infringido el artículo 23.2 CE, al integrar en la función pública autonómica a todos los empleados de dichas cámaras “*excepcionando en forma singular o «de caso único» la legislación general de funcionarios, las ofertas públicas de empleo y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos*”. Pues bien, sobre este concreto punto no aprecia la Sala vulneración del derecho constitucional aludido entendiendo que “*la Disposición impugnada no ordena la integración del personal de las Cámaras en la función pública autonómica sino, más genéricamente, en la Administración de las Comunidades Autónomas. Esto es, determina el destino, también público, del personal de las Cámaras, dejando a las Comunidades Autónomas competentes en la materia el espacio suficiente para arbitrar los mecanismos de integración que, como ha quedado dicho, no tienen por qué ser los propios de la*

¹²⁵ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Reflexiones sobre las vinculacones constitucionales en materia de empleo público”, cit., p. 24. En este sentido: J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 110; J. L. GOÑI SEIN, “Ámbito subjetivo de la aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleo público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV. (AEDTSS) *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Vol. 1*, Laborum, Murcia, 2009, p. 178; N. DE NIEVES NIETO, “El acceso al empleo público laboral”, cit., p. 55. A. MONTOYA MELGAR, “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, cit., p. 22.

¹²⁶ En este sentido, habida cuenta de la controversia jurisprudencial y doctrinal existente, se afirma que lo prudente es realizar una interpretación literal de las previsiones legales que claramente extienden los principios referidos y los consecuentes procesos selectivos al personal laboral. Véase: T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 286.

¹²⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN, “El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, cit., p. 673.

En el mismo sentido, el mismo profesor VIVERO SERRANO que afirma con rotundidad la existencia de un derecho subjetivo equivalente para el personal laboral, tras «lamentar» que el TC no haya apostado por una interpretación material del art. 23.2 CE pone de manifiesto que llama la atención que aun cuando las mayores irregularidades en la selección de empleados públicos se producen respecto de los puestos laborales, la jurisprudencia constitucional se circunscribe casi en exclusiva al personal funcionario [J. B. VIVERO SERRANO, “El acceso al empleo público en régimen laboral”, *Revista española de derecho administrativo*, n.º 143, 2009, pp. 5-22 pdf descargado el 30-09-20 de la BD Aranzadi-Thomson Reuters (Ref. BIB 2009/873)].

*función pública*¹²⁸. De este modo, a mi juicio distingue entre función pública en la que puede hacerse valer el precepto constitucional y, de forma más amplia, empleo en la Administración pública en la que no resulta aplicable. Cabe recordar que la jurisdicción social entendió que dicha integración mediante normativa específica no era constitutiva de sucesión de empresa.

3. Los principios de acceso al empleo público como obstáculo real y efectivo a la subrogación contractual por aplicación de la normativa laboral de la sucesión de empresas

A la luz de las anteriores consideraciones debe dirimirse si se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades cuando los puestos de trabajo laborales no se van a proveer externamente y van a ser ocupados por personal proveniente de las empresas contratistas privadas sobre el que pesa una obligación legal de subrogación contractual. Pues bien, a mi juicio, el Derecho Constitucional no puede impedir la obligación del empresario público de subrogarse en todos los derechos y obligaciones relativos a las relaciones laborales vigentes¹²⁹. Para estructurar dicho posicionamiento se agruparán los argumentos según se analice desde la óptica estrictamente constitucional (3.1) o desde la lógica del derecho europeo y su relación con el derecho constitucional de los Estados miembros (3.2).

3.1. Desde el punto de vista constitucional

3.1.1. La dudosa virtualidad de un derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público laboral equiparable al artículo 23.2 CE

A) El primer argumento, en línea con lo que se viene defendiendo, es que no hay un específico derecho fundamental positivado en la CE que garantice la igualdad en el acceso al empleo público laboral. Esto marca la diferencia con el artículo 23.2 CE, que sí lo que contempla para los funcionarios públicos, de modo que, por de pronto, los poderes públicos quedan vinculados por un «deber positivo» ex artículo 9.1 CE de otorgar efectividad a las previsiones constitucionales solo respecto al personal con una relación de servicios administrativa¹³⁰.

¹²⁸ La norma fue declarada inconstitucional porque no formaba parte del contenido material de los PGE. Véase: Capítulo noveno, apartado II.2.3.3.

¹²⁹ En contra, SÁNCHEZ MORÓN valorando la jurisprudencia social que determina la aplicación de la sucesión de empresa a la Administración obligándole a subrogarse en la posición de la empresa contratista, afirma que “*la solución es dudosa, ya que en tal caso se produciría una asunción de nuevo personal por la Administración contratante, pero sin una selección pública y abierta conforme a los principios constitucionales*” (M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., Pos. 937/5385).

¹³⁰ Como afirma la STC n.º 18/1984, de 7 de febrero (FJ 6º), “*la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos (los derechos fundamentales y las libertades públicas) en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas*”. En el mismo sentido, STC n.º 101/1983, de 18 de noviembre (FJ 3). Con mayor detalle, Á. MARRERO GARCÍA-ROJO, “Artículo 9.1. La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, cit., 2018, p. 148 y ss.

Pero incluso dentro del ámbito de aplicación del más estricto artículo 23.2 CE cabría cuestionar la incompatibilidad de la subrogación con las garantías del precepto, en tanto en cuanto que una previsión de subrogación no implica establecer condiciones de acceso en términos concretos e individualizados en atención a personas determinadas, en el bien entendido de tomar en consideración sus condiciones personales o sociales, al contrario, como se manifiesta en la STC n.º 236/2015 (citada), es compatible si la misma se establece en términos generales y abstractos.

Cierto es que debe contextualizarse este pronunciamiento en el marco de un proceso de reorganización e integración de quienes ya tienen la condición de empleados del sector público. Como también lo es que, como se ha analizado, la interpretación constitucional del precepto se muestra ciertamente rígida en el sentido de no contemplar criterio alguno que no se base exclusivamente en el mérito y la capacidad. Pero no menos cierto es que la doctrina ha llamado la atención sobre la estructura y contenido del artículo 23.2 CE, que son un tanto peculiares¹³¹. Al respecto, entiende que el derecho fundamental no comprende un derecho subjetivo a ocupar o desempeñar funciones públicas, sino simplemente a participar en las correspondientes pruebas selectivas en condiciones de igualdad¹³². Pero ni siquiera diseña un derecho absoluto de los ciudadanos a participar en la selección, pues el legislador puede establecer requisitos objetivos para poder participar, lo que puede comportar en la práctica una exclusión legal de algunos sujetos¹³³. Además, en este cometido, el legislador cuenta con un amplio margen limitado únicamente por la proscripción de no establecer referencias individualizadas ajenas al mérito y la capacidad o que resulten discriminatorias¹³⁴. En definitiva, no garantiza a sus titulares el derecho a ser elegido para desempeñar un cargo público, pues, en la medida en que el artículo 23.2 CE es un derecho configuración legal, tal derecho solo surgirá de las leyes que lo regulan solo cuando el candidato –hasta entonces titular de una mera expectativa– cumpla los requisitos legales y supere el oportuno proceso selectivo. Tal y como afirma SÁNCHEZ MORÓN, lo que el derecho garantiza “*con el valor propio de un derecho fundamental, es que en el proceso de elección o selección no se atente contra el derecho subjetivo a la igualdad jurídica*”¹³⁵.

¹³¹ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., Pos. 1806/5385.

¹³² STC n.º 50/1966, de 22 de abril.

“*En modo alguno significa que todos los ciudadanos tengan un derecho subjetivo a participar en las pruebas selectivas en las oportunas pruebas selectivas*” (cfr. E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, cit., p. 251), pues como derecho de configuración legal, su satisfacción requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes (G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Régimen jurídico de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional”, cit., p. 72).

¹³³ STC n.º 75/1983, de 3 de agosto.

¹³⁴ SSTC n.º 148/1986, de 25 de noviembre; 193/1987, de 9 de diciembre.

¹³⁵ Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, “El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, cit., p. 668. Por tanto, “*se trata solo de un derecho «per relationem», es decir, del derecho a no ser discriminado o sufrir un trato desigual no fundado en razones objetivas y razonables en el acceso a los cargos y funciones públicas*”. Con otras palabras, “*exige permitir la participación de todo ciudadano en los procesos selectivos para el empleo público, sin que se establezcan requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas que puedan generar discriminación*”. Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. 1807/5385.

De forma meridianamente clara se expresa la STC n.º 115/1996, de 25 de junio: “*El derecho fundamental garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, con arreglo a las bases y al procedimiento*”

Quizás es por eso, que tanto la Sala Tercera como la Cuarta del Tribunal Supremo han admitido en el pasado la subrogación de las relaciones laborales aun cuando la integración se llevaba a cabo como funcionario público administrativo (entre otras, la STS (CA) de 5 de octubre de 1989 y la STS de 14 de mayo de 1990).

B) Ahora bien, con mayor seguridad se podría afirmar que la igualdad de trato que predica el artículo 14 CE no es incompatible con la subrogación del personal. Ello no debe conducir a un entendimiento generalizado de que en el acceso al empleo público no rijan los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues así debe ser cuando se reclute externa o internamente personal. Y no solo porque el legislador ordinario ha decidido su extensión –que así es desde una perspectiva formal–, sino porque el genérico derecho fundamental a la igualdad de trato del artículo 14 CE proporciona un ámbito de tutela material contra conductas de los poderes públicos (sujetos pasivos del derecho¹³⁶) en relación al acceso al empleo público que impide un trato arbitrario y desigual hacia los aspirantes. Por lo que de la misma manera que en relación al acceso a la función pública el Tribunal Constitucional ha vetado la posibilidad de una integración automática, sin realizar pruebas de reclutamiento¹³⁷, con el personal laboral ha considerado inconstitucional una selección discrecional o una contratación directa del personal. Y, evidentemente, también queda proscrita cualquier acepción o preterición a favor o en perjuicio de unos candidatos frente a otros, pues no hay otra forma de otorgar un trato igualitario en la selección de empleados sino basándose en criterios objetivos basados en el mérito y la capacidad.

Pero cuando tiene lugar la transmisión de una entidad económica en la que la empresa cesionaria es un ente del sector público en el que deben observarse los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de personal (art. 55 EBEP) no se vulnera el derecho a la igualdad ex artículo 14 CE al cumplir con el mandato legal de subrogación laboral y la consecuente integración del personal en su planta orgánica.

Primero, porque el *tertium comparationis* entre dichos trabajadores y los eventuales aspirantes a concurrir en un proceso selectivo de acceso al empleo público no revela a la luz del artículo 14 CE situaciones fácticas plenamente «equiparables» u «homogéneas». En ambos casos se valora la posición del ciudadano, titular del derecho fundamental, en atención al acceso a un empleo público fijo. Pero existen factores diferenciadores que no pueden obviarse ni pueden ser considerados como «arbitrarios» o «caprichosos» como que, mientras unos –los ciudadanos con

de selección establecido, que han de ser aplicadas por igual a todos los participantes; impidiendo así que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, introduzca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes”.

¹³⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., p. 347.

¹³⁷ Así, cuando se prevé la integración del personal con contrato administrativo a la entrada en vigor de la disposición normativa que la ordena sin proceso selectivo alguno, y que erija la antigüedad de los servicios prestados a la Administración en título único y excluyente de otros que legitime el acceso a la función pública (STC n.º 302/1993, de 21 de octubre, FJ 3). O cuando se habilita un proceso de funcionarización voluntario para el personal laboral fijo que solo tendrá que acreditar haber accedido a sus puestos de trabajo mediante convocatoria pública y con un proceso basado en los principios constitucionales (STC n.º 111/2014, de 26 de junio, FJ 5).

carácter general– son titulares de una expectativa a acceder a un empleo en la Administración y una garantía de no ser tratado de forma desigual en la selección, los otros –el ciudadano–trabajador de una empresa concesionaria pública– cuentan con un verdadero derecho subjetivo, perfecto y exigible a conservar su empleo derivado de la legislación social.

Segundo, desde el punto de vista de la objetividad y razonabilidad de la justificación de la diferencia de trato, no parece que la obligación de subrogación impuesta por la normativa laboral general pueda considerarse un tratamiento *ad personam*. Para empezar, porque ni siquiera es una decisión «libre y autónoma» de la Administración, más bien es la consecuencia legal de una lícita decisión previa de asumir la prestación directa de un servicio o actividad pública externalizada¹³⁸. En consecuencia, ni la Administración, ni tampoco el legislador deciden de forma individualizada o singularizada quien accede y quien no. No hay lugar al establecimiento de preferencias o pretericiones en favor de unos u otros sujetos. Es, por tanto, un criterio objetivo y no discrecional pues no atiende a circunstancias individualizadas.

A mayor abundamiento, desde una lógica constitucional no parece que haya obstáculos al admitir la legitimidad de una diferencia de trato en el acceso al empleo público laboral, tanto si la justificación se analiza en un sentido negativo como positivo. Desde una perspectiva negativa puede argumentarse que la adquisición de la condición de empleado público laboral no contraviene precepto constitucional alguno. La exigencia de que no se establezca otro criterio objetivo de selección que no responda al mérito y la capacidad a fin de no vulnerar la igualdad en el acceso al empleo es una consecuencia inequívoca de la interpretación sistemática de los artículos 23.2 y 103.3 CE. Pero en el ámbito del artículo 14 CE la objetividad y razonabilidad de la medida también puede responder a otros motivos constitucionalmente legítimos que justifiquen la diversidad de trato. Y en un sentido positivo, puede señalarse que la finalidad perseguida con el artículo 44 ET obedece al también interés público de tutelar la estabilidad en el empleo de forma consistente con los artículos 35 y 40.1 CE [con mayor detalle, apartado C) siguiente], así como que es la consecuencia legítima de una decisión política amparada en varios preceptos de la Constitución, cuyo fin último es la realización del interés general y cuya valoración sobre la adecuación u optimización de la medida no corresponde al TC, salvo que sea una decisión arbitraria o irracional.

En este orden de cosas, el Alto Tribunal ha avalado el sistema legal de acceso de los profesores de religión al empleo público en centros de enseñanza, en el que el certificado de idoneidad emitido por la autoridad religiosa no se considera arbitrario, por cuanto que persigue una finalidad razonable y que no está desprovista de fundamento, en la medida en que es coherente con los principios constitucionales de aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado. Otra cosa es que *“pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente*

¹³⁸ M. TREVIÑO PASCUAL, “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, cit., p. 154.

arbitraria ni irracional”. Así, el examen de constitucionalidad debe enfocarse en verificar si la solución legal es o no arbitraria o carece de explicación racional “*sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias*” (STC n.º 38/2007, de 15 de febrero, FJ 11)¹³⁹. A mayor abundamiento, ha considerado que dicho certificado de idoneidad es equivalente al requisito de capacidad ex artículo 103.3 CE, por lo que, extrapolándose a los casos ahora estudiados, podría dar lugar a que se considere como mérito el tiempo de prestación de servicios de los trabajadores adscritos a la actividad internalizada, siempre y cuando no se convierta en «título de legitimación exclusivo» para acceder a la función pública¹⁴⁰.

Tampoco resulta inoportuno traer a colación la doctrina constitucional en torno a las denominadas «pruebas restringidas» de acceso a la función pública. Así, como dispone la STC n.º 130/2009, de 1 de junio, a la luz del artículo 23.2 CE en relación con el 103.3 CE existe una garantía material que se opone a la integración automática de determinados grupos en la función pública y también, en principio y salvo supuestos excepcionales, a las citadas pruebas restringidas o específicas para el acceso a la función pública. Sin embargo, también entiende el Tribunal que “*no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver también una situación excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración*”¹⁴¹. Así, para que pueda considerarse como excepción a la genérica proscripción de pruebas restringidas, deben concurrir tres requisitos: 1) que se trate de un remedio excepcional a una situación también excepcional; 2) que lo disponga una norma con rango de Ley; y 3) que se realice con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima¹⁴².

Para cumplir tales requisitos es claro que se precisa una intervención del legislador estatal¹⁴³, así como una fundamentación justificativa que no parece que pueda considerarse ilegítima en los supuestos que venimos analizando por las razones de relevancia constitucional expuestas. En cambio, mayores dudas suscita el carácter excepcional tanto de la situación que provoca el recurso a tales procedimientos como del remedio que pretende suponer.

¹³⁹ En este sentido también en el FJ 8 afirma que “*sean cuales fueren las razones de política legislativa que apoyen esta opción de contratación, respecto de las que este Tribunal no tiene porqué pronunciarse, no se aprecia que la misma pueda vulnerar los arts. 9.3, 14, 16.3 o 103.3 CE*”.

¹⁴⁰ STC n.º 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

¹⁴¹ FJ 2. Con cita de la anterior STC n.º 12/1999, de 11 de febrero, FJ 3. Más recientemente, STC n.º 65/2020, de 18 de junio, FJ 32.

¹⁴² Véase: R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 54 y ss.

¹⁴³ Pues es legislación básica de competencia del Estado (STC n.º 302/1993, de 1 de octubre, FJ 2). Con mayor detalle: J. M. ALEGRE ÁVILA, “Pruebas restringidas y funcionarios sin titulación: La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2006, de 1 de febrero [Ref. BIB 2006/1005]”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 11, 2006, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 9 mayo 2020.

Así, se ha considerado compatible con el artículo 23.2 CE cuando la situación es excepcional y transitoria, porqué la finalidad de la medida era atender a las inmediatas necesidades de personal al instaurar la nueva Administración autonómica y contribuir a su estabilidad y eficacia, toda vez que constituyeron un proceso único e irreplicable mediante el cual se satisfizo la necesidad de adscribir trabajadores públicos cuando ni existían plantillas de funcionarios ni había tiempo para acudir a los cauces habituales de provisión. De modo que, en tanto que no resulte generalizable o extensible a otros supuestos, no es incompatible con el artículo 23.2 CE teniendo en cuenta los intereses constitucionales en juego¹⁴⁴. También se ajusta a la excepcionalidad cuando el acceso a la condición de funcionario de las distintas escalas sanitarias de la función pública autonómica se realiza mediante el sistema de concurso en el que la valoración de méritos prima de manera muy notable los servicios prestados en la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma frente a los que cuentan con experiencia en otras Administraciones territoriales, pero no es propiamente un proceso de selección restringido, pues no se impide el acceso al concurso a quienes no ocupen interinamente las plazas ofertadas. Así, la diferencia de trato es razonable en tanto que la valoración de méritos no es totalmente desproporcionada, ni excluye de la participación a quienes no tengan una relación de servicios previa, y hay una necesidad real de resolver una situación excepcional generada por la creación de una nueva administración sanitaria propia¹⁴⁵.

También la jurisdicción contencioso-administrativa ha aceptado las pruebas restringidas para la funcionarización del personal que fue integrado en la administración educativa autonómica tras el traspaso de los Conservatorios de Música municipales, produciéndose por ello una sucesión de empresa ex artículo 44 ET. Por tanto, estima que *“no cabe pretender proyectar una aplicación de principios legales o constitucionales previstos para inspirar situaciones de acceso a la función pública en condiciones de normalidad cuando de lo que se trata es de solventar una situación de excepcionalidad y urgencia”*. Así, reitera que en este caso no se produce un ingreso ni una promoción interna, sino un proceso especialmente previsto y regulado por el legislador¹⁴⁶.

Sin embargo, se ha rechazado la justificación cuando no pueda considerarse una respuesta excepcional a una situación excepcional y, en consecuencia, será contraria al derecho de igualdad por cuanto que no será razonable la diferencia de trato, si se pretende acudir a dichos procedimientos más de una sola vez, pues pierde la nota de excepcionalidad¹⁴⁷. O cuando la justificación se refiere a la necesidad de reorganizar el mapa de la función pública municipal en

¹⁴⁴ STC n.º 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5.c). En el mismo sentido, la STC n.º 302/1993, de 1 de octubre, FJ 2, estima que el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública de los ciudadanos solo ser exceptuado por muy excepcionales razones objetivas como las derivadas de la construcción del Estado autonómico y la consolidación de nuevas Administraciones, inicialmente aún no dotadas de personal.

¹⁴⁵ STC n.º 12/1999, de 11 de febrero, FJ 11.

¹⁴⁶ SSTSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 21 de febrero de 2014, rec. 1103/09; de 7 de marzo de 2014, rec. 1099/09. Los anteriores procesos que habían resuelto sobre la existencia de sucesión de empresa: SSTSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 14 de octubre de 2008, rec. 1790/06; de 20 de noviembre de 2008, rec. 1789/06; de 28 de noviembre de 2008, rec. 1720/07.

¹⁴⁷ STC n.º 16/1998, de 26 de enero, FJ 5.

relación al ejercicio de funciones de Secretario e Interventor, pues el intento de racionalizar la planta de la administración local ni puede compararse con la creación de una nueva administración y su inmediata necesidad de personal, ni pretende resolver la situación derivada de la creación de un aparato administrativo en ámbito concreto como el sanitario, ni se acredita que obedezca a la necesidad de satisfacer el interés general o garantizar la eficacia administrativa. Más bien, es consecuencia de las propias decisiones adoptadas previamente por las instituciones forales de cubrir las vacantes en régimen de interinidad, lo que carece de la relevancia necesaria para el sacrificio del derecho fundamental en juego, ya que podría alcanzarse la finalidad perseguida sin restringir el derecho a potenciales aspirantes¹⁴⁸.

Por otro lado, debe dirimirse hasta qué punto esta última doctrina sobre pruebas restringidas es extrapolable a los supuestos de reversión de contrata públicas. Pues bien, para empezar no debe ignorarse que los supuestos de pruebas restringidas se alejan de aquellos otros de integración de personal de empresas privadas en la Administración Pública, porque los sujetos beneficiarios de aquellos procesos son servidores públicos que ya han accedido previamente a la función pública mediante la superación de pruebas basadas en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad¹⁴⁹, mientras que tal presupuesto se pierde en los segundos. Sin embargo, en ambos casos, la superación del juicio de constitucionalidad debe versar sobre la admisibilidad de la justificación razonable que explica la restricción o limitación del derecho fundamental de los ciudadanos al acceso al empleo público. Por tanto, la cuestión problemática desde la perspectiva constitucional es la sustracción de puestos de trabajo en un organismo de derecho público cuya provisión debería, por regla general, realizarse con carácter abierto para permitir la concurrencia en condiciones de igualdad de los potenciales ciudadanos aspirantes.

A mayor abundamiento, ha de repararse en que todos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la validez de las denominadas pruebas restringidas se centran en su admisibilidad dentro del radio de acción del artículo 23.2 CE, cuya proyección se circunscribe al acceso a la función pública administrativa¹⁵⁰. No hay doctrina equivalente que resulte de aplicación en el acceso a puestos laborales bajo el paraguas constitucional del artículo 14 CE.

Asimismo, debe destacarse que la ejecución tanto de dichas pruebas restringidas como de los procesos de integración de funcionarios públicos en supuestos de reorganización y racionalización de entes públicos antes vista (STC n.º 236/2015) comparten ciertos requisitos que

¹⁴⁸ STC n.º 130/2009, de 1 de junio, FJ 5.

¹⁴⁹ La legislación básica ha previsto dos únicos supuestos excepcionales en la DT 6 LMRFP y en la DT 2 EBEP, respectivamente, para personal que tuviese la condición de contratado administrativo antes del 15-03-84, y para el personal laboral fijo que desempeñe puestos clasificados como funcionariales a la entrada en vigor del EBEP. Con mayor detalle: R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 55 y ss. Dichas normas básicas servirán de parámetro de validez de las normativas autonómicas de desarrollo de tales procesos. Véase: J. M. ALEGRE ÁVILA, "Pruebas restringidas y funcionarios sin titulación: La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2006, de 1 de febrero [Ref. BIB 2006/1005]", cit., p. 11/24 pdf descargado.

¹⁵⁰ La convocatoria de pruebas restringidas requiere una justificación en la medida que son una excepción a lo que constituye el normal sistema de acceso a los funcionarios de carrera (STC n.º 60/1994, de 28 de febrero, FJ 5).

deben ser observados para resultar conformes con el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública: la norma que los regule no podrá constituir ni directa ni indirectamente reservas *ad personam* para determinadas personas individualmente consideradas, debiendo hacer referencia innominada a un colectivo definido en virtud de datos objetivos de una manera general y abstracta¹⁵¹. Además, como luego se verá [apartado D)], se han producido ciertas intersecciones en la jurisprudencia constitucional entre la doctrina relativa a las pruebas restringidas y a procesos de integración de personal proveniente de empresas privadas.

En síntesis, la estabilidad en el empleo de los trabajadores antes externalizados debería ser suficiente –a mi entender– para superar el juicio de razonabilidad de la diferencia de trato. Otra cuestión sería el examen de proporcionalidad desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas que también se requerirá para determinar la constitucionalidad de la diferencia de trato en esta materia, para lo cual será preciso analizar las diferentes soluciones posibles para la integración de personal. Así, el legislador estatal podría, mediante la aprobación de una norma legal, articular la integración de personal laboral para permitir una adecuada compatibilidad del derecho laboral con la normativa reguladora del acceso al empleo público, cuyo contenido sea compatible con el derecho a la igualdad (art. 14 CE). Igualmente, los poderes públicos administrativo y judicial podrían, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicar una solución razonable y proporcional que no resulte contraria a la igualdad en la aplicación la Ley.

C) En fin, debemos valorar el hecho de que cuando el legislador ha decidido extender los principios de igualdad, mérito y capacidad al personal laboral lo haya hecho atribuyéndoles el rango de constitucionalidad. En efecto, el artículo 55 EBEP, que regula los principios rectores que rigen en el acceso al empleo público tanto funcionarial como laboral, dispone que se realizará “*de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*”. Cabría cuestionarse así si la intervención del legislador es capaz de otorgar igual rango constitucional a dichos principios cuando operan en el ámbito de la selección de personal contratado laboral.

La respuesta debe ser negativa por las razones ya expuestas. Al tiempo de dictarse la STC n.º 281/1993, el artículo 19.1 LMRFP de 1984 ya contenía el mismo tenor literal y no fue un obstáculo para que el TC excluyera al personal del ámbito de los artículos 23.2 y 103.3 CE considerándolos excluidos del concepto de función pública. Si se lee con detenimiento todas las sentencias citadas en las que se ha pronunciado sobre la posible vulneración de dichos principios en el acceso a un puesto laboral, el Alto Tribunal omite toda referencia a los mismos y se centra en la valoración de si el supuesto por el que se ha presentado el recurso de amparo es conforme al principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE (a excepción de la STC n.º 38/2007 sobre el profesorado de religión que se muestra más ambigua). Así, a mi parecer, que el legislador les atribuya esa virtualidad constitucional no enerva el hecho de que en realidad la extensión de dichos principios al personal no funcionario tenga rango de mera legalidad ordinaria.

¹⁵¹ STC n.º 27/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

Pues bien, creo que un reciente cambio normativo puede sustentar esta tesis. El reciente *RD-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*¹⁵² introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 11 del EBEP que reza lo siguiente: “*Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia*”. Como puede apreciarse, a diferencia del artículo 55 EBEP aplicable tanto al personal laboral como funcionario, este último que se dirige solo al personal contratado ya no contiene referencia alguna a los principios de orden constitucional.

3.1.2. El sometimiento de las AAPP a la legalidad y la cuestionable equiparación de la subrogación con supuestos de fraude en la legislación laboral

A mayor abundamiento, debe entenderse que la integración de personal no responde a una conducta positiva o decisión del poder público (sujeto pasivo del derecho fundamental) que pueda generar un trato desigual, sino que deriva de la actualización del supuesto de hecho de una norma de *ius cogens* como es la sucesión de empresa laboral. Es decir, es ajena a la voluntad del poder público, por cuanto que debe cumplirse con una obligación legal consecuencia del mandato del artículo 9.1 CE, por el que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Y, más concretamente, referido a la Administración, el artículo 103.3 CE establece que esta deberá actuar con sometimiento a la ley y al Derecho.

En este sentido, si la Administración actúa como empresario debe cumplir con la legislación laboral y más concretamente con el artículo 44 ET. En consecuencia, no se trata de un mero voluntarismo político del legislador o de la Administración, en cuyo caso, si podría considerarse vulnerado el artículo 14 CE. Podría contraargumentarse que la Jurisprudencia Social y la Constitucional ya han tenido oportunidad de pronunciarse, manifestando que las particularidades que tiene la Administración como empleadora justifican una aplicación matizada de la legislación social. En este sentido, el propio TC considera que “*la contratación de personal laboral para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales*”. De este modo, en no pocas ocasiones ha determinado que las irregularidades en la contratación laboral deben tener un alcance distinto en el sector privado y en el sector público. Razón por la cual, se creó y se viene aplicando la figura jurisprudencial del «indefinido no fijo».

No obstante, no debe perderse la perspectiva de que tales consideraciones se han realizado en supuestos en los que la normativa laboral reacciona frente al fraude o abuso en la contratación, en tanto que perjudica la estabilidad en el empleo del trabajador toda vez que la empresa se beneficia de su precariedad laboral. Esta conducta empresarial, contraria a la ley y a los principios

¹⁵² BOE n.º 161 de 07-07-21.

del derecho del trabajo, se sanciona con la fijeza de la relación laboral en un ámbito estrictamente privado. Sin embargo, se entiende de que cuando el empleador pertenece al sector público debe cohonestarse la normativa laboral con el interés general, advirtiendo que existe el riesgo de que *“la irregularidad pueda ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad”*¹⁵³.

Dicho con otras palabras, lo que se pretende evitar es que la normativa contra el fraude en materia laboral aplicable al ámbito privado se convierta en una vía fraudulenta –podría añadirse, fácil y rápida– de acceso a la función pública. Pero no es esto lo que ocurre cuando acontece una sucesión de empresas con la Administración Pública como cesionaria. La decisión de alterar la gestión de un servicio externalizado requiere superar controles políticos y jurídicos tendentes a verificar que es la opción que mejor responde al interés general (aun más agravados son los controles en supuestos de publicación *stricto sensu*). A mayor abundamiento, la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera ha introducido nuevos límites y condicionantes que exigen acreditar que la decisión de revertir el servicio es la que permite un uso más eficiente y racional de los recursos económicos, lo que en definitiva responde también a la persecución del interés general. En este sentido, la subrogación no es otra cosa que la consecuencia legal de una decisión administrativa legítima del ente público que permite un distanciamiento de la doctrina prevista para supuestos de actuación ilegítima o fraudulenta, tal y como han puesto de manifiesto voces tan autorizadas entre la doctrina como CRUZ VILLALÓN¹⁵⁴.

Igualmente, podría contraargumentarse también que dicha vinculación de los poderes públicos al ordenamiento jurídico y el principio de legalidad impediría cualquier decisión pública adoptada al margen de las normas legales que regulan el proceso selectivo de empleados públicos (art. 55 EBEP y normas concordantes). Con todo, como se verá a continuación, hay precedentes entre la doctrina constitucional que permiten entender que en estos casos no se produce un «acceso al empleo público» o la «adquisición de una relación de servicio» tal y como enuncia el Capítulo I, del Título V del EBEP [apartado II.3.1.4 siguiente].

3.1.3. La apreciación de otras normas y principios de orden constitucional

En tercer lugar, porque cuando se está adoptando la opción por revertir una actividad externalizada y la operación es constitutiva de una sucesión empresarial, los principios de acceso al empleo público no entran en conflicto únicamente con una norma de rango legal, pues la

¹⁵³ Véase el ATC 364/1991, de 10 de diciembre, y los otros previos que en él se citan.

¹⁵⁴ J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 45.

normativa laboral sucesoria es una manifestación del «principio de estabilidad en el empleo» que también tiene fundamento constitucional¹⁵⁵. Por tanto, aquellos deben ser ponderados con este.

De conformidad con una reiterada doctrina constitucional y social, aunque dicho principio carece de un enunciado explícito en la Carta Magna, se deriva conjuntamente de los artículos 35.1 y 40.1 CE que constituyen las dos dimensiones, individual y colectiva, de las cuales se compone (STC 22/1981, de 22 de julio, FJ 8º)¹⁵⁶. Como ya se expresó en otra parte de este trabajo, su real efectividad, por su ubicación sistemática en el texto constitucional, requiere de una intervención del legislador habida cuenta de su carácter programático e inspirador de ordenamiento laboral¹⁵⁷. Tradicionalmente, cuando se ha aplicado la institución subrogatoria en el ámbito laboral privado, la jurisprudencia ha evidenciado una contraposición entre el principio de estabilidad en el empleo con otros principios de orden económico previstos en la Constitución –la libertad de empresa (art. 38 CE), la propiedad privada (art. 33 CE) y la libertad de contratación (art. 10 CE)¹⁵⁸–. Con todo, pese a que estos últimos se enmarcan en las libertades económicas esenciales dentro de un sistema basado en la economía de mercado, no ha sido suficiente para limitar o conseguir que el derecho a la conservación del puesto de trabajo ante un cambio de titular sufra alteraciones y se vea reducido como ha ocurrido con otras instituciones laborales que también son manifestaciones del principio de estabilidad en el empleo.

Pero además, como se ha anticipado, la incompatibilidad entre los principios rectores de acceso al empleo público y el principio de estabilidad en el empleo se produce a resultas de una decisión administrativa legítima que también tiene fundamento en otros principios y preceptos constitucionales como el interés general basado en la opción más eficaz y eficiente del uso de los recursos públicos (art. 103.1 CE); en la propia «potestad autoorganizativa» de la Administración (art. 103.1 CE); la iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE); o, en determinados ámbitos, también entronca con el principio de autonomía local (arts. 147 y 140 CE) o con el principio de autonomía universitaria (art. 27.10 CE)¹⁵⁹.

¹⁵⁵ La doctrina científica entiende que junto con otras instituciones laborales forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo enunciado en el artículo 35 CE como parte instrumental o consustancial al principio de causalidad del despido. Véase: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 43 y ss. Más concretamente, p. 48.

La jurisprudencia ordinaria tampoco ha dudado, desde antiguo, al relacionar esta institución jurídica con el principio constitucional (por todas, STS de 25 de abril de 1988).

¹⁵⁶ Remito a lo ya expuesto en el Capítulo 3º y a la doctrina allí citada.

¹⁵⁷ A pesar de que el artículo 35 CE se inserte entre los derechos y libertades constitucionales. Pese a ser un “derecho de protección media” por su ubicación sistemática, su carácter programático se asemeja más al de los principios rectores de la política social (A. MONTROYA MELGAR, “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *Revista de Política Social*, n.º 121, 1979, p. 333).

¹⁵⁸ STS de 25 de abril de 1988.

¹⁵⁹ Además, de acuerdo con la STC n.º 106/1990, de 6 de junio, el traspaso de personal, a consecuencia de una reestructuración del sistema universitario impuesto por el legislador canario, no debe considerarse como condicionante o limitativo del principio de autonomía universitaria (FJ 12).

Sin embargo, no pueden obviarse voces tan autorizadas como la del profesor SALA FRANCO que afirma con contundencia que la existencia de un “*expreso, claro y rotundo*” principio de igualdad de acceso al empleo público de todos los ciudadanos debe prevalecer sobre la estabilidad en el empleo de los trabajadores del sector público (que pretende tutelar también la Directiva 2001/23/CE), por cuanto que, desde una perspectiva constitucional, los primeros tienen rango de derecho fundamental mientras que el segundo no. Así las cosas, entiende que los principios rectores de acceso al empleo público deben ser tutelados de forma preferente respecto a la estabilidad en el empleo, toda vez que afirma que las Directivas comunitarias no deberían ser aplicadas al sector público de la misma manera que se aplican en el sector privado¹⁶⁰.

3.1.4. La existencia de precedentes entre la doctrina constitucional que permiten una interpretación armónica de los principios y derechos enfrentados

Y por último, debe tomarse en consideración que los puestos de trabajo ni existían en la plantilla administrativa, ni necesitan proveerse externamente, ni se va a realizar una selección de personal que pueda dar cabida a un tratamiento igual o desigual hacia los aspirantes, pues no hay propiamente un acceso al empleo público que active el derecho fundamental a la igualdad de trato.

En este sentido, procede traer a colación «ciertos precedentes» en el seno de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los que, a pesar de no haberse pronunciado de forma directa sobre la compatibilidad entre la igualdad de trato en el acceso al empleo público laboral y la subrogación contractual ha dado, a mi juicio, con la «clave interpretativa» al calificar la integración del personal procedente de una empresa privada como un supuesto de «continuidad» de las relaciones laborales y no de «acceso» a la función pública.

Este pronunciamiento tiene lugar en el marco de una cuestión de inconstitucionalidad por la que se valora el alcance de unas concretas «pruebas restringidas» de acceso a la función pública diseñadas por el legislador autonómico navarro y su compatibilidad con el artículo 23.2 CE (STC n.º 130/2009, de 1 de junio, FJ 5). Tras analizar la doctrina constitucional aplicable a estos supuestos excepcionales y concluir con su inconstitucionalidad y la nulidad de los preceptos impugnados, descarta un argumento que había alegado por la representación procesal del Gobierno Foral para defender la constitucionalidad de la disposición impugnada. Dicho argumento es que el ejecutivo autonómico entiende que debe ser de aplicación la “*doctrina contenida en la STC n.º 252/2005, de 11 de octubre*”. Pues bien, en aquel caso, se cuestionaba la compatibilidad de la integración del personal procedente de las ikastolas (escuelas privadas) publicadas con el principio constitucional de autonomía municipal y con los preceptos de la LBRL relativos a la selección del personal al servicio de las entidades locales, al entenderse que la asunción forzosa

¹⁶⁰ Cfr. T. SALA FRANCO, “Dudas que plantea la aplicación de las Directivas comunitarias 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre traspasos de empresas, y 99/70/CE, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 7, 2020, p. 952.

de personal dispuesta por la Ley autonómica invadía las competencias de la corporación local en materia reclutamiento del personal a su servicio y su autonomía de gestión¹⁶¹.

Una vez identificado el asunto al que se va a referir el Alto Tribunal, vayamos primero al más reciente de los procesos, en el que descarta que sea aplicable la doctrina contenida en aquel anterior caso a los supuestos de pruebas restringidas, y lo hace con un argumento que puede extrapolarse al objeto de este análisis. Más concretamente, se expresa con las siguientes palabras: *“baste con resaltar que lo enjuiciado en la misma [refiriéndose a la STC n.º 252/2005] era la posible infracción de los arts. 137 y 140 CE, sin que se planteara una cuestión relativa al acceso a la función pública, sino a la continuidad, mediante su integración en las plantillas laborales de los Ayuntamientos, de la relación laboral de determinados trabajadores en las tareas que venían desempeñando con anterioridad a la integración de ikastolas en la red pública educativa vasca, lo que suponía asegurar la adopción de un modelo de integración de personal respetuoso con los derechos individuales de los trabajadores en la sucesión operada en la titularidad de su centro de trabajo que se había producido como consecuencia de la decisión del legislador”*. En este sentido, cabe resaltar que la integración de personal en cumplimiento de una obligación de subrogación no es considerada un «acceso al empleo público». Así como que la posible inobservancia de un principio de rango constitucional se lleva a cabo mediante una ley –norma representativa de la voluntad popular–, que adopta una decisión de interés general –en este caso, sobre el sistema educativo público–, y que trata de cohesionar diversos intereses con relevancia constitucional.

Volviendo de nuevo a aquel primer caso, en el que se ponía en cuestión la integración forzosa del personal en las entidades locales en relación con la eventual vulneración del principio de autonomía local, el Constitucional también formula ciertos argumentos que se pueden aplicar ahora. En este sentido, reconociendo que, efectivamente, la ley autonómica invade las competencias legales de los entes locales en materia de selección de personal y, por ende, el principio de autonomía local cede para dar cumplimiento efectivo a dicha integración legal del personal, estima que *“el legislador autonómico no podía dejar de atender a las exigencias derivadas de las previsiones normativas generales en materia de sucesión de empresas, toda vez que la publicación de las ikastolas implica un cambio de titularidad de centro de trabajo con el que no quedan extinguidas las relaciones laborales preexistentes, subrogándose necesariamente la Administración pública en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior titular privado (art. 44.1 ET) (STC n.º 252/2005, FJ 6)*.

Es necesario aclarar que, en virtud de la atribución competencial establecida por la legislación educativa básica vigente (LOGSE) y la legislación básica local (LBRL), el personal no docente que desempeñaba funciones de mantenimiento, vigilancia y conservación en los centros publicados pertenece al ámbito local, motivo por el que la Comunidad Autónoma no podía asumirlo como sí que hizo con el personal docente sobre el que tiene atribuida la competencia,

¹⁶¹ Nótese que el Fiscal General del Estado se postula a favor de que se dicte sentencia estimatoria porque se vulneran efectivamente los preceptos constitucionales analizados, además del art. 23.2 CE.

siendo la única opción imponer a los Ayuntamientos *“la obligación de integrar en sus plantillas un personal al que la legislación laboral aplicable exige convertir, en virtud de la subrogación, en personal público, no funcionario, como en el caso debatido en el proceso a quo”*.

Como puede verse, el Tribunal Constitucional ha aceptado una integración plena de los trabajadores, en la que la Administración se subroga en los mismos derechos y obligaciones que tenían, y estos se convierten en personal laboral regido íntegramente por la legislación social pero dependiente de un ente público. Aunque se analizará luego con mayor detalle esta de integración, es oportuno destacar ahora el «sacrificio» –término empleado por el TC– de la autonomía municipal para dar satisfacción a otros intereses concurrentes, debiendo destacarse cómo un principio de rango constitucional (derivado de los arts. 137 y 140 CE) cede para poder dar cumplimiento efectivo a una norma legal. De manera que *“el legislador vasco ha resuelto, pues, una situación excepcional e irrepetible ponderando los diversos intereses, públicos y privados, en presencia, limitando la autonomía local de los Ayuntamientos implicados en los términos precisos para dar satisfacción cumplida a intereses concurrentes e igualmente relevantes, como son el interés autonómico en la consolidación de un modelo propio de escuela pública, y el interés particular de los trabajadores en la continuidad de su relación laboral más allá de la sucesión operada en la titularidad de su centro de trabajo”*. Continúa afirmando que, el sacrificio del principio constitucional en juego, se produce únicamente en los *“términos estrictamente necesarios para dar cumplimiento a estos intereses concurrente”*. En el caso concreto, y en relación con la autogestión local, se concreta en que una vez llevada a cabo la integración para dar cumplimiento efectivo a la sucesión laboral, el órgano territorial municipal recupera todas sus competencias de gestión, pudiendo decidir sobre la forma de gestión o el ejercicio de sus facultades empresariales sobre sus efectivos.

Interesa ahora hacer dos observaciones adicionales. La primera, es que la terminología en que se expresa –en especial los términos «excepcional e irrepetible»– es muy similar a la empleada en la doctrina constitucional acerca de las «pruebas restringidas»¹⁶².

Y la segunda, es que el principio de autonomía municipal pertenece a la misma tipología de preceptos constitucionales que los principios de mérito y capacidad. Son «principios» que se enmarcan dentro del conjunto de normas referidas a la organización de los poderes públicos¹⁶³. Si bien no puede ponerse en duda su aplicabilidad directa vertical vinculando a todos los poderes públicos y, en concreto, al legislador (como con cualquier otra norma constitucional), no todas ellas tienen igual eficacia, pues los principios –a diferencia de los derechos que constituyen verdaderas

¹⁶² De las intersecciones entre esta doctrina y la referida a las pruebas restringidas, a pesar de las diferencias entre los supuestos, también se hace eco J. M. ALEGRE ÁVILA, “Pruebas restringidas y funcionarios sin titulación: La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2006, de 1 de febrero [Ref. BIB 2006/1005]”, cit., pp. 11-13/23 pdf descargado.

¹⁶³ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo V: La Constitución como norma*, cit., p. 127 y ss.

reglas jurídicas¹⁶⁴, prescriben un mandato que debe ser realizado por el legislador “*en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”¹⁶⁵. En consecuencia, estos principios constituyen verdaderos «mandatos de optimización», que han de aspirar a la máxima efectividad posible, pero que admiten diversos grados de cumplimiento o, incluso, una realización parcial, dependiendo de las posibilidades reales y de las situaciones jurídicas concurrentes¹⁶⁶. De esta forma, los principios constitucionales pueden matizarse para permitir el cumplimiento de la legalidad ordinaria, máxime, cuando tras esta también hay valores y bienes jurídicos tutelados de rango constitucional.

Y aunque no pueda ignorarse la conexión entre el artículo 103.1 y 3 CE y el derecho fundamental a la igualdad de trato –ya sea el art. 23.2 o el 14 CE– y, por ende, el carácter reforzado que esta relación le otorga a aquel, a mi juicio, no vulnerándose la igualdad material de oportunidades como antes ya se argumentó, tampoco cabría entender que este último precepto y los principios de mérito y capacidad en el «acceso a la función pública» puedan ser un obstáculo real a la subrogación, de la misma manera que el Constitucional determinó que no lo era la denominada autonomía municipal en el caso analizado.

Más recientemente, merece la pena citar la STC n.º 122/2018, de 31 de octubre¹⁶⁷. Aunque en el siguiente capítulo se analizará con mayor detalle, esta resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Disposición Adicional 26 de la LPGE 2017 cuyo fin parecía, esencialmente, frenar o al menos poner límites a los procesos de reversión de contratas públicas impidiendo que el personal subrogado pudiese integrarse como empleado público. El TC resuelve sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión en la medida en que el objeto del recurso se centraba en una extralimitación del posible contenido material de las leyes presupuestarias. En cualquier caso, es destacable la forma en la que el Tribunal asume, con absoluta normalidad, la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresa a las AAPP y la obligación de subrogación que conlleva. Afirma que “*lo cierto es que tales trabajadores serán retribuidos por la Administración pública en cualquier caso, pues no a otra conclusión conduce la aplicación del régimen laboral*

¹⁶⁴ Si bien toda la Constitución tiene carácter normativo –cuestión que confirma la vinculación que impone a los poderes públicos el propio artículo 9.1 CE–, no todos sus preceptos tienen igual eficacia y grado de vinculación, pues, atendiendo a su estructura, mientras algunos son verdaderas reglas jurídicas acabadas y perfectas, otros establecen contenidos de carácter abierto precisando la actuación del legislador para ser completados. En ocasiones, se trata de principios mucho menos prescriptivos y con enunciados muy diversos que pueden ir desde la expresión de valores, hasta recoger pautas de aplicación de las reglas constitucionales. Véase: *Ibid.*, pp. 93-95 y 107 y ss. Específicamente sobre las denominadas normas de organización: p. 127 y ss. En el mismo sentido: Á. MARRERO GARCÍA-ROJO, “Artículo 9.1. La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, cit., p. 159 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 86-87. Secunda los postulados de este autor: S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo V: La Constitución como norma*, cit., p. 111 y ss.

Incluso, podría afirmarse que la autonomía local tiene un carácter reforzado en la medida en que el TC ha considerado extensible a aquella la dogmática de las «garantías institucionales» aplicables a los derechos fundamentales (STC n.º 252/2005, de 11 de octubre, FJ 4º y las anteriores allí citadas acerca de esta cuestión). Con mayor detalle: *Ibid.*, p. 115 y ss.

¹⁶⁷ Magistrado ponente D. Fernando Valdés Dal-Ré.

(sucesión de empresas)”. De esta forma no duda el máximo intérprete que la sucesión de empresas en procesos de reversión de servicios ha de conducir a la subrogación del personal¹⁶⁸. Algún autor –especialista en empleo público– ha llegado aun más lejos al afirmar con rotundidad que *“la subrogación es una fórmula de acceso al empleo público laboral no específicamente descrito en las leyes de empleo público ni en el EBEP, pero que debe ser tomada en cuenta, porque la legislación laboral así lo fija, sin distinguir entre sector público y sector privado”*¹⁶⁹.

Esta normalización de la subrogación en las relaciones laborales privadas por una Administración es una idea que subyace en numerosos y antiguos precedentes de la jurisdicción social. Algunos, de forma más contundente que otros, propugnan también que la sucesión de empresa no constituye un mero acceso o ingreso a la función pública. La STS de 14 de mayo de 1990 conoce un supuesto en el que una asociación de padres propietaria y titular de la empresa que gestiona un centro educativo vende la unidad productiva a una Consejería. El Alto Tribunal no duda en ningún momento de que se trata de una transmisión de empresa encuadrable en el artículo 44 ET y en la Directiva 77/187 CEE, por lo que frente a la oposición del ente público que denuncia la infracción de los artículos 14, 23.2 y 103 CE responde con contundencia: *“Como afirma el Ministerio Público, no se trata en el presente caso de que los actores pasen a ser funcionarios de plantilla, si no que se les mantenga el contrato de trabajo que habían celebrado con la empresa cedente y, según recuerda la sentencia de instancia acogiendo la doctrina de esta Sala en Sentencia de 7 de marzo de 1988 «no existe prohibición alguna que las Administraciones Públicas puedan resultar vinculadas con un contrato laboral por tiempo indefinido independientemente y al margen de la relación de empleo de carácter administrativo que mantienen con sus funcionarios»”*. De este modo, también se desvincula sobre sus precedentes jurisprudenciales que, *“versando principalmente sobre contratos de carácter temporal para suplir ausencias o faltas de personal funcionario de plantilla, fueron invocados para evitar una entrada en cargos o función pública por vías no legales, pero no son de aplicar en el supuesto enjuiciado”* [el subrayado es mío].

En el mismo sentido la STS (CA) de 5 de octubre de 1989 que no autoriza un expediente de regulación de empleo de extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor de un colegio universitario que, tras ser adquirido por una Universidad, esta se niega a hacerse cargo de las relaciones laborales. Entiende que el hecho de que el colegio quede sin función docente no es un caso de fuerza mayor que permita romper los vínculos laborales, cuando la adquisición de unidad productiva ha sido un acto voluntario que además no impide la continuación de la relación laboral. No la impide, además, aunque las funciones docentes a desempeñar tras la transmisión deban realizarse mediante un vínculo profesional administrativo pues *“aunque esto sea cierto porque en*

¹⁶⁸ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “El TC declara inconstitucional el apartado UNO de la DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017: impacto en los procesos de reversión de la Administración Pública”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [9 noviembre 2017]*), fecha de consulta 9 noviembre 2017, en <https://ignasibeltran.com>.

¹⁶⁹ Cfr. X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, *La Administración Práctica*, n.º 1, 2019, p. 7/9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 2 marzo 2020.

la normativa especial de la Educación no se prevea la contratación laboral, no puede desconocerse de que no se trata para la Universidad de una contratación inicial y «ex novo» para ella, sino de una de las consecuencias de la integración que no es más que una novación de relaciones existentes que se opera a través de un traspaso de relaciones anteriores”

Y aunque no se haga referencia a estos precedentes, también algún Tribunal Superior de Justicia ha seguido esta pauta interpretativa, entendiendo que la subrogación no supone un acceso a la función pública, por lo que no debe entenderse vulnerada la normativa constitucional y legal que regula el acceso a la misma¹⁷⁰.

Por su parte, la doctrina científica también ha sostenido esta tesis. Así, CAMPS RUIZ, en su importante obra *“Régimen laboral de la transmisión de la empresa”* se hacía eco de algunos precedentes judiciales y defendía que la *“subrogación no implica una entrada en cargos o función pública por vías no legales”*¹⁷¹. Secunda esta opinión MORENO GENÉ, que además añade que la subrogación simplemente mantiene el contrato de trabajo celebrado con la empresa cedente, conforme al principio de estabilidad en el empleo¹⁷². Y, en fin, LÓPEZ GÓMEZ, señalaba que la incorporación por sucesión de empresa puede ser compatible con el mérito y la capacidad, pues esta segunda debe darse por supuesta desde el momento en que ya venían desempeñando esas concretas funciones, mientras que el primero puede satisfacerse contemplando la experiencia adquirida. Además, en línea con lo que se viene defendiendo en este trabajo, argüía que es objetiva, razonable y proporcionada la diferenciación entre los trabajadores afectados por la transmisión y terceros que no reúnan tal condición¹⁷³.

¹⁷⁰ SSTJ Islas Canarias, Las Palmas, de 24 de enero de 2014, rec. 48/14; de 27 de marzo de 2014, rec. 1293/13; de 30 de junio de 2014, rec. 319/14: *“El hecho de que la integración de los trabajadores en la plantilla se produjera sin haber superado el correspondiente proceso selectivo, ya que, la subrogación no comporta el ingreso «ex novo» como personal laboral de la Administración, sino la pervivencia del inicial vínculo jurídico con la concesionaria con la novación subjetiva en la persona del empresario que comporta la sucesión legal ex Art. 44 ET, el cual resulta aplicable en los casos en que la empresa cesionaria sea un Administración Pública como reiteradamente ha señalado la doctrina del TJCE [...]. De hecho ningún obstáculo ha existido para que la ahora recurrente subrogara al personal de la unidad de extinción de incendios”*. Más recientemente, también en las SSTSJ Islas Canarias de 4 de junio de 2020, rec. 105/20; de 11 de junio de 2020, rec. 263/20; de 7 de julio de 2020, rec. 307/20; de 27 de julio de 2020, rec. 359/20: *“La Sala quiere hacer una consideración inicial que considera fundamental; a saber, en el caso de autos estamos a presencia no de unas nuevas contrataciones a través de la oferta pública de empleo, sino del rescate de un servicio público, con subrogación del personal que prestaba servicios en el mismo, mientras estuvo externalizado. No se trata, pues, de nuevas contrataciones, convocadas por el Ayuntamiento, sino de un acceso de personal por una vía distinta, que es la del mecanismo subrogatorio del art. 44 ET, que tiene sus propias reglas”*. En el mismo sentido: STSJ (CA) Andalucía, Sevilla de 29 de enero de 2020 (rec. 983/18).

¹⁷¹ Cfr. L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 214 y ss.

¹⁷² J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las Administraciones públicas”, cit., p. 451.

¹⁷³ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 238-

3.2. Desde la lógica del Derecho Europeo

3.2.1. *Las interacciones entre el Derecho comunitario y el nacional: el principio primacía*

Debe recordarse que la normativa nacional que ordena la subrogación de los contratos de trabajo en supuestos de sucesión empresarial es la norma de transposición al ordenamiento jurídico interno de una Directiva de la Unión Europea. Y en este sentido, el conflicto entre normas o sectores del ordenamiento jurídico trasciende del plano nacional y debe analizarse también desde la óptica de los principios que deben regir la relación entre fuentes del derecho nacionales y supranacionales.

Una solución excesivamente simplificada podría consistir en afirmar que, en virtud del principio de primacía, la obligación de subrogación del Derecho de la Unión se impondría a los principios de igualdad, mérito y capacidad con independencia de que se estime que en el caso del acceso al empleo público laboral tengan rango constitucional o de mera legalidad ordinaria. Con ello, el debate quedaría zanjado. Sin embargo, como se explicó en su momento¹⁷⁴, la cuestión no es tan sencilla, habida cuenta de que el principio de primacía parte de la premisa de que la norma de derecho comunitario tenga eficacia directa y esta condición no se da en una Directiva como la 2001/23/CE que ha sido transpuesta al ordenamiento español a través del artículo 44 ET. En aquel momento, defendíamos que es la norma nacional de transposición, y no la comunitaria transpuesta, la que despliega eficacia plena (horizontal y vertical) en el ordenamiento interno del Estado miembro que se trate, de modo que la Directiva únicamente ejerce una función de referente interpretativo y, en consecuencia, ni despliega efecto directo ni puede imponerse sobre una norma nacional contraria por aplicación de la primacía del Derecho de la Unión Europea. En este caso, podría parecer que el conflicto se reduce a una confrontación entre la ley interna de transposición (art. 44 ET) y la Constitución –cuya solución parece clara a la luz de la supremacía constitucional– o, alternativamente, entre la ley de transposición y las normas de rango legal que ordenan los procedimientos de acceso al empleo público y que extienden los principios de igualdad, mérito y capacidad al personal laboral –en cuyo caso la solución pasaría porque los tribunales ponderaran las consecuencias de ambos sectores del ordenamiento jurídico–.

Con todo, siendo ello así, la primacía de la norma europea no queda totalmente desvirtuada, solo que el recorrido interpretativo es algo más largo y complejo, y puede encontrar algunos obstáculos por el camino. En este sentido deben conjugarse dos variables: el mecanismo a seguir de acuerdo con la metodología empleada por el TJUE (A); y la eficacia sobre la concreta norma nacional contraria (B). Transversalmente, deben analizarse las cortapisas que el Tribunal Constitucional pone a la doctrina del Tribunal de la Unión.

¹⁷⁴ Capítulo segundo.

A) Por lo que respecta a la primera cuestión, al método interpretativo, pueden seguirse dos mecanismos diversos: el primero consiste en intentar acomodar la interpretación del ordenamiento interno conforme a los objetivos de la Directiva (principio de interpretación conforme); mientras que el segundo consiste en dirimir si la Directiva puede adquirir una eficacia directa e imponerse así a la norma interna. El TJUE muestra una preferencia por aplicar prioritariamente el primero, habida cuenta de que supone una solución menos drástica, conflictiva y más integradora que aplicar los efectos exclusión y sustitución de la norma interna derivados de la segunda¹⁷⁵.

a) En cuanto al «principio de interpretación conforme» ya se dijo que despliega sus efectos tanto en relaciones verticales como horizontales, en supuestos de transposición o en defecto de esta, y que no se agotan en la norma de transposición, sino que todo el derecho nacional –incluido el constitucional– debe ser interpretado a la luz de los objetivos de la Directiva. En este concreto caso debe entenderse que los objetivos que deben alcanzarse son el mantenimiento de los derechos de los trabajadores, mediante la subrogación del nuevo empresario en las relaciones laborales vigentes; y su plena aplicabilidad a las Administraciones y empresas públicas, sin más excepciones que la prevista en el artículo 1.1.c de la Directiva 2001/23/CE.

De esta manera, mediante la interpretación conforme se pretende colmar lagunas de regulación interna o proporcionar una solución expresa cuando la norma nacional de transposición resulte insuficiente. Pues bien, no parece que haya muchas dudas de que en este contexto puede encajar el artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE: no es problemática la obligación de subrogación en el caso de una empresa privada pero sí que lo es cuando el cesionario es una empresa pública, porque la selección de empleados en tales casos debe llevarse a cabo conforme a criterios objetivos basados en el mérito y la capacidad. En estos casos, la legislación laboral no ofrece una solución expresa aplicable al sector público que permita la compatibilidad con las normas que disciplinan el acceso al empleo público, de modo que todo este conjunto de normas laborales, administrativas (o incluso constitucionales) deben ser interpretadas conforme al Derecho de la Unión Europea.

Con todo, el principio de interpretación conforme también encuentra un límite que puede constituir un obstáculo en este caso, pues no puede incurrir en una interpretación *contra legem nationalem*. Puede forzar el cambio o adaptación de una interpretación jurisprudencial consolidada mediante la cual los tribunales internos proporcionen una solución a un conflicto entre normas, pero no puede incurrir en una contradicción patente y flagrantemente contraria a lo dispuesto de forma expresa por una norma nacional. En este sentido, debe plantearse si el artículo 55 EBEP y los artículos 14 CE y 103.3 CE pueden llegar a ser un obstáculo real y efectivo.

A mi juicio las normas constitucionales citadas no pueden encuadrarse en el concepto de interpretación *contra legem*. Y es que, como ya se dijo, desde una perspectiva formal no hay ningún precepto constitucional que establezca un derecho de acceso al empleo público laboral

¹⁷⁵ STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C-343/98, ap. 20-23.

que, de forma clara y unívoca, pueda ser terminantemente contrario a la obligación de subrogación contractual. Ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha excluido al personal laboral del ámbito de aplicación de los artículos 23.2 CE y 103.3 CE sobre la base de una noción de función pública restrictiva, toda vez que ha empleado el artículo 14 CE para suplir el vacío de tutela constitucional. En todo caso, se trata de una jurisprudencia consolidada en interpretación del derecho (constitucional) interno que no puede constituir un freno al principio de interpretación conforme, debiendo esta reconducirse o modificarse si resulta incompatible. Ni que decir tiene que, a la luz de este principio comunitario, la misma solución debería predicarse respecto a la jurisprudencia del Supremo que extiende los principios constitucionales al empleo público laboral cuando se pretenda aplicar en el ámbito de la subrogación laboral.

Más discutible resulta la previsión del artículo 55 EBEP y sus normas concordantes. Y es que esta sí que es una norma de derecho positivo que puede constituir una interpretación *contra legem* del objetivo y finalidades de la Directiva 2001/23/CE, cuando dispone que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público –incluido el laboral– de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. No obstante, bajo mi punto de vista tampoco debe conducir a una interpretación irreconciliable pues, como afirmó el Tribunal de Justicia en el asunto *Pfeiffer y otros*¹⁷⁶, “*si el Derecho nacional, mediante la aplicación de métodos de interpretación reconocidos por este, permite, en determinadas circunstancias, interpretar una disposición del ordenamiento jurídico interno de tal manera que se evite un conflicto con otra norma de Derecho interno o reducir con este fin el alcance de dicha disposición aplicándola sólo en la medida en que resulta compatible con la referida norma, el órgano judicial tiene la obligación de utilizar los mismos métodos con objeto de alcanzar el resultado perseguido por la directiva*”. Así como también es constante al afirmar que el órgano judicial nacional tiene la obligación de agotar el margen de apreciación que su Derecho nacional le concede para dar a este una interpretación y aplicación conforme con los objetivos y finalidades del Derecho de la Unión Europea¹⁷⁷.

Pues bien, en este orden de cosas ya se han analizado los precedentes que hay entre la doctrina del Tribunal Constitucional que ha entendido que la subrogación empresarial de un ente público no constituye un «acceso» al empleo público sino una «continuación» en las relaciones laborales preexistentes por disponerlo así el artículo 44 ET (las ya citadas SSTC n.º 252/2005 y n.º 130/2009). Algún Tribunal Superior de Justicia ha seguido esta senda marcada por el máximo intérprete de la Norma Fundamental –aunque sin hacer referencia a ella– para dar solución a supuestos de reversión de contratos públicas, afirmando que no es un obstáculo “*el hecho de que la integración de los trabajadores en la plantilla se produjera sin haber superado el correspondiente proceso selectivo, ya que, la subrogación no comporta el ingreso «ex novo» como personal laboral de la Administración, sino la pervivencia del inicial vínculo jurídico con la concesionaria con la novación subjetiva en la persona del empresario que comporta la sucesión legal ex Art. 44 ET, el cual resulta aplicable en los casos en que la empresa cesionaria sea un Administración Pública*

¹⁷⁶ STJUE de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, asuntos C-397, 399, 400, 401, 402 y 403/01, ap. 115-119.

¹⁷⁷ Por todas, STJUE de 28 de junio de 2018, *Crespo Rey*, asunto C-2/17, ap. 70.

como reiteradamente ha señalado la doctrina del TJCE [...]. De hecho ningún obstáculo ha existido para que la ahora recurrente subrogara al personal de la unidad de extinción de incendios¹⁷⁸. Postura que el mismo órgano judicial ha vuelto reiterar recientemente en otros asuntos en los que se enjuiciaba la reversión de un servicio público (SSTSJ Islas Canarias de 4 de junio de 2020, rec. 105/20; de 11 de junio de 2020, rec. 263/20; de 7 de julio de 2020, rec. 307/20; de 27 de julio de 2020, rec. 359/20¹⁷⁹) y que también comienza a atisbarse en otros tribunales (STSJ (CA) Andalucía, Sevilla de 29 de enero de 2020, rec. 983/18).

Esta es, a mi juicio, la interpretación que debería seguir la jurisprudencia española, constitucional y ordinaria, para dar solución a los supuestos objeto de esta tesis. Y es que, en caso contrario, si no secunda esta interpretación conforme con el Derecho comunitario, el conflicto jurisdiccional entre este ordenamiento y el nacional adquiriría una dimensión superior, abriéndose dos caminos alternativos con sus correspondientes consecuencias: la aplicación de la primacía cuando la norma sea susceptible de alcanzar eficacia directa o la responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias. En estos supuestos de sucesión empresarial, el litigio se enmarca en una relación de verticalidad frente al Estado, con lo cual, la Directiva adquiriría eficacia directa permitiendo un «efecto sustitución» de la norma contraria interna por la norma comunitaria infringida en aplicación del principio de primacía.

Sin embargo, recientemente el TJUE, enfrentándose una norma en el ordenamiento jurídico helénico de contenido y alcance similar a nuestro artículo 55 EBEP pero contenida en la propia Carta Magna, no ha descartado de plano que no comporte una interpretación *contra legem*, en la medida en que corresponde al órgano judicial interno pronunciarse sobre el Derecho nacional (STJUE de 11 de febrero de 2021, *Agiou Nikolaou*, asunto C-760/18, ap. 69-70). Pero también advierte que si aquel considera que no constituye una interpelación *contra legem*, y si adicionalmente estima que la de conversión en indefinido es una medida eficaz los efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre contratación de duración determinada o, estimándolo no contemple el ordenamiento interno otra medida equivalente capaz de garantizar su efecto útil, no será un obstáculo el hecho de que la Constitución prevea un procedimiento selectivo de acceso al empleo público y basado en criterios objetivos para impedir la conversión del contrato en fijo ante supuestos de abuso en la contratación temporal. También resalta que la modificación de la Constitución llevada a cabo en el año 2001 se produjo después la entrada en vigor de la Directiva (1999) pero antes de su transposición al ordenamiento interno (2004), por lo que parece que al máximo pretor le suscita ciertos recelos la posible conexión de dicha reforma constitucional con la aprobación de la norma comunitaria. En este sentido recuerda que, también en virtud del principio

¹⁷⁸ SSTJ Islas Canarias, Las Palmas, de 24 de enero de 2014, rec. 48/14; de 27 de marzo de 2014, rec. 1293/13; de 30 de junio de 2014, rec. 319/14.

¹⁷⁹ “La Sala quiere hacer una consideración inicial que considera fundamental; a saber, en el caso de autos estamos a presencia no de unas nuevas contrataciones a través de la oferta pública de empleo, sino del rescate de un servicio público, con subrogación del personal que prestaba servicios en el mismo, mientras estuvo externalizado. No se trata, pues, de nuevas contrataciones, convocadas por el Ayuntamiento, sino de un acceso de personal por una vía distinta, que es la del mecanismo subrogatorio del art. 44 ET, que tiene sus propias reglas”.

de interpretación conforme, los Estados miembros tienen la obligación de abstenerse de adoptar cualquier disposición interna que pueda obstaculizar la consecución de los objetivos de una Directiva desde que la misma entra en vigor y hasta su transposición (ap. 71-75).

b) Esta es la segunda hipótesis metodológica a seguir: la adquisición de «eficacia directa». La imposibilidad de interpretación conforme conduce a esta solución siempre y cuando se cumplan los presupuestos para que una norma europea adquiera eficacia directa, en esencia, que la disposición sea lo suficientemente incondicional, clara y precisa. La obligación de subrogación cumple todos estos requisitos, no hay más que constatar que el artículo 44 ET la expresa en términos muy similares y no hay dudas sobre el contenido y alcance de la obligación. Asimismo, identifica de forma unívoca al sujeto pasivo: el empresario cesionario. En este caso, empleador de carácter público, pero que también queda sujeto a su cumplimiento porque así lo prevé expresamente el artículo 1.1.c de la Directiva 2001/23/CE e, incluso, la legislación nacional entendiendo como norma de transposición específica que vincula a las Administraciones el reciente artículo 130.3 LCSP.

Ahora bien, lo que no contiene la norma de transposición, ni el artículo 44 ET ni el citado 130.3 LCSP, es una solución expresa al concreto supuesto de subrogación laboral por una entidad de derecho público que sucede a otra de derecho privado, garantizando el mantenimiento de todos los derechos y obligaciones de los trabajadores toda vez que se compatibiliza con las particularidades del empleo público. En este contexto, las Directivas, como normas de armonización que son, dejan cierta libertad a los Estados miembros para que elijan los medios y métodos que consideren oportunos para alcanzar los objetivos de la norma comunitaria de un modo coherente con su ordenamiento interno. Para garantizar plenamente el mantenimiento de los derechos de los trabajadores y de su vínculo contractual en supuestos en los que la empresa cesionaria es una administración, el Estado español podría haber previsto fórmulas de integración compatibles con el sistema de función pública española. Por tanto, en ausencia de dicha regulación cabe entender que no pueden alcanzarse los objetivos de la Directiva a consecuencia de una ejecución incompleta o incorrecta¹⁸⁰ por lo que, habiendo vencido el plazo de transposición, la solución posible se planteará en términos de adquisición de efecto directo, sobre todo, porque se produce en una relación vertical frente al Estado en su condición de empleador¹⁸¹. Por tanto, ahora sí, entraría en juego el principio de primacía frente a cualquier norma interna contraria a los objetivos de la Directiva. Esta eficacia directa y primacía operarán frente a todas las autoridades nacionales (poder legislativo, judicial y ejecutivo/administración) que deberán contemplar una solución que garantice el efecto útil de la Directiva 2001/23/CE.

¹⁸⁰ Algo similar a lo que acontece con el Acuerdo Marco sobre contratación temporal (Directiva 1999/70/CE) y, en especial, su cláusula 5ª, sobre la que hay consenso acerca de sus defectos de transposición en el caso del empleo público laboral y una total ausencia de transposición para el administrativo (véase: M. E. CASAS BAAMONDE, "Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?", cit., p. 937 y ss.).

¹⁸¹ STJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C-343/98, ap. 22 y 23.

B) En cuanto a la segunda cuestión, la eficacia del principio de primacía sobre la norma interna contraria, es preciso distinguir según se entienda que los principios rectores del acceso al empleo público tengan una base jurídica legal o constitucional.

a) Siguiendo la hipótesis de que los principios de igualdad, mérito y capacidad tienen una base de mera legalidad ordinaria en el caso del acceso al empleo público del personal contratado, es claro que de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria el juez nacional tiene la obligación de inaplicar toda norma interna contraria al Derecho de la Unión, por su propia iniciativa y autoridad, para garantizar el principio de primacía. Y ello, con independencia de que se trate de una norma nacional anterior o posterior a la normativa europea infringida. Más concretamente, en el caso de los principios de acceso al empleo público, normativa nacional que es anterior a la Directiva en materia de sucesión de empresas¹⁸², el TJUE ha establecido que la norma de la Unión Europea posterior hace “*inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional*”. Como regla general, la jurisprudencia constitucional acepta la primacía del Derecho comunitario sobre la ley interna, si bien condiciona la libertad de inaplicación de la ley interna contraria al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE o una cuestión de inconstitucionalidad, so pena de incurrir en caso contrario en una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por no agotar todas las garantías procesales. En este sentido, el TC podría revisar las resoluciones de los órganos judiciales y apreciar una vulneración de los artículos 24.1 y 2 CE cuando, existiendo una “*duda objetiva, clara y terminante*” sobre la contradicción, decide inaplicar la ley interna en favor de la norma comunitaria sin plantear cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial. Y en cambio, considera que tales derechos fundamentales no son vulnerados si el órgano judicial no plantea la cuestión prejudicial toda vez que decide aplicar la ley nacional presuntamente contraria al Derecho comunitario basándose en una exégesis racional de la legalidad ordinaria. Con todo, establece como excepción a dicha obligación procedimental la existencia de precedentes en la jurisprudencia europea que eliminen cualquier duda objetiva y terminante el objeto del litigio, es decir, que se considere un «acto aclarado».

Pues bien, en este orden de cosas, no parece razonable admitir que no es un acto aclarado –y además de forma reiterada– que la Directiva es aplicable a supuestos de sucesión empresarial en los que la Administración interviene como cesionaria, debiendo subrogarse en las relaciones laborales concertadas originariamente por una empresa privada al extinguirse la concesión (basta con recordar, entre otras muchas, la doctrina de la STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14). Así como también ha quedado meridianamente claro que, en relación al alcance de la obligación de subrogación en estos supuestos, una norma nacional que exige el sometimiento de los trabajadores afectados a un procedimiento público de selección ha de

¹⁸² Tomando en cuenta la hipótesis seguida de que su rango es de legalidad ordinaria, la extensión al personal laboral se produce por primera vez con el art. 19.1 LMRFP de 1984 (del cual es heredero el art. 55 EBEP-2007 y posteriormente del EBEP-2015) y la adhesión a la UE en 1986 (momento en que resulta vinculante la Directiva 77/187/CEE). Por tanto, son anteriores a la jurisprudencia que extiende el ámbito de aplicación de la Directiva a las administraciones públicas (STJUE de 15 de octubre de 1996, *Henke*, asunto C-298/94) y su posterior positivización por medio de la Directiva 98/50/CE.

considerarse contraria a la Directiva 2001/23/CE (STJUE de 13 de junio de 2019, *Correia Moreira*, asunto C-317/18, ap. 63). Sin perjuicio de que más adelante se analizará esta última resolución con mayor profundidad, de lo que se pretende dejar constancia ahora es de que no hay dudas de que son actos aclarados, por cuanto que determinan de forma inequívoca la incompatibilidad de la norma interna y entrañan un mandato de inaplicación fácil de identificar¹⁸³.

En consecuencia, el juez nacional debería inaplicar el artículo 55 EBEP y sus normas concordantes en tanto en cuanto supongan un obstáculo a la subrogación. Además, conforme a la más reciente doctrina constitucional, el TC también debería actuar en vía de amparo para controlar una correcta aplicación y el respeto del principio de primacía europeo por parte de los tribunales nacionales cuando, ante un acto aclarado, no apliquen la norma comunitaria, pues igualmente quedará vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva a causa de una “*selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable*”, – y tomando prestadas sus propias palabras– “*con independencia del rango de la norma nacional*” (STC n.º 232/2015, citada).

Con todo, debe recordarse que se partía de la hipótesis de que los principios de acceso tienen su base en la legalidad ordinaria nacional, pero ha de advertirse que la cuestión es más compleja si se estima que la igualdad, mérito y capacidad tienen una base constitucional.

b) En efecto, si se entiende que el artículo 14 CE, en relación con el 103.3 CE, otorgan una tutela equiparable a que recibe el ciudadano en el acceso a la función pública administrativa (idéntica relevancia constitucional ya sea empleo público laboral o administrativo), la solución se torna más oscura por las resistencias expresadas por el Tribunal Constitucional al aceptar la primacía del derecho comunitario sobre la Carta Magna. Y es que ha establecido como límites a la primacía del derecho supranacional su incompatibilidad con el respeto a los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho, con las estructuras constitucionales básicas o el respeto a los valores y derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En tal caso, el Alto Tribunal se autoproclama con autoridad y competencia para hacer valer la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Constitución a través de los procedimientos constitucionales pertinentes (DTC 1/2004, citada), de modo que puede actuar conociendo de los recursos de amparo frente vulneraciones indirectas de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales a causa de la aplicación del derecho comunitario. Incluso, recientemente, ha abierto la veda a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE cuando existan dudas razonables sobre la interpretación del Derecho de la Unión y su compatibilidad con la Constitución.

Por el contrario, de acuerdo con la concepción y el alcance que la primacía tiene para el máximo intérprete comunitario, esta abarca incluso normas de rango constitucional, por lo que la alegación de los derechos fundamentales o de los principios que conforman la estructura constitucional nacional no pueden afectar a la validez de un acto vinculante comunitario en el

¹⁸³ Otra cosa es que, aun conteniendo el mandato de inaplicación, surja la discrepancia judicial (M. E. CASAS BAAMONDE, “Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?”, cit., p. 937.)

Estado miembro¹⁸⁴. Y, así mismo, se posiciona en la STJUE *Correia Moreira* (citada), por la que resuelve un supuesto de sucesión empresarial en la que interviene un Ayuntamiento como cesionario. Ante la duda planteada por el tribunal portugués remitente acerca de si dicha subrogación, obviando las previsiones constitucionales y legales que establecen el derecho de los ciudadanos de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y mediante convocatoria y procedimiento selectivo públicos, puede suponer una contradicción con el artículo 4.2 TUE que dispone que la Unión debe respetar la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, el TJUE despacha de un plumazo cualquier atisbo de duda sobre la base de que, en un ámbito competencial como el que concierne, que ha sido transferido a la Unión, el derecho nacional –incluso constitucional–, no puede privar de la protección otorgada a los trabajadores por la Directiva (ap. 61 y 62). La STJUE de 11 de febrero de 2021, *Agrou Nikolaou*, (asunto C-760/18), ya referida con anterioridad, no hace sino que profundizar en esa dirección que marca el asunto *Correia Moreira*. Esta vez, sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE y dentro del ámbito menos drástico de la aplicación del principio de interpretación conforme, pero admite una conversión de fijeza del contrato temporal del empleado público afectado por abusos en la contratación sucesiva, aunque la propia Constitución prevea que el acceso al empleo público deba realizarse mediante oposición o selección con arreglo a criterios predefinidos por la ley y objetivos.

Entre nuestra doctrina judicial cada vez hay más precedentes que entienden que ni las normas constitucionales ni legales que regulan el acceso al empleo público pueden imponerse ante la fuerza del Derecho comunitario sobre transmisión de empresas (SSTSJ Andalucía, Málaga de 24 de junio de 2020, rec. 325/20; de 28 de octubre de 2020, rec. 994/20; de 9 de diciembre de 2020, rec. 1376/20).

No obstante, cabe traer a colación de nuevo las más recientes afirmaciones del profesor SALA FRANCO sobre la controversia que nos ocupa, en las cuales se cuestiona –con base en el artículo 5 TUE que recoge los «principios comunitarios de atribución» para delimitar el ámbito competencial de la Unión y de los «principios de subsidiariedad y proporcionalidad» que deben regir el ejercicio de dichas competencias por esta–, si, en primer lugar, las materias relacionadas con la organización de la Administración como es el acceso al empleo público han sido cedidas a la organización internacional; y, en segundo lugar, partiendo de una respuesta afirmativa a la pregunta anterior, habría que conocer con precisión cuál es el alcance efectivo de la transferencia a efectos de saber si la ordenación interna del acceso al empleo público queda supeditada al ejercicio de la competencia por la Unión Europea.

Aunque el mismo autor muestra sus recelos acerca de que los Tratados Constitutivos y de Adhesión de España a la Unión Europea aporten algo de luz sobre las incógnitas planteadas, sostiene que, de no haberse cedido la materia (primera cuestión), la Directiva habrá incurrido en «incompetencia», por lo que debería ser anulada e inaplicada. Así, continua su argumentación

¹⁸⁴ Por todas, STJUE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70, ap. 3.

diciendo que aun cuando «aparentemente» pudiera haberse cedido la materia (segunda cuestión), cabría que comprobar si existe algún principio o derecho comunitario que proporcione una tutela equivalente al acceso al empleo público en condiciones de igualdad¹⁸⁵. Pues bien, siguiendo el planteamiento apuntado cabe realizar un escrutinio con mayor detenimiento a la distribución material de competencias entre la Unión y sus Estados miembros (3.2.2) y a la posibilidad de alcanzar una solución al conflicto recurriendo a los principios y derechos fundamentales europeos (3.2.3).

3.2.2. Competencias de la Unión Europea sobre la Función Pública nacional

En cuanto a la distribución competencial, puede constatarse con rapidez que nada dice al respecto el Tratado de Adhesión de España a la Unión, y que los Tratados Constitutivos tampoco se pronuncian, pues no consta como competencia exclusiva, compartida, coordinable o complementaria en los artículos 3 a 6 TFUE. Así pues, no se encuentra referencia alguna que permita inferir con claridad si, sobre la materia relacionada con el empleo público y/o la organización de las Administraciones Públicas, pueden realizar algún tipo de intervención las instituciones comunitarias. La única referencia que puede servir para una aproximación preliminar establece que *“la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional”* (art. 4.2 TFUE).

Por consiguiente, en principio, puede entenderse que, como toda competencia no atribuida expresamente a la Unión, corresponderá a los Estados miembros (arts. 2 TUE y 5.4 tercer párrafo TFUE). Siendo esto cierto, la cuestión no es tan sencilla como puede parecer, pues el reparto de competencias entre la comunidad y sus miembros no se asemeja al sistema empleado internamente por las Constituciones nacionales en las que quedan consignadas de forma sistemática y expresa, sino que el método empleado es el denominado «criterio funcional», en virtud del cual la Unión realiza aquellas políticas y acciones que le permitan alcanzar los fines y objetivos necesarios para la consecución del mercado común. Es por ello que los preceptos citados deben cohonestarse con la «cláusula de cierre» prevista en el actual artículo 352 TFUE que establece que *“cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo”*. En consecuencia, al albur de este precepto se han producido continuas ampliaciones y, sobre todo, una gran confusión a la hora de delimitar los contornos precisos de

¹⁸⁵ T. SALA FRANCO, “Dudas que plantea la aplicación de las Directivas comunitarias 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre traspasos de empresas, y 99/70/CE, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada”, cit., pp. 952-953.

los poderes de la Unión, llegando a considerarse que el reparto de competencias “ha sido uno de los puntos negros tradicionales de su estructura constitucional”¹⁸⁶.

En efecto, como punto de partida, son los poderes normativos nacionales quienes deben organizar y regular sus sistemas de función pública de forma exclusiva, siendo la ausencia de competencia de la Unión coherente con la falta de homogeneidad del concepto de empleo público para los diferentes miembros de la comunidad europea¹⁸⁷. Así, se ha señalado que prueba de la intencionalidad de abstención sobre la regulación en esta materia por parte dicha organización supranacional es que incluso cuando el derecho originario o derivado pudieran afectar a las Administraciones Públicas, se ha previsto expresamente su exclusión o se han limitado sus efectos (como es el caso de la libre circulación de trabajadores ex artículo 39.4 TFUE)¹⁸⁸.

Pero a pesar de que muchas de las normas comunitarias se redactaron formal y materialmente sin tener en cuenta su posible incidencia sobre las Administraciones y sus sistemas de función pública, no ha sido un obstáculo para que el Tribunal de Justicia haya acabado extendiendo su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas a través de dos mecanismos: la «interpretación restrictiva» de las excepciones previstas en el derecho positivo de la Unión (ej. la libre circulación de trabajadores); y la «interpretación extensiva» del Derecho derivado para ampliar su aplicación a supuestos no incluidos formalmente (ej. el Derecho social y su aplicación al sector público). A resultas de estas tendencias, ha tenido lugar una evolución jurisprudencial expansiva del derecho comunitario «fragmentaria y singular» que ha afectado a la función pública, aunque su aplicación efectiva quede en última instancia condicionada por la idiosincrasia de cada modelo de función pública interna y, además, haya sufrido matizaciones a causa de la dialéctica mantenida en el trámite prejudicial entre el TJUE y los tribunales internos¹⁸⁹.

Por consiguiente, en coherencia con lo que se expuso al delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2001/23/CE –noción de «actividad económica»– y subjetivo –noción de «trabajador» comunitario–¹⁹⁰, aun cuando la función pública no sea una materia de competencia de la Unión se ve indirectamente afectada por sus normas. Y es que la función pública –o más ampliamente la Administración Pública– cumple una doble función en el derecho comunitario¹⁹¹.

¹⁸⁶ Cfr. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo V: La Constitución como norma*, cit., p. 188. Por esta razón se intentó corregir esta disfuncionalidad introduciendo mediante el Tratado de Maastrich de 1992 los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, actual art. 5 TUE (pp. 188-190).

¹⁸⁷ Con mayor detalle sobre los diferentes modelos de función pública de algunos de los Estados miembro y, en particular, sobre la forma de acceso o selección de empleados, véase: F. LINS DE LESSA CARVALHO, “La función pública en el mundo: rasgos jurídicos, tendencias y retos de siete modelos comparados”, *Ars Juris Salmanticensis*, vol. 7, 2019. Como ejemplo, cabe citar el modelo alemán en el que el principio general que rige la selección de empleados públicos es el mérito evaluado sobre una base documental y el procedimiento más empleado es la entrevista, reservándose los concursos públicos solo para cargos superiores (p. 51).

¹⁸⁸ J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *Función Pública y Derecho Europeo*, cit., p. 18.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 19 y 20.

¹⁹⁰ Capítulo tercero, apartado II.

¹⁹¹ Siguiendo a J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *Función Pública y Derecho Europeo*, cit., p. 23 y ss.

En primer lugar, la Administración y sus servidores públicos cumplen una «función instrumental» como medio para alcanzar la efectividad del Derecho comunitario. Como el resto de instituciones nacionales, son imprescindibles para garantizar la correcta aplicación de las normas emanadas de las instituciones europeas. Así lo hacen tanto en su faceta de poder público como si actúan como empleadores. En este último rol, la Política social comunitaria ha sido una de las materias que más influencia ha ejercido sobre el empleo público, en la medida en que sus disposiciones protectoras se aplican también a las relaciones profesionales concertadas por entidades de derecho público, con independencia de su estatuto funcionarial o laboral, habida cuenta de que afectos del Derecho de la Unión ambos son considerados «trabajadores» y poseen un «estatuto» universal independientemente del tipo del vínculo y la naturaleza del empleador¹⁹². Además, teniendo en cuenta que el instrumento normativo preferente a la hora de adoptar normas de política social es la Directiva, debe recordarse la potencial eficacia directa que puede adquirir ante una eventual inejecución o ejecución parcial de la misma. Aunque como contrapunto, el margen de apreciación y la flexibilidad que proporciona esta fuente normativa permite que cada Estado miembro la adapte a las singularidades de su sistema de función pública. En síntesis, junto con otras disposiciones sociales, resulta de aplicación al empleo público la normativa comunitaria en materia de transmisión de empresas¹⁹³, con las restrictivas excepciones ya estudiadas.

Y en segundo lugar, también cumple una «función económica» por su condición de sujeto participante en el mercado común. La integración europea conllevó la ruptura de los conceptos antagónicos de «mercado» y «Estado» reconociendo que las AAPP pueden actuar dentro de los mercados de obras, bienes y servicios, así como en el mercado de trabajo. La Unión Europea tiene como finalidad esencial el establecimiento de un mercado interior que implique la construcción de un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales quede garantizada. A tal fin, la Unión adoptará todas las medidas necesarias para garantizar su funcionamiento, asegurando el progreso equilibrado del conjunto de sectores (art. 26 TFUE). En consecuencia, las Administraciones también quedan sujetas a los principios y libertades básicas que establecen los Tratados para alcanzar y conseguir crear el mercado común. Y para que el mercado único europeo tenga un correcto funcionamiento se reputa necesaria la preservación de un nivel de competencia óptimo que asegure una eficiente distribución de bienes y servicios. Por tanto, la defensa de la competencia constituye una de las metas fundamentales de la comunidad económica¹⁹⁴. Pues bien, en la medida en que la Administración participa en dicho mercado como sujeto que interviene en la economía le resultan aplicables las normas en materia de competencia para luchar contra las distorsiones al libre juego de la competencia empresarial. Así en la STJUE de 11 de diciembre de 2007, *ETI* (asuntos C- 280/06), entre muchas otras incluyendo las citadas en ella, el Tribunal afirma que “*de la jurisprudencia se desprende que*

¹⁹² L. J. DUEÑAS HERRERO, “Capítulo 44. Empleo Público”, cit., p. 1246.

¹⁹³ Con mayor detalle: J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *Función Pública y Derecho Europeo*, cit., p. 131 y ss.

¹⁹⁴ “*La política de la competencia constituye uno de los ejes organizadores de la Unión y parte nuclear de su para-constitución económica*”. Cfr. J. M. GOERLICH PESET Y OTROS, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado (Resumen ejecutivo)*, cit., p. 43.

el Derecho comunitario de la competencia tiene por objeto las actividades de las empresas y que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación” (ap. 38). Por tanto, no quedan exentas de su cumplimiento las Administraciones y empresas públicas y sus entes dependientes (ap. 47 y ss.)¹⁹⁵. Por cierto, que estas afirmaciones del TJUE recuerdan sobremanera a los argumentos expresados para declarar la aplicabilidad de la Directiva 2001/23/CE a las AAPP, en la medida en que esta última doctrina se ha nutrido de la vertida en torno al derecho de la competencia¹⁹⁶.

Pero, a mayor abundamiento, no solo la creación de un gran mercado continental basado en las libertades de circulación y en los principios básicos de una economía de mercado en la que prima la libre competencia conforman el «ADN» de la Unión, pues, entre sus principios básicos también se pretende alcanzar un adecuado equilibrio entre los objetivos económicos con otros de carácter social, tratando de alcanzar el progreso social, el pleno empleo y las condiciones de trabajo de sus ciudadanos¹⁹⁷ (art. 3 TFUE). Por tanto, la realización del mercado interno lleva implícitos –tal y como se expuso al analizar las finalidades de la Directiva 2001/23/CE¹⁹⁸– otros objetivos para conseguir un adecuado y correcto funcionamiento. Así, la Unión debe velar porque la armonización de las legislaciones nacionales se oriente hacia el progreso social de la comunidad, evitando cualquier posible situación de «dumping social» entre los diferentes miembros. Por esta razón, un principio que debe orientar su actuación es que, “*en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana*” (art. 9 TFUE).

Pues bien, en este orden de cosas, volviendo al ámbito competencial, la Política Social es una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros (art. 4.2.b TFUE) pudiendo legislarse y adoptar actos vinculantes desde ambas instancias. Ahora bien, de conformidad con el artículo 2.2 TFUE “*los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya*” y podrán volver a ejercer “*de nuevo su*

¹⁹⁵ Con mayor detalle: J. ORTEGA BERNARDO, “La aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos y Administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local”, *Información Comercial Española-ICE: Revista de economía*, n.º 876, 2014, p. 57 y ss. En el mismo sentido, se considera que hay una permeabilidad entre el Derecho social europeo y el empleo público nacional que, por otro lado, ha puesto de manifiesto las tensiones existentes entre la lógica administrativa que trata de asegurar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad y la lógica laboral de protección del trabajador (L. J. DUEÑAS HERRERO, “Capítulo 44. Empleo Público”, cit., p. 1269.).

¹⁹⁶ Muestra de ello son las SSTJUE de 14 de septiembre de 2000, *Collino e Chiappero*, asunto C- 343/98, ap. 33; de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10, ap. 43-47; y las sentencias en materia de derecho de la competencia citadas en estas dos sobre transmisión de empresas.

¹⁹⁷ En este sentido: J. CRUZ VILLALÓN, “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 147, 2019, p. 16 y 19. También se ha afirmado que desde hace ya algún tiempo Europa no es un dominio exclusivo de lo económico, sino que deben respetarse otras dimensiones como la social. Véase: L. J. DUEÑAS HERRERO, “Capítulo 44. Empleo Público”, cit., p. 1239 y ss.

¹⁹⁸ Capítulo primero, apartado II.2.

competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”. A pesar de esta suerte de prioridad en la ejecución, en el marco de estas competencias compartidas intervienen los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5.3 y 4 TUE). En virtud del primero, *“la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”*. Mientras que, en virtud del segundo, *“el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”*. En ambos casos, para dar cumplimiento efectivo a dichos principios las competencias se aplicarán de conformidad con el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*. La versión original de este aprobada mediante el Tratado de Ámsterdam en 1997¹⁹⁹ establecía que *“la subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada”*. En la actualidad, en el marco de una competencia compartida, se establece una preferencia por la aprobación de Directivas en lugar de Reglamentos, habida cuenta de que es el mecanismo jurídico que mejor se adapta a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad²⁰⁰. Incluso, estos principios pueden servir como mecanismo de revisión de la Directiva para controlar que no sea excesivamente detallada y «usurpe» al Reglamento su estructura y régimen jurídico, reduciendo la discrecionalidad que debería otorgar a los legisladores nacionales para su adaptación al ordenamiento interno²⁰¹.

Por otro lado, es una materia de normación exclusiva por la Unión *“el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior”* (art. 3.1.b TFUE), de manera que sobre esta cuestión *“sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión”* (art. 2 TFUE).

En este sentido, el artículo 106 TFUE, en su apartado primero dispone que *“los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive”*. Añadiendo el segundo apartado del mismo precepto que *“las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión*

¹⁹⁹ Protocolo n.º 30 (DOUE n.º C 321 de 29-12-06). Actual Protocolo n.º 2 (DOUE n.º C 202 de 07-06-16).

²⁰⁰ En este sentido: D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario”, cit., p. 2341.

²⁰¹ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo V: *La Constitución como norma*, cit., p. 192.

específica a ellas confiada". Entre las prácticas prohibidas en materia de competencia, el artículo 102 TFUE considera la explotación abusiva por parte de una o más empresas o la adquisición de una posición dominante dentro del mercado interno. A modo ejemplificativo, tales prácticas pueden consistir, entre otras, en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes ocasionándoles una desventaja competitiva.

A mi juicio, esto es lo que efectivamente ocurriría si el Estado miembro consintiera un trato privilegiado a sus empresas al inaplicar parte de la Política Social europea cuando participan en el mercado. Más concretamente, si se permitiera que las Administraciones y empresas públicas puedan adquirir una unidad productiva o recuperar la gestión de una entidad económica libre de cargas laborales, se estaría otorgando a estas una posición de ventaja competitiva respecto al resto de empresarios privados, obligando a estos últimos a asumir los costes de la extinción contractual cuando, en realidad, si la transmisión se efectuara a favor de otra entidad privada no sería así, toda vez que los trabajadores mantendrían el empleo. En consecuencia, estas normas de la Política social en los términos expuestos en el TFUE (Título X)²⁰² y en las normas de derecho derivado –preferiblemente Directivas (art. 153.2.b TFUE)–, son aplicables al empleo público. En concreto, por su conexión con la transmisión de empresas adquieren especial relevancia las materias enunciadas en el artículo 152.1.b) a e): las condiciones de trabajo, la protección social de los trabajadores, los derechos de información y consulta y, muy especialmente, la protección de los trabajadores en casos de rescisión del contrato de trabajo, todas ellas tuteladas por la Directiva 2001/23/CE. La propia norma de derecho derivado, en su versión original, hacía referencia a la necesidad de reducir las diferencias de tutela entre los diferentes estados miembros para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior (considerandos n.º 3 y 4 Directiva 187/77/CE). Y en las Directivas 98/50/CE y 2001/23/CE, hace referencia además al punto 7 de la Carta Social, según el cual la realización de mercado interno ha de conducir a una mejora de las condiciones de vida y laborales en el ámbito territorial de la Unión²⁰³.

Creo que a la luz de todas estas consideraciones debería leerse el artículo 130.3 LCSP cuando establece que la Administración vendrá obligada a la subrogación de personal cuando decida asumir directamente la prestación de un servicio externalizado y así lo imponga la normativa legal o la negociación colectiva. Sobre todo, la inclusión de dicho apartado tercero a consecuencia de la aceptación de una serie de enmiendas introducidas al *Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público* durante la tramitación parlamentaria cuya justificación fue *"aportar seguridad jurídica a los licitadores, que en caso de que una Administración tome una decisión*

²⁰² Artículo 151 TFUE: *"La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones [...]".*

²⁰³ También pone de relieve que una inaplicación de la Directiva no sería consentida por el TJUE porque podría dar lugar a una vulneración del Derecho de la Competencia: Á. CEINOS SUÁREZ, "La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas", cit., p. 317.

*unilateral como es la internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las AAPP las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados*²⁰⁴. Y es que, como ya se vio en su momento, la reciente LCSP es considerada como norma de transposición de las nuevas Directivas en materia de contratación pública, entre cuyos objetivos primordiales está la defensa de la competencia, tal y como se desprende de los considerandos y buena parte del articulado de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2015/25/UE²⁰⁵.

Y es que, esto resulta coherente con la noción comunitaria de servicio público abierto a la competencia, es decir, «servicio económico de interés general». Así, pues, a la Unión Europea no le interesa el régimen jurídico de las empresas que presten los servicios de interés general o su forma de prestación, sino la preservación de la competencia empresarial. Es por ello que el Derecho de la Unión adopta una posición neutra respecto a la propiedad pública o privada de las empresas, en tanto en cuanto el artículo 345 TFUE establece que *“los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”*. Ahora bien, cuando las Administraciones y empresas públicas intervengan en el mercado lo harán con pleno sometimiento a las normas de la competencia (art. 106 TFUE). Así como también se parte de un principio de libertad para decidir la forma de prestación de sus actividades, ya sea directa, en colaboración con otras entidades públicas o confiadas a operadores privados. Así consta, por ejemplo, en el considerando n.º 5 de la Directiva 2014/24/UE cuando afirma *“que ninguna disposición de la presente directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos”*. Ahora bien, si deciden externalizar, deberán emplear el cauce de la contratación pública para garantiza la igualdad en el mercado y la defensa de la competencia²⁰⁶.

El derecho y la jurisprudencia interna se han movido en la misma dirección. Por su parte, el Tribunal Supremo ya afirmó, en la STS de 10 de octubre de 1989, que la iniciativa pública económica queda condicionada a la realización del interés general, pero también al respeto a libre competencia, reconociendo que los operadores públicos deben quedar sometidos a las mismas

²⁰⁴ Enmiendas n.º 252, 595 y 877 introducidas (respectivamente) por Esquerra Republicana, Grupo parlamentario Socialista y Grupo Mixto/PDeCAT (BOGC de 02-08-17).

²⁰⁵ Por ejemplo, como se afirma en el considerando n.º 10 de la Directiva 2014/24/UE, *“ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil”*.

²⁰⁶ En este sentido, la administración mantiene una posición de neutralidad competitiva en el mercado tanto cuando desarrolla una actividad económica y presta servicios públicos, como cuando los adjudica a operadores privados. Así la doctrina afirma que *“cuando el sector público (empresas públicas) desarrolla actividades económicas, tales actividades deben llevarse a cabo sin ninguna ventaja o desventaja respecto al resto de operadores, públicos o privados. En otras palabras, no debe privilegiarse la posición de los operadores públicos de manera que estos obtengan ventajas competitivas de las que no dispongan el resto de prestadores, y las utilicen para captar o mantener clientes”*. Cfr. A. COLOMÉ I NIN; S. GRAU I ARNAU, “Remunicipalización de servicios locales y competencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, 2017, p. 147.

cargas y a los mismos riesgos que afectan a las empresas privadas, sin que quepa atribuirles ningún tipo de privilegio, no siendo posibles más excepciones al derecho de la competencia que aquellas que sean estrictamente necesarias para alcanzar los fines del interés general. Y ello es así porque, en definitiva, mediante la defensa de la competencia también se contribuye a la realización del interés general, en la medida en que se optimiza la asignación de recursos en el mercado en beneficio del consumidor, y ello trasladado al ámbito de los servicios públicos se traduce en de servicios de calidad, sostenibles, fiables y al menor coste posible²⁰⁷.

En síntesis, es claro que la potestad regulatoria y organizativa sobre la Administración y la función pública no es a priori competencia de la Unión, pero por influencia de estos dos ámbitos del derecho comunitario –la Política Social y el mercado interior, en especial, las reglas de la competencia–, han ejercido una notable influencia sobre los sistemas de empleo público de los Estados miembros²⁰⁸, por lo que no puede afirmarse que sea una materia complemente ajena al derecho comunitario. Por tanto, los conceptos de «Administración Pública» y de «empleo público» no pueden dejarse a la total discreción de los Estados miembros para no restar eficacia a aquellas materias que constituyen objetivos prioritarios del Derecho comunitario. Y aunque no existe en el derecho supranacional una noción unívoca de ambos, la jurisprudencia comunitaria ha ido conformando una suerte de concepto autónomo aunque de «conformación flexible» y «carácter instrumental» para que no puedan establecerse excepciones a aquellas normas cuya atribución competencial corresponde a la Unión, con mayor razón respecto de aquellas competencias de carácter exclusivo. En este sentido debe entenderse la jurisprudencia del TJUE cuando ha extendido la aplicación de ciertas normas comunitarias a las Administraciones Públicas. Así, se ha afirmado que parece que trata de “*eleva la protección de los derechos a los que pueden afectar las competencias comunitarias, al rango de objetivo comunitario*”²⁰⁹. Y, de igual modo, la afectación normativa en aquellas materias en que expresamente se prevé su aplicabilidad. A mi juicio, la modificación de la Directiva 187/77/CE mediante la Directiva 98/50/CE por la que se extendió el ámbito de aplicación a las Administraciones y empresas públicas debe incluirse en este grupo y debe entenderse amparada por el actual artículo 352 TFUE, en tanto en cuanto que consiste en una acción de la Unión necesaria para alcanzar los objetivos fijados en los Tratados. Por otro lado, tal y como ha manifestado el TJUE, “*la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores*” a efectos del Derecho europeo (STJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, asunto C-103 y 429/18, ap. 54 y las sentencias allí citadas; STJUE de 11 de febrero de 2021, *Agiou Nikolaou*, asunto C-760/18, ap. 48).

Por último, tratando de cerrar este epígrafe de la misma manera que se comenzó, haciendo referencia al artículo 4.2 TFUE como punto de partida para determinar si se está produciendo una invasión de competencias estatales, el TJUE se ha posicionado considerando que la subrogación

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 131.

²⁰⁸ J. Á. FUENTETAJA PASTOR, *Función Pública y Derecho Europeo*, cit., p. 23.

²⁰⁹ M. Á. ALEGRE MARTÍNEZ, “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, cit., p. 122.

laboral de una entidad de derecho público no supone una alteración de las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados, aun cuando el Derecho Constitucional establezca que el acceso al empleo público deba realizarse en condiciones de igualdad y mediante convocatoria pública (STJUE *Correia Moreira*, ap. 61 y 62).

3.2.3 *La aproximación al conflicto desde la perspectiva de los principios y derechos fundamentales del Derecho europeo*

Cabe recordar que otro de los interrogantes que se planteaban para hacer frente al conflicto entre el Derecho comunitario y los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público nacional, era determinar si podría también encontrarse una base jurídica a esta última materia normativa en los Tratados de la Unión Europea.

A) Pues bien, el derecho a la igualdad está incluido en tratados internacionales ratificados por España y por la Unión Europea –en especial el CEDH– así como en la CDFUE. En cuanto al primero, el protocolo n.º 12 –insertado por la revisión del CEDH de 04-11-00–, reconoce “*el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual amparo de la ley*”²¹⁰. Los derechos fundamentales recogidos por el convenio son fruto de las tradiciones constitucionales comunes en Europa, al cuál, la Unión Europea se adhiere como organización supranacional (arts. 6.2 y 3 TUE). En cuanto a la CDFUE, su artículo 20 dispone que “*todas las personas son iguales ante la ley*”, además de ser uno de los valores fundamentales de la Unión Europea (art. 2 TUE)²¹¹. Así, se ha destacado que de ello derivan también posibilidades de defensa jurídica de acceso al empleo público ante el TEDH y TJUE²¹². Por tanto, la duda en este punto consiste en determinar si, de estas disposiciones, puede derivarse un derecho a la igualdad en el acceso al empleo o función pública en términos equivalentes a la legislación ordinaria y constitucional de varios de los miembros de la Unión.

Como punto de partida, es fácilmente constatable que, a la luz de una interpretación literal, no se desprende tal manifestación específica del derecho a la igualdad previsto tanto en el CEDH como en la CDFUE. Puede traerse a colación que si hay autoras que han cuestionado que la Directiva 1999/70/CE sobre contratación temporal sea una expresión del derecho fundamental

²¹⁰ El artículo 14 CEDH establece que “*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”. El precepto no declara la igualdad ante la ley, sino el principio de no discriminación en relación con el disfrute de los derechos reconocidos en el CEDH, lo que se traduce en que solo declara la igualdad en aplicación del texto internacional de forma accesoria al resto de derechos contemplados (A. MANGAS MARTÍN, “Artículo 20. Igualdad ante la ley”, en AA.VV. (Dir. Araceli Mangas Martín) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo.*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 390, fecha de consulta en <https://goo.gl/t4pkBj> el 01-12-20. Cosa bien diferente es el protocolo citado. Véase: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., pp. 335-336.

²¹¹ Hasta la reforma del Tratado de Lisboa, no se había formulado como principio de igualdad de todos los seres humanos ante la ley hasta la adopción de la CDFUE (A. MANGAS MARTÍN, “Artículo 20. Igualdad ante la ley”, cit., p. 391).

²¹² M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., pos. 1807/5385.

contenido en el artículo 21 CDFUE –en tanto en cuanto que entre el catálogo de causas prohibidas de discriminación no se encuentra de forma explícita esta específica manifestación que contempla el Derecho derivado²¹³–, no parece irrazonable plantear, como punto de partida– la misma duda respecto del artículo 20 CDFUE en su vertiente de igualdad en el acceso al empleo público.

Pues bien, al igual que ocurre en el ámbito constitucional, la jurisprudencia del TJUE está enormemente influida por la del TEDH, que incorpora buena parte de sus postulados acerca de la interpretación del artículo 14 CEDH²¹⁴. De ello se derivan, como se va a comprobar seguidamente, numerosas similitudes y equivalencias entre ambas doctrinas hermenéuticas. Así, el máximo intérprete comunitario considera la igualdad como un “*principio fundamental del Derecho comunitario*” que requiere un *tertium comparationis* para analizar su posible vulneración²¹⁵, pues es un «derecho relacional» que no puede predicarse en abstracto, sino que debe proyectarse sobre concretas relaciones jurídicas. A diferencia del derecho a la no discriminación (art. 21 CDFUE) que tiene un carácter pleno y puede invocarse de forma directa, la igualdad requiere una valoración caso por caso para dirimir su posible vulneración²¹⁶.

Aunque el precepto solo hace referencia a la «igualdad ante la ley» y no a la «igualdad en la ley», las dinámicas y la evolución seguidas por los ordenamientos nacionales incorporando esta segunda vertiente, añadido al establecimiento de la igualdad como valor de la Unión (art. 2 TUE) y a la *vis expansiva* de la jurisprudencia comunitaria, han propiciado que también los poderes normativos europeos y nacionales (estos últimos al implementar la norma europea) queden vinculados por el contenido esencial del precepto de la misma forma en que es reconocido por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros²¹⁷. Por consiguiente, el derecho contemplado en el artículo 20 CDFUE obliga tanto al legislador comunitario como a los legisladores nacionales a que, en la ejecución de la normativa europea²¹⁸, de un lado, no diferencien en el

²¹³ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos [Ref. BIB 2017/10797]”, cit., p. 9/37 pdf descargado. M. NOGUEIRA GUASTAVINO, “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, cit., p. 112.

²¹⁴ Por ejemplo, STEDH de 23 de julio de 1968, asunto *lingüístico belga*. Tampoco puede considerarse como novedosa la interpretación de la CDFUE en la medida en que incorpora -y, eso sí, consolida-, criterios y estándares ya establecidos en la jurisprudencia precedente que consideraba la igualdad un Principio Fundamental de la UE.

²¹⁵ SSTJUE de 13 de noviembre de 1984, *Racke*, asunto C-283/83; de 17 de abril de 1997, *EARL*, asunto C-15/95; de 13 de abril de 2000, *Karlson*, asunto C-292/97).

²¹⁶ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos [Ref. BIB 2017/10797]”, cit., p. 10/37 pdf descargado. Razón que parece justificar la escisión de ambos derechos en dos preceptos separados pese a que estén directamente relacionados. AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título III. Igualdad [Ref. TOL7.671.841]”, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 4/135 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 15 diciembre 2020.

²¹⁷ AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título III. Igualdad [Ref. TOL7.671.841]”, cit., p. 3/135 pdf descargado. Sobre la evolución de las Constituciones nacionales y el Derecho originario europeo: p. 2/135 pdf descargado.

²¹⁸ SSTJUE de 25 de noviembre de 1986, *Klensch* y otros, asuntos C- 201 y 202/85; de 17 de abril de 1997, *EARL*, asunto C-15/95; de 13 de abril de 2000, *Karlson*, asunto C-292/97; de 12 de diciembre de 2002, *Rodríguez Caballero*, asunto C-442/00.

ejercicio de sus funciones normativas situaciones sustancialmente iguales salvo que exista una fundamentación objetiva y razonable y, del otro, a establecer una adecuada proporcionalidad entre la eventual distinción normativa y sus consecuencias jurídicas²¹⁹.

a) Por lo que respecta al primer aspecto, el trato igual en la ley se traduce en una generalidad de la misma, lo que no necesariamente debe conducir a la interdicción de diferenciación, que tiene cabida cuando exista una causa objetiva y razonable. Por tanto, “*la regla es el trato paritario y la excepción el trato diferenciado y justificado*”²²⁰. En este sentido, el principio de igualdad exige que no se traten de forma diferente supuestos de hecho comparables y que no sean idénticamente tratados supuestos desiguales, a menos que dicho trato se encuentre justificado de una forma objetiva (SSTJUE de 11 de julio de 2006, *Franz Egenberger*, asunto C-313/04, ap. 33; de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, asunto C-177/10, ap. 65). Al respecto, considero oportuno formular tres precisiones:

La primera consiste en que tampoco la interpretación del TJUE contempla una garantía al trato diferenciado ante supuestos diversos («desigualdad por indiferenciación», «indiscriminación» o «igualación» –aunque no es una cuestión totalmente pacífica–), sino simplemente el derecho a que si el legislador establece excepciones o distinciones sean estas razonables²²¹. Por tanto, instruye una garantía de tratar igualmente a los iguales y simplemente deja abierta la posibilidad de que se trate de forma desigual cuando fuere preciso²²².

La segunda, relativa a los términos de comparabilidad, debe acogerse la idea de que no es necesario que las situaciones sean idénticas. Basta con que sean análogas, examinando la analogía no de forma global y abstracta, sino de un modo específico y concreto. En este sentido, “*la exigencia de analogía entre las situaciones para determinar si existe una violación del principio de igualdad de trato debe apreciarse atendiendo a todos los aspectos que las caracterizan, y en especial al objeto y a la finalidad de la legislación que establece la distinción controvertida*” (STJUE de 22 de enero de 2019, *Cresco*, asunto C-193/17, ap. 42-43²²³). En definitiva, la determinación de una «situación comparable» debe realizarse atendiendo a criterios relevantes, a la finalidad de la norma y a la licitud de introducir factores de diferenciación para tutelar bienes e intereses legítimos del legislador²²⁴. Ahí radica, pues, la dificultad y complejidad del enjuiciamiento, en su

²¹⁹ STJUE de 11 de julio de 2002, *Dhop*, asunto C-224/98, ap. 36.

²²⁰ Cfr. AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título III. Igualdad [Ref. TOL7.671.841]”, cit., p. 4/135 pdf descargado. En el mismo sentido: M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, cit., p. 339.

²²¹ Igualmente, el TJUE incorpora la doctrina del TEDH interpretando el art. 14 CEDH (STEDH de 6 de abril de 2000, asunto *Thlimmenos / Grecia*). STJUE de 8 de febrero de 2018, *Lloyd’s of London*, asunto C-144/77.

²²² A. MANGAS MARTÍN, “Artículo 20. Igualdad ante la ley”, cit., p. 393.

²²³ Con cita de otras anteriores: SSTJUE de 16 de julio de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, asunto C-83/14, ap. 89; de 26 de junio de 2018, *MB*, asunto C-451/16, ap. 42; de 19 de julio de 2017, *Abercrombie*, asunto C-143/16, ap. 25 y jurisprudencia citada.

²²⁴ STJUE de 5 de octubre de 1994, *Alemania / Consejo*, asunto C-280/93.

carácter altamente casuístico y de apreciación subjetiva judicial, lo que entraña la dificultad para extraer pautas generales y propicia, no en pocas ocasiones, resoluciones contradictorias²²⁵.

Y la tercera, referida a la razonabilidad de la causa de diferenciación. La diferenciación no tiene porqué responder a un interés mayor como exige el artículo 21 CDFUE en relación a la prohibición de discriminación, sino simplemente debe responder a una razón objetiva²²⁶. Por tanto, el legislador tiene un amplio margen de apreciación únicamente limitado por la aplicación de un criterio irrazonable, arbitrario y cuyo tratamiento sea desproporcionado. Se considera que concurre una justificación objetiva cuando se persiga una finalidad legítima y la diferencia de trato sea adecuada y necesaria para alcanzar tal finalidad²²⁷, así como cuando se justifique por la existencia de elementos precisos y concretos en relación a la condición de trabajo de que se trate y en el contexto específico en que se enmarque²²⁸. Dicho esto, se admite la justificación cuando la finalidad está explícita o implícitamente contenida en el Derecho de la Unión o, como mínimo, cuando no resulte contraria al ordenamiento comunitario²²⁹. Así, entre otras muchas causas²³⁰, puede resaltarse –por su conexión con el tema objeto de estudio– que se han considerado justificaciones objetivas para exceptuar el igual trato las que puedan estar relacionadas con el interés general²³¹, con la defensa de la competencia²³² o con la persecución de un objetivo legítimo de política social²³³.

b) En cuanto al segundo aspecto, más centrado en las consecuencias jurídicas, la exigencia de proporcionalidad debe entenderse en el sentido de que, frente a supuestos cuya diferencia fáctica sea mínima, no se pueden asignar consecuencias jurídicas de gran magnitud. Así, el enjuiciamiento de la igualdad no solo exige la razonabilidad en el trato desigual atendiendo a la finalidad y a la consecución de un «objetivo legítimo», sino la proporcionalidad de la respuesta jurídica en atención a los medios a emplear para su consecución, pues tanta vulneración al derecho a la igualdad produce un mero voluntarismo selectivo del tratamiento diverso, como una desproporción en las consecuencias aplicables²³⁴. Por tanto, la respuesta jurídica no debe ir más

²²⁵ AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título III. Igualdad [Ref. TOL7.671.841]”, cit., p. 5/135 pdf descargado.

²²⁶ P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos [Ref. BIB 2017/10797]”, cit., p. 11/37 pdf descargado.

²²⁷ SSTJUE de 29 de junio de 1995, SCAC, asunto C- 56/94, ap. 27; de 17 de julio de 1997, *National Farmers’Union*, asunto C-354/95, ap. 61; de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, C-476/99, ap. 39.

²²⁸ STJUE de 5 de junio de 2018, *Grupo Norte Facility*, asunto C-574/16, ap. 54 y jurisprudencia citada.

²²⁹ SSTJUE de 20 de septiembre de 1988, *España/Consejo*, asunto C-203/86; de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, asuntos C- 133 y 300/93.

²³⁰ Véanse todas las citadas en AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título III. Igualdad [Ref. TOL7.671.841]”, cit., p. 5 y 6/135 pdf descargado.

²³¹ STJUE de 27 de octubre de 2005, *Contse SA*, asunto C-234/03.

²³² STJUE de 6 de julio de 2017, *Toshiba*, asunto C-180/16.

²³³ STJUE de 25 de enero de 2018, *Vernaza Ayovi*, asunto C-96/17, ap. 39.

²³⁴ STJUE de 18 de julio de 2013, *Arcelor Atlantique*, asunto C-127/07, ap. 47.

allá de lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo perseguido (STJUE de 13 de noviembre de 2014, *Vital Pérez*, asunto C-416/13, ap. 45).

B) No obstante, el Derecho a la igualdad debe ponderarse en estos supuestos con otros derechos tutelados mediante la Directiva 2001/23/CE. En especial, el artículo 30 CDFUE que dispone que “*el trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*”. Dicho precepto, inspirado en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada (CSE revisada²³⁵), establece una protección frente al despido injustificado basado en el interés en tutelar la estabilidad o continuidad en el puesto de trabajo. A su vez, debe ponerse en relación con el artículo 15 CDFUE que recoge el «derecho al trabajo» –también reconocido por el artículo 1.2 CSE revisada y por el punto 4 de la CDSFT– y constituye un Principio General del Derecho comunitario. El artículo 30 es una manifestación específica del derecho al trabajo (*lex specialis*)²³⁶. Ambos preceptos, en contra de lo que pudiera parecer en una primera aproximación, tienen naturaleza de verdaderos derechos subjetivos de rango fundamental, por lo que no son meros principios contemplados en la Carta. Por consiguiente, la más inmediata consecuencia es que tienen eficacia directa plena, generando obligaciones entre particulares y frente al Estado²³⁷.

Ahora bien, conviene matizar que el artículo 15 no comprende *per se* un derecho a que se ponga a disposición de su titular (todo trabajador, incluyendo empleados de las AAPP) un puesto de trabajo, pero tampoco se circunscribe a un mero reconocimiento de libertades públicas de los trabajadores –nótese su inclusión en el Título II de la CDFUE «Libertades»–. Si bien es cierto que necesita de un desarrollo normativo para regular aquellas cuestiones que quedan comprendidas dentro de su contenido esencial, en la medida en que se produce esta intervención por parte de la Unión Europea el derecho fundamental «se activa» y adquiere eficacia incluso en relaciones horizontales. Por tanto, no se limita al mero reconocimiento de las libertades de «elección» y «acceso» a la profesión, trabajo u oficio, sino que también comprende, por así entenderlo la

²³⁵ El texto original de la CSE fue firmado el 18 de octubre de 1961, Turín. Ratificado el 29 de abril de 1980 (BOE n.º 163 de 26-06-80). Su actual versión, revisada el 3 de mayo de 1996, Estrasburgo, sigue pendiente de ratificación por España, aunque recientemente el Gobierno de España ha manifestado su intención de ratificarla próximamente (véase: https://www.eldiario.es/economia/consejo-ministros-da-primer-paso-ratificar-carta-social-europea-garantiza-derechos-dignidad-trabajo_1_6400298.html).

Artículo 24 CSE. Derecho a protección en caso de despido.

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”.

²³⁶ AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título IV. Solidaridad [Ref. TOL7.671.840]”, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 63-64/238 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 15 diciembre 2020.

²³⁷ *Ibid.*, p. 62/238 pdf descargado. AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título II. Libertades [Ref. TOL7.671.842]”, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 116/298 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 15 diciembre 20.

jurisprudencia europea, garantías para aquellos que «ya han accedido» al trabajo u oficio²³⁸. En materia de sucesión de empresas el derecho al trabajo cristaliza en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE y en las diversas manifestaciones que ha contemplado el TJUE: 1) la sustracción de la autonomía de la voluntad de las partes en la subrogación; 2) la libre decisión del trabajador de no continuar la prestación con el nuevo empresario a pesar de no poder oponerse a la transmisión de su contrato de trabajo; y 3) en la imposibilidad de renuncia o disminución de los derechos adquiridos, a pesar de contar con el consentimiento del trabajador. Como deja constancia la STJUE de 16 de diciembre de 1992, *Katsikas y otros*, asuntos C-132, 138 y 139/91 (ap. 28-32), admitir lo contrario violaría los derechos fundamentales del trabajador.

Por su parte, el artículo 30 CFUE también contempla un verdadero derecho de los trabajadores a la protección ante al despido injustificado, aunque para su concreción remite al propio Derecho comunitario y las legislaciones nacionales²³⁹. Los poderes normativos supranacionales e internos disponen de un amplio margen para su configuración, pero están obligados en todo caso a dispensar la tutela que el precepto fundamental reconoce, otorgando una garantía reaccional a sus titulares cuando los poderes públicos no cumplan con su obligación. Es decir, la apreciación y discrecionalidad de estos últimos se basa en el «cómo» y no en «si debe existir o no» dicha protección²⁴⁰. Aunque el ordenamiento comunitario no ha acometido una regulación general de la materia, las instituciones comunitarias han dictado múltiples disposiciones de Derecho derivado al amparo del artículo 153.1.d TFUE –que contempla entre los objetivos de la Política Social la protección de los trabajadores por rescisión del contrato–. En especial, ha hecho uso de su potestad normativa mediante Directivas, habida cuenta del carácter compartido

²³⁸ AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título II. Libertades [Ref. TOL7.671.842]”, cit., p. 177/298 y ss. pdf descargado. En particular, p. 138/298; sobre el ámbito subjetivo del derecho: pp. 120-121/298 pdf descargado.

En el mismo sentido, se afirma que, con carácter general se trata de una libertad más que de un derecho subjetivo, de ahí su ubicación sistemática. Sin embargo, su ejercicio tiene una dimensión económica y social evidente, pero que queda condicionado a su desarrollo por parte del Derecho comunitario, de modo que el artículo 15 CDFUE ha servido esencialmente para interpretar y otorgar eficacia al Derecho Derivado. Más concretamente el «derecho a trabajar» reconocido en el apartado primero, ha de entenderse en el sentido de que, tanto la Unión como los Estados miembros, cuando aprueben normas de Derecho Derivado, no pueden dificultar o impedir el acceso o el ejercicio del derecho a los nacionales de los Estados miembros. Esta interpretación, por otro lado, resulta acorde con la concepción del mismo derecho en los tratados internacionales, en el art. 1.2 CSE y en la mayoría de constituciones nacionales. Mayor eficacia tienen las libertades reconocidas en el apartado dos habida cuenta de que están también recogidas en otras partes del Derecho Originario. Véase: J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 15. Libertad profesional y derecho a trabajar”, en AA.VV. (Dir.Araceli Mangas Martín) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo.*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 324-326 y 330, fecha de consulta en <https://goo.gl/t4pkBj> el 01-12-20.

²³⁹ Se trata de derecho social de tercera generación inspirado en Tratados internacionales aunque con escasa implantación en las constituciones nacionales de los Estados miembros. Véase: M. LÓPEZ ESCUDERO, “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, en AA.VV. (Dir.Araceli Mangas Martín) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 513-514, fecha de consulta en <https://goo.gl/t4pkBj> el 01-12-20.

²⁴⁰ AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título IV. Solidaridad [Ref. TOL7.671.840]”, cit., p. 61/238 y ss. pdf descargado. En el mismo sentido se ha considerado que el art. 30 CDFUE garantiza un derecho de naturaleza individual a no ser despedido sin causa, por lo que supone un rechazo por parte del derecho de la Unión Europea al despido libre o injustificado (M. LÓPEZ ESCUDERO, “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, cit., p. 526 y ss.).

de la competencia y del debido respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que deben regir. Entre muchas otras, que incluyen la triada de Directivas aprobadas a finales de los años setenta para hacer frente a las consecuencias de las reestructuraciones de empresas²⁴¹, interesa la prohibición de despedir que contiene el artículo 4 de la Directiva 2001/23/CE²⁴², que, en el ámbito estrictamente privado, se ha considerado que supone una fuerte limitación a la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 CDFUE²⁴³. De esta manera la transmisión de una entidad económica es considerada por el Derecho de la Unión Europea una causa injustificada de despido a los efectos del artículo 30 CDFUE²⁴⁴. Debe tenerse especialmente en cuenta este precepto porque si la Administración opta por reasumir una actividad externalizada y la empresa contratista se queda sin oportunidad de negocio, con alta probabilidad recurrirá al despido de la plantilla²⁴⁵.

C) Para responder a una de las preguntas que se planteaban más arriba, de todo lo dicho hasta ahora debe dirimirse si, de acuerdo con el contenido esencial del derecho a la igualdad contenido en el Derecho comunitario (art. 20 CDFUE) puede plasmarse en el ámbito de acceso al empleo público como límite efectivo a la subrogación por parte de un cesionario público. Eso sí, ahora analizado desde la específica óptica del ordenamiento europeo. Pues bien, con carácter general, como concluíamos en el análisis de la doctrina constitucional no hay dudas de que las Administraciones deben seleccionar a su personal en base a reglas de carácter objetivo para no vulnerar la igualdad. Serviría de apoyo normativo para esta afirmación el artículo 9 TUE que dispone que *“la Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos...”*. Si bien, lo que no puede acogerse es la idea de que en un supuesto de sucesión de empresas suponga un impedimento absoluto, con mayor fuerza si cabe que en el caso del análisis del ordenamiento español. Y ello porque debe ponderarse con otros derechos fundamentales imbricados y, a diferencia de lo que ocurre en el plano constitucional –haciendo alusión al art. 35 CE–, aquí el derecho a la igualdad y el derecho a la protección frente al despido derivado del artículo 30 CDFUE – en relación con el art. 15 CDFUE– tienen mismo rango y eficacia.

A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que de conformidad con la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni* (asunto C- 399/11), el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 53 CDFUE²⁴⁶ para responder a una cuestión prejudicial interpuesta por el TC español. Al albur del

²⁴¹ En materia de despido colectivo, insolvencia empresarial y transmisión de empresas (Capítulo 3).

²⁴² M. LÓPEZ ESCUDERO, “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, cit., pp. 519-522. También AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título IV. Solidaridad [Ref. TOL7.671.840]”, cit., p. 64/238 pdf descargado. De forma más explícita señalan los autores que la Directiva 2001/23/CE constituye uno de los sustratos fundamentales del art. 30 CDFUE (pp. 61, 68 y 70/238 pdf descargado).

²⁴³ AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título IV. Solidaridad [Ref. TOL7.671.840]”, cit., p. 75/238 pdf descargado. Sobre el alcance preciso de este último derecho (art. 16 CDFUE) en relación a la sucesión de empresas, véase AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título II. Libertades [Ref. TOL7.671.842]”, cit., pp. 150-154/298 pdf descargado.

²⁴⁴ M. LÓPEZ ESCUDERO, “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, cit., p. 527 y 528.

²⁴⁵ J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 45.

²⁴⁶ **Art. 53. Nivel de protección.** *“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de*

precepto y en relación con los derechos de tutela judicial efectiva y derechos de defensa reconocidos por los artículos 47.11 y 48.2 CDFUE, el intérprete constitucional español consideraba que el artículo 53 autoriza a que un Estado miembro aplique el estándar de protección de los derechos fundamentales garantizado por su Constitución cuando sea más elevado que el derivado de la Carta, pudiendo oponerle, en su caso, a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión. El TJUE rechazó de pleno tal interpretación considerando que *“es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”* (ap. 60). Y es que, refrendar la interpretación del Tribunal Constitucional acerca del artículo 53 CDFUE *“menoscaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado”* (ap. 58).

Aunque el TC limitó la «utilidad»²⁴⁷ de la respuesta del TJUE al ámbito del artículo 24.2 CE, rebajando el estándar de protección de dicho precepto respecto a su doctrina tradicional del mismo para adaptarla a las interpretaciones del TJUE y del TEDH, continuó reivindicando –en la línea mantenida con su DTC 1/2004– su concepción de la primacía y recordando la advertencia de que en caso de que el Derecho de la Unión llegase a ser irreconciliable con la Constitución, debería prevalecer la soberanía del pueblo español y la supremacía de la Carta Magna. Resolución que, como ya se analizó, no resultó pacífica en el seno de la Sala habida cuenta de que contiene dos votos particulares²⁴⁸. Con todo, el TJUE ha proporcionado una conceptualización del contenido de los derechos recogidos en la CDFUE, imponiendo a los Estados miembros por aplicación del principio de primacía un «estándar máximo o absoluto»²⁴⁹. Por tanto, la consecuencia más inmediata es que el nivel de protección de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Carta Magna deberá adaptarse al contenido de aquellos otros coincidentes con los de la CDFUE.

Y ello, trasladado al caso que nos ocupa implicaría, a mi juicio, dos cosas. De un lado, que el principio de igualdad (art. 20 CDFUE) aplicado al acceso al empleo público no puede elevar su

aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

²⁴⁷ Siguiendo la exposición de M. E. CASAS BAAMONDE, “Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?”, cit., pp. 940-941.

²⁴⁸ STC n.º 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3.

²⁴⁹ El estándar mínimo vendrá determinado por el CEDH y las interpretaciones del TEDH, con base en el artículo 52.3 CDFUE: *“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.*

estándar de protección para equipararse al contenido en el ordenamiento español, si con ello afecta “al nivel de protección previsto en la Carta” (ap. 60 STJUE *Melloni*). Es decir, no puede suponer un límite absoluto la igualdad en el acceso a la función pública de modo que impida garantizar la subrogación contractual que, en el Derecho de la Unión es una manifestación de la protección frente al despido injustificado que este otorga. Y del otro, que en el plano comunitario el derecho a no ser despedido sin justa causa –manifestación de la estabilidad en el empleo– se sitúa al mismo nivel que el derecho a la igualdad (a diferencia de lo que ocurre en el ámbito nacional entre el artículo 35 CE y los artículos 14 y 23.2 CE), por tanto, uno no puede prevalecer sobre el otro, sino que ambos deberán ponderarse para acomodarse al principio de proporcionalidad que debe imponerse²⁵⁰.

Ahora bien, no puede ignorarse que, en determinados supuestos conocidos por el TJUE, la aplicación del Derecho social comunitario se ha matizado para permitir su conciliación con principios y normas propios del Derecho de la Función Pública. Así, interpretando la Cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre contratación de duración determinada, en la STJUE de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu* (asunto C-53/04) el Tribunal estimó que la Directiva 1999/70/CE no se opone a que la norma nacional, ante un abuso en la contratación temporal por parte de un empleador público, excluya como sanción la adquisición de fijeza o indefinición de la relación laboral tal y como dispone para un empleador privado, siempre que el ordenamiento interno contemple otra medida efectiva y equivalente para prevenir y sancionar tales abusos. Y es que el legislador nacional debe tener en cuenta las necesidades concretas de los distintos sectores de actividad y categorías de trabajadores, y puede introducir diferencias siempre que respondan a una razón objetiva como es la exigencia de superar un proceso selectivo para acceder a un puesto de trabajo fijo en la función pública nacional (ap. 45-57).

Igualmente, ha considerado que la necesidad de observar los procesos de selección por concurso de empleados públicos y la exigencia preservar el estatuto de los funcionarios públicos que hayan accedido de acuerdo con tales procedimientos constituye una razón objetiva para que la normativa nacional que adapta el Acuerdo Marco no prevea la posibilidad de transformar los contratos de trabajo de duración determinada en indefinidos, aun cuando se haya producido un uso abusivo por parte de la empleadora pública –previsión normativa que se acompaña de una modificación constitucional que prohíbe de forma absoluta la adquisición de fijeza después de la entrada en vigor de la Directiva 1999/70/CE–, siempre y cuando, se contemple una medida equivalente teniendo en cuenta las particularidades de cada situación concreta (STJUE de 23 de abril de 2009, *Angelidaki y otros*, asuntos C-378, 379 y 380/07, ap. 71, 135, 138 y 180)²⁵¹. Y

²⁵⁰ En este sentido: J. CRUZ VILLALÓN, “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, cit., p. 21. “Cuando nos enfrentamos al reconocimiento al máximo nivel jurídico (constitucional o en los Tratados internacionales) de dos derechos la fórmula más generalizada es la de partir de la premisa de que ninguno de los dos derechos puede concebirse de forma absoluta [...] A partir de ahí, se tiende a la búsqueda del equilibrio entre ambos preceptos, para lo que se acude al juego del principio de proporcionalidad como instrumento de la limitación mutua”.

²⁵¹ En el caso concreto la norma interna contiene disposiciones imperativas sobre la duración y la renovación de los contratos de duración determinada, aplicando las tres medidas preventivas enumeradas en la cláusula 5,

mediante la STJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez* (asuntos C-103 y 429/18) el Tribunal de Justicia haya dado su beneplácito para que la transformación como trabajador fijo en caso de abusos en el uso de contratos de duración determinada quede “*excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un procedimiento selectivo*” (ap. 130).

Aunque debe advertirse que más recientemente también ha determinado, otra vez respecto al Derecho helénico y dando una vuelta más a las consideraciones que ya formuló en el anterior asunto *Angelidaki*, que en virtud del principio de interpretación conforme pueden aplicarse “*las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público*” (STJUE de 11 de febrero de 2021, *Agíou Nikolaou*, asunto C-760/18, ap. 75). Así, el profesor BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ entiende que resulta difícil la extrapolación de esta última sentencia al caso español habida cuenta de las consideraciones que establece la primera²⁵². En cambio, a mi entender no es tan claro, pues en la última de las sentencias –como en el asunto *Angelidaki*– admite la exceptuación de tal sanción de fijeza única y exclusivamente ante la existencia de otras medidas efectivas y equivalentes. De hecho, el TJUE interpela al órgano judicial nacional para que compruebe si existen tales medidas alternativas y si son eficaces, formulándole –tal y como a acuñado el profesor ROJO TORRECILLA– una «pregunta retórica»²⁵³. Tanto es así que al responder a la pregunta judicial incluye expresamente la declaración de fijeza entre las disposiciones de derecho interno dirigidas a sancionar el abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, pudiendo ser interpretada y aplicada por el juez nacional. Asimismo, en el asunto *Sánchez Ruiz*, pese a la afirmación antes citada –que, a mi juicio, se formula *obiter dicta* por cuanto que el TJUE decide no responder a la cuestión prejudicial por entenderla hipotética– cuestiona la eficacia de muchas de las medidas nacionales que pueden emplearse para sancionar o disuadir de los abusos en la contratación temporal como convocar el proceso selectivo en plazo, la habilitación de procesos de consolidación del empleo, transformación de los empleados en indefinidos no fijos y concesión de una indemnización extintiva (ap. 92-106). Además recuerda que, con carácter general, la Cláusula 5 “*no impone a los Estados miembros una obligación de transformar en contratos por tiempo*

además del pago al trabajador perjudicado de una indemnización por despido, mientras que el autor de la infracción puede ser objeto de sanciones penales y administrativas. Por tanto, contiene medidas efectivas a fin de evitar y sancionar los abusos equivalentes a las empleadas en el sector privado (ap. 187 y 189).

²⁵² I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “Abuso en la temporalidad, el requisito de la sucesión de nombramientos y las prórrogas automáticas (a propósito de la STJUE 11 de febrero 2021, C-760/18, *Agios Nikolaos*)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [11-02-21]*), fecha de consulta 16 febrero 2021, en <https://ignasibeltran.com>.

²⁵³ E. ROJO TORRECILLA, “Siguen (casi en la misma línea que en casos anteriores) las aportaciones del TJUE sobre los efectos jurídicos de la contratación temporal contraria a derecho y los límites al empleo fijo en el sector público. Notas a la sentencia de 11 de febrero de 2021”, en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo [14 febrero 2021]*), fecha de consulta 17 febrero 2021, en <http://www.eduardorjotorrecilla.es>. Aunque también entiende que no parece que vaya a producir cambio alguno en la jurisprudencia interna, pero debido a la tendencia creciente del Tribunal Supremo de impedir que estos casos se adquiriera la condición de fijo reivindicando la existencia de la figura del indefinido no fijo.

indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. No obstante, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”. Y es que, cuando se ha producido tal utilización abusiva, “es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes” (ap. 87 y 88).

En otro orden de cosas, tales diferencias de trato conservan la objetividad de su motivación también cuando se materializa en relación con las «condiciones de trabajo» a las que se refiere la Cláusula 4ª del Acuerdo Marco. En este punto, el TJUE ha estimado que el artículo 96.2 EBEP, en virtud del cual un despido disciplinario de un empleado público fijo declarado improcedente implica la readmisión obligatoria, no es contrario al principio de igualdad por comparación con la consecuencia prevista para el trabajador público temporal o indefinido no fijo, admitiéndose para estos últimos que no sea readmitido y se compense mediante una indemnización. Y es que en tal caso se están preservando los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público fijo (STJUE de 25 de enero de 2018, *Vernaza Ayovi*, asunto C-96/17, ap. 42-46). Aunque por otro lado tampoco ha descartado que, al amparo de esta Cláusula 4ª, quepa declarar la fijeza cuando proceda recalificar un contrato temporal a la vista de la imprevisibilidad en su finalización y de su duración inusualmente larga (STJUE de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos*, asunto C-677/16, ap. 64).

En cualquier caso, no hay problema en admitir que los principios de acceso al empleo público pueden constituir una razón objetiva que permite la aplicación desigual de la normativa sobre contratación de duración determinada prevista por el Derecho derivado. Sin embargo, los casos de sucesión empresarial por una Administración son diferentes y no puede extenderse igual conclusión. Y es que también desde la lógica del Derecho europeo hay razones adicionales que permiten trazar una separación entre ambos supuestos ordenados por el derecho derivado.

Por un lado, se basan en una diferencia determinante entre ambas normas comunitarias de derecho derivado, pues mientras el Acuerdo Marco sobre contratación temporal no puede adquirir eficacia directa vertical por su falta de concreción (se impone a los Estados miembros la obligación de adoptar medidas eficaces para la prevención de la utilización abusiva de la contratación temporal, pero no contempla las específicas sanciones para la constatación del abuso²⁵⁴, de manera que “*un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de su Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco*”²⁵⁵), la Directiva en materia de sucesión de empresas es –cabe reiterar– clara, precisa e incondicional en cuanto al contenido y el alcance de la obligación de subrogación. Tanto es así que, sin perjuicio de que haya

²⁵⁴ Por todas, STJUE de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, ap. 71, 78 y 79. Por lo que no es posible determinar suficientemente la protección mínima que debería aplicarse con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo marco, sin perjuicio de que se trate de suplir esta falta de eficacia mediante el mecanismo de la interpretación conforme (STJUE de 23 de abril de 2009, *Angelidaki y otros*, asuntos C-378, 379 y 380/07, ap. 196 y ss.).

²⁵⁵ STJUE de 20 de marzo de 2020, *Sánchez Ruíz y otros*, asuntos C-103 y 429/18, ap. 120.

sido reconocido en diversas ocasiones por el TJUE, no puede obviarse es que el artículo 44 ET se expresa en términos prácticamente idénticos a los de la Directiva 2001/23/CE.

Y por otro lado, también es diferente atendiendo a la propia finalidad de las normas comparadas. En el caso de la Directiva 1999/70/CE el objetivo es disuadir y prevenir efectivamente abusos por la utilización sucesiva de contratos temporales dejando a los Estados miembros la elección de los medios para alcanzar el fin. Así, el TJUE ha entendido que la transformación de las relaciones laborales en indefinidas no tiene la misma capacidad disuasoria en el empleo público que en el privado, pues en el primero es el conjunto de la sociedad quien asume sus consecuencias económicas y no el empresario infractor²⁵⁶. En cambio, la Directiva 2001/23/CE tiene por objeto garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento del empleo en casos de cambio de empleador por traspaso de empresas, centros de actividad, partes de empresas o de centros de actividad. Y la expresión «en la medida de lo posible» introducida por el tribunal de Luxemburgo no ha supuesto un obstáculo para imponer idénticas consecuencias al sector público que en el sector privado incluso cuando, tal y como ocurre en el asunto *Correia Moreira*, es necesario superar un proceso selectivo para acceder al empleo público, por lo que no parece que dentro del margen de apreciación que tienen los poderes públicos nacionales para ejecutar la Directiva pueda constituir un condicionante.

²⁵⁶ STJUE de 23 de abril de 2009, *Angelidaki y otros*, asuntos C-378, 379 y 380/07, ap. 69, 79 y 84.

Obstáculos legales para la subrogación laboral del ente público

I. EL PROCEDIMIENTO SELECTIVO DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y SU INCUMPLIMIENTO ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Dejando de lado la cuestión acerca de la virtualidad de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la selección de personal laboral al servicio de las AAPP, no puede ignorarse que el artículo 55 EBEP extiende dichos principios al reclutamiento de cualquier tipo de empleado público. Se ha considerado que el precepto es la «clave de todo el sistema de empleo público»¹, representa la confluencia en sede legal de los principios constitucionales, condicionando el derecho a acceder al empleo público no solo a estos, sino también al conjunto de normas jurídicas que establece el Estatuto². De ello deriva la existencia de un procedimiento legal que se traduce en una serie de reglas, requisitos sustantivos y procedimentales, que dejan a la Administración sin apenas margen de libertad, tanto en lo relativo a la selección del trabajador en cuestión como en relación al momento de la incorporación efectiva al puesto de trabajo³. Este procedimiento selectivo se enmarca en un procedimiento administrativo en sentido técnico-jurídico que es iniciado con la convocatoria pública y termina con la proclamación de las candidaturas⁴.

En consecuencia, con independencia de la cuestionada relevancia del derecho constitucional en relación al personal contratado persiste en cualquier caso una garantía legal de naturaleza procedimental cuya vulneración se sanciona con la nulidad de pleno derecho y que puede incluso adquirir trascendencia penal⁵ –aunque recientemente el Juzgado de lo Penal de Ourense, en su Sentencia de 15 de enero de 2021, proc. 177/20, no ha apreciado delito de prevaricación ex art. 404 CP por falta de concurrencia de los elementos del tipo cuando las trabajadoras fueron asumidas por el Ayuntamiento en virtud de una sucesión empresarial, por lo que no podía exigirse en aquel caso la existencia de un procedimiento selectivo, ya que la contratación hubo de asumirse forzosamente a resultas de la subrogación laboral–.

¹ AA.VV. (COMISIÓN DE EXPERTOS), *Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, p. 89.

² A. MÁRQUEZ PRIETO, “Contratación y acceso al empleo público”, cit., p. 161.

³ T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 47.

⁴ A grandes rasgos y tratando de simplificar al máximo, el complejo procedimiento por el cual se garantiza el derecho fundamental se traduce en el “conjunto de pasos a través de los cuales la correspondiente organización pública manifiesta la voluntad de dotarse desde el exterior de nuevos empleados, convoca a los potenciales aspirantes, lleva a cabo la selección objetiva, proclama a los candidatos seleccionados y finalmente los contrata laboralmente”. Cfr. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 85.

⁵ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., Pos. 1806/5385.

Así las cosas, la cuestión conflictiva analizada en este trabajo no solo debe ser estudiada desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, sino también atendiendo a la legalidad ordinaria, pues no todo incumplimiento del procedimiento adquiere la trascendencia constitucional necesaria para motivar un Recurso de Amparo. Dicho con otras palabras, es factible que un conflicto en el acceso al empleo público supere el juicio de constitucionalidad pero incurra en una infracción legal del procedimiento selectivo. En este sentido se ha pronunciado el TC, entre muchas otras, en la STC n.º 73/1998, de 31 de marzo, aunque en relación al derecho a la igualdad del personal administrativo, cuando afirma que *“el art. 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE”*. Por tanto, *“la conexión existente entre el art. 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de las mismas (que normalmente supondrá una vulneración de los principios de mérito y capacidad que a través de las mismas se actúan) implique infracción del derecho fundamental lo que sólo existirá cuando se produzca una diferencia de trato o, como en otros casos se ha sostenido, una quiebra relevante del procedimiento, que haría arbitraria la decisión que en esas condiciones se dictase”* (FJ 3).

Así, esta garantía legal –derivada de la garantía constitucional de la «predeterminación normativa»– se proyecta especialmente en el ámbito de aplicación de las normas sobre el procedimiento de selección por parte de la Administración contratante, y que implica la actuación de los Jueces y Tribunales ordinarios en el control de la regularidad del proceso selectivo. En este orden de cosas, se pretende dirimir ahora cuál es la consecuencia sobre las relaciones laborales cuando acaece una infracción en la selección de personal que no vulnera el derecho a la igualdad. Para ello, se tratarán, de un lado, los principales bloques normativos que disciplinan la selección, mediante una breve y somera aproximación, para dar cuenta de qué obligaciones legales pueden comportar la nulidad del procedimiento administrativo (2). Por otro lado, se analizarán las consecuencias que las infracciones administrativas tienen sobre los contratos de trabajo celebrados al albur de un proceso selectivo nulo (3). Antes se aludirá al sistema de fuentes que ordena la selección, siquiera para evidenciar de forma sucinta la complejidad y heterogeneidad de normas potencialmente vulnerables (1). En fin, se tratarán las diferencias existentes cuando la entidad del sector público contratante queda sometida al derecho privado (4).

1. El sistema de fuentes que ordena la selección de personal

Antes de mencionar las concretas obligaciones debe hacerse referencia al sistema de fuentes que puede desarrollar el contenido normativo del derecho a la igualdad en el empleo público, extraordinariamente complejo por su “*profusa y plural regulación normativa ordinaria*”⁶.

Como derecho de configuración legal, su desarrollo normativo descansa esencialmente en la ley⁷, aunque cabe hacer dos precisiones. De un lado, que no se trata de una reserva de ley de carácter absoluto que impida el desarrollo reglamentario, ya que la variedad de situaciones y detalles que es preciso aplicar a un colectivo tan diverso y heterogéneo como este justifica su colaboración⁸. Ahora bien, lo que no podrá hacer es incorporar nuevos requisitos y condiciones que limiten el acceso al empleo sin cobertura legal, “*estableciendo criterios innovativos de diferenciación donde el legislador no había diferenciado*”⁹.

Y del otro lado, que en virtud del sistema de competencias constitucional se atribuyen al Estado las bases del régimen jurídico de las Administraciones y del régimen estatutario de sus funcionarios, así como, en exclusiva, la legislación laboral¹⁰. Pero el reclutamiento de personal laboral no es una materia propia del derecho social por cuanto que es previa al nacimiento del contrato y no se adscribe al contenido y régimen jurídico del mismo. En consecuencia, tanto el acceso al empleo público funcional como laboral son subsumibles dentro de la noción de la legislación básica referida por el artículo 149.1.18 CE que habilita a las Comunidades Autónomas para su desarrollo legal, derivando en una “*constelación de leyes y reglamentos, estatales, autonómicos y de otros ámbitos*” con una gran heterogeneidad normativa sobre la materia¹¹.

A) Por tanto, la referida legislación básica queda recogida en esencia en el Capítulo I del Título IV del EBEP –dedicado al acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio (arts. 55-61)–, cuya regulación es directamente aplicable en todas las AAPP. No obstante, el EBEP necesita un desarrollo que proviene de diversas fuentes normativas y de diverso ámbito¹².

⁶ Su regulación es “*producto de un enmarañado, disperso y polémico sistema de fuentes*”. Cfr. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 65.

⁷ Extremo que se constata en la propia letra de los arts. 23.2 y 103.3 CE y la reserva de ley que establecen.

⁸ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Artículo 103”, cit., p. 466.

⁹ Pero es perfectamente posible la remisión legislativa al reglamento para “*complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, si bien la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí ignorando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos*” (Cfr. STC n.º 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6, y las numerosas SSTC por ella citadas).

¹⁰ DF 1 EBEP, en relación con los arts. 149.1.18 y 149.1.7 CE.

¹¹ Cfr. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 66. Reivindica el autor que podría plantearse una regulación estatal más homogénea en la medida en que desarrolla un derecho fundamental, lo que permitiría una intervención estatal más intensa al amparo del art. 149.1.1º CE no limitada a la legislación básica.

¹² **Artículo 6 EBEP. Leyes de Función Pública.** “*En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas*”.

B) Por lo que respecta a los ámbitos territoriales, pueden destacarse las siguientes normas:

a) En la Administración General del Estado (AGE) el régimen de acceso al empleo público se complementa con lo dispuesto en el artículo 19.2 LMRFP –no derogado– y por el *RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la AGE* (en adelante, RGI)¹³ –en tanto no se apruebe un desarrollo específico y no se oponga al EBEP (DF 4).

b) Por parte de las Comunidades Autónomas hay un notable desarrollo en sus respectivas Leyes reguladoras de la Función Pública, así como muchas de ellas cuentan con reglamentos de desarrollo autonómicos, siendo de aplicación solo en ausencia de estos el RGI (art. 1.3 RGI).

c) Más compleja es la situación en las Entidades Locales en las que, además de la legislación básica general (EBEP), también tienen tal carácter las previsiones para la selección de empleados públicos locales contenidas en los artículos 91 y 103 LBRL y 177 del *RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local* (TRRL)¹⁴. Además, deben tomarse en consideración la normativa legal y reglamentaria dictada por las Comunidades Autónomas para el personal de las Entidades Locales situadas en su territorio, aunque no todas han acometido tal labor. En su ausencia, y al menos a nivel reglamentario, será aplicable el RGI y el *RD 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local*¹⁵.

C) Además, junto a la regulación general dictada por el Estado, debe destacarse la existencia de numerosas disposiciones legales que ordenan regímenes singulares para determinados tipos de empleados públicos y que contienen previsiones específicas sobre la materia del acceso al empleo público¹⁶.

Una nota característica consustancial a toda la regulación referida es la parquedad en previsiones específicas para el acceso al empleo público del personal laboral, siendo de aplicación en numerosos aspectos idénticas reglas que para el personal funcionario, ya sea por remisión expresa o por aplicación supletoria.

¹³ BOE n.º 85 de 10-04-95. A pesar de regular por separado la selección del personal funcionario y laboral, la regulación de este último es escasa. El art. 29.1 RGI dispone que “*las convocatorias deberán someterse a lo previsto en el Título I del presente Reglamento y a los criterios generales de selección que se fijen por el Ministerio para las Administraciones Públicas*”.

¹⁴ BOE n.º 96 de 22-04-86.

¹⁵ BOE n.º 142 de 15-06-91.

¹⁶ Por citar algún ejemplo: arts. 29 y ss. *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud* (BOE n.º 301 de 17-12-03; en adelante EM); o art. 48 *Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades* (BOE n.º 307 de 24-12-01; en adelante LOU). Ésta última en la medida en que no contempla los sistemas selectivos será de aplicación supletoria la regulación del EBEP (art. 2.5 EBEP).

D) Aunque no tiene carácter de fuente normativa, también deben tenerse en cuenta las reglas sustantivas y procedimentales establecidas en las ofertas de empleo público anuales –tanto estatales como de ámbito territorial–, pues, en relación con el personal laboral cuentan con un amplio margen de libertad, dentro del debido respeto a los principios rectores de acceso.

E) Cabría plantearse en último lugar cuál es el eventual papel de la negociación colectiva. Con anterioridad al EBEP, los vacíos de regulación en torno al acceso al empleo público laboral y las dudas sobre la aplicación supletoria del desarrollo reglamentario previsto para los funcionarios públicos se suplían mediante una controvertida intervención de los convenios colectivos aplicables a los empleados públicos en las diferentes AAPP. Era controvertida porque no parece que abordar tales cuestiones fuera defendible desde la perspectiva del posible contenido normativo del convenio a la luz de los artículos 82.2 y 85.1 ET pues, como con acierto afirma el profesor VIVERO SERRANO¹⁷, ni existen todavía relaciones laborales individuales constituidas sobre las que negociar derechos y obligaciones, pues los titulares del derecho son ciudadanos y la Administración no actúa como poder público y no como empleadora; ni hay relaciones colectivas que habiliten a la representación legal o sindical de los trabajadores a defender un interés laboral. No estamos, en consecuencia, ante una materia laboral que entrañe intereses individuales o colectivos de índole laboral, sino de una materia de carácter estrictamente administrativo referida a la satisfacción de un interés público. Por tanto, los procesos de selección del personal son cuestiones jurídico-públicas ajenas al ámbito de actuación de la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE), motivo por el cual su intervención era rechazada con contundencia por la doctrina¹⁸.

Con la aprobación del Estatuto se incluyen dos referencias en torno al posible contenido normativo del convenio sobre esta materia. Por un lado, el artículo 37.1.c EBEP establece que serán materias objeto de negociación “*las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos*”. Por su parte, el artículo 37.2 EBEP regula como materias “*excluidas de la obligatoriedad de negociación*”: e) “*la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional*”. Sin perjuicio de la desafortunada redacción, especialmente, del apartado segundo en el que el legislador no expresa con claridad si la exclusión de la obligación de negociar implica una verdadera prohibición, la doctrina científica viene entendiendo que deben negociarse las normas que fijen los criterios generales, pero que las concretas bases aplicables a un determinado proceso selectivo quedan excluidas¹⁹. En todo caso, dicha negociación tendrá un

¹⁷ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 74-76.

¹⁸ Por todos, J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 193.

¹⁹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Contratación”, en AA.VV. (Dir. Miguel Cardenal Carro; Antonio V. Sempere Navarro; Coord. Francisco J. Hierro Hierro) *El personal laboral al servicio de las corporaciones locales*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pp. 204-206; en el mismo sentido, “*lo que se negocia es la normativa que ha de regir estas materias, no las concretas bases de cada proceso de selección, provisión o promoción profesional de los funcionarios públicos*” (Cfr. R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 28).

reducido margen de actuación habida cuenta de la reserva de ley sobre estas materias (art. 103.3 CE), debiendo concretar y detallar lo previsto legal y reglamentariamente para garantizar la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procedimientos selectivos²⁰.

2. Las principales reglas de la selección de personal

2.1. Requisitos de acceso, órganos de selección y sistemas selectivos

Las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad son garantizadas mediante el conjunto de reglas que componen el proceso selectivo. Dicho proceso, además, debe observar también los siguientes principios rectores (art. 55.2 EBEP): 1) publicidad de las convocatorias y de sus bases; 2) transparencia; 3) imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección; 4) Independencia y discrecionalidad técnica en su actuación; 5) adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y, 6) agilidad en su desarrollo sin perjuicio de la objetividad. Todos ellos se concretan en dos grandes bloques normativos que pretenden ordenar la composición y actuación de órganos de selección y las pruebas selectivas a desarrollar. Además, a los aspirantes se les exige una serie de requisitos generales y específicos que, como se ha adelantado, solo mediante ley pueden ser exigidos, sin que puedan ser alterados mediante reglamento o las bases de la convocatoria. Estas cuestiones están reguladas con carácter básico en el EBEP, si bien se trata más de “*principios necesitados de ulterior desarrollo y concreción que de reglas autosuficientes*”²¹ por lo que no puede perderse de vista la regulación contenida en el resto de normas en función de su ámbito concreto²².

²⁰ El Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP recomendó la total exclusión de la negociación colectiva de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso y promoción profesional, en el bien entendido de que son “*materias que afectan al derecho fundamental de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, respecto de las cuales la Administración ejerce potestades públicas por esencia, que no pueden ser objeto de renuncia o transacción. Son las normas objetivas, elaboradas exclusivamente en cumplimiento de aquel derecho fundamental, y las decisiones de los órganos públicos responsables de aplicarlas las que deben garantizar la igualdad de oportunidades entre quienes ya son empleados públicos y los que no lo son o entre unos y otros grupos de empleados*”. Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

²¹ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 85. En el mismo sentido, se afirma que la inclusión de estos principios jurídicos en el EBEP no garantiza suficientemente que se plasmen de forma adecuada en los procedimientos selectivos previstos, salvo que se desarrollen normativamente. Véase: A. MÁRQUEZ PRIETO, “Contratación y acceso al empleo público”, cit., p. 155 y 166.

²² Para un conocimiento más extenso de las instituciones normativas que someramente se van a nombrar, cabe remitir a T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., pp. 47-53; J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 86-134; F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., pp. 174-154; L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., pp. 97-254; R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 21-24; 30-36 y 96-97.

A) En cuanto a los requisitos previstos con carácter básico en el artículo 56 EBEP, que son igualmente aplicables a personal sometido al Derecho laboral como al Derecho administrativo, se agrupan en generales²³ y específicos²⁴.

B) El segundo bloque de obligaciones se relaciona con el funcionamiento y composición de los órganos de selección (art. 60 EBEP) para garantizar que la selección de empleados públicos se base efectivamente en el mérito y capacidad²⁵.

C) Mayor interés a los efectos de este estudio tienen los sistemas objetivos a través de los cuales se realizará la selección y evaluación del mérito y la capacidad. Tres son los modelos previstos en el EBEP: la oposición, el concurso-oposición y el concurso. Conviene fijar siquiera unas ideas básicas ahora por cuanto que servirán de fundamento para posteriores consideraciones.

De acuerdo con el artículo 4.2 RGI *“la oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación²⁶; el concurso, en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos, y el concurso-oposición, en la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores”*. De modo que se trata de un listado cerrado que veta la aplicación de técnicas propias del sector privado tales como la simple entrevista o la libre designación pues son incompatibles con los principios de mérito y capacidad²⁷. Ahora bien, nada impide que para asegurar la objetividad y racionalidad de la selección se complementen con técnicas como la superación de cursos, realización de prácticas, exposición de currículos, pruebas psicotécnicas, entrevistas, reconocimientos médicos, etc. (art. 61.5 EBEP).

²³ Véase apartado IV.1.

²⁴ Podrán exigirse siempre y cuando se establezcan *“de manera abstracta y general”* y *“guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar”* (art. 56.3 EBEP).

²⁵ Y también en lo referente a su configuración proporcionando las siguientes pautas: en primer lugar, la misma deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros (STC n.º 85/1983, de 25 de octubre, FJ 8). Por este motivo, queda excluida la participación del personal de designación política y eventual de un lado, y del otro la de los funcionarios interinos, para evitar injerencias políticas de los primeros y porque los segundos no dejan de ser parte interesada en la selección habida cuenta de que carecen de inamovilidad del cargo. En este sentido, aunque expresamente no se mencionen puede entenderse incluido también en la prohibición al personal laboral temporal (R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 95 y 96.). En segundo lugar, que la participación de sus miembros será a título individual, sin que quepa actuar en representación o por cuenta de nadie, lo que excluye la participación de sindicatos y representantes de los trabajadores, sin perjuicio de otras fórmulas de control sindical o de colaboración previstas en la ley (arts. 31.6 y 61.7 EBEP). Y, en fin, tendrá carácter paritario en materia de género. En cualquier caso, son reglas mínimas son ampliamente desarrolladas por las correspondientes leyes de la función pública, normas reglamentarias y bases de la convocatoria correspondientes.

²⁶ El art. 61.2.2º EBEP dispone que *“las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas”*.

²⁷ STS de 29 de enero de 1987. Igualmente: SSTSJ Canarias (CA), Tenerife, de 27 de octubre de 1998, rec. 1946/96; Castilla y León (CA), de 2 mayo de 1997 rec. 296/96.

Como punto de partida, debe señalarse que, independientemente del sistema a emplear, la selección debe regirse por una serie de principios: 1) su carácter abierto garantizando la libre concurrencia, sin perjuicio de las medidas de discriminación positiva y lo establecido para la promoción interna; 2) la adecuación entre el tipo de pruebas a realizar, incluidas las pruebas prácticas y los requerimientos del puesto de trabajo; 3) la adecuada valoración de los méritos profesionales; y 4) la adecuada relación entre el número de candidatos propuestos por los órganos selectivos y el número de plazas a cubrir (arts. 61.1, 2, 3 y 8 EBEP).

Sin embargo, hay diferencias sustanciales en cuanto a las preferencias por uno u otro sistema según se trate de personal funcionario o laboral. Para el primero, el concurso o valoración de méritos tendrá un carácter excepcional que solo podrá aplicarse cuando una norma con rango legal así lo disponga. Así las cosas, la selección debe ajustarse básicamente a la oposición y el concurso-oposición, que incluirán una o varias pruebas para constatar la capacidad de los aspirantes y establecer un orden de prelación. Para el segundo, en cambio, se establecen los tres sistemas mencionados pero sin otorgar al concurso de méritos idéntico carácter excepcional (arts. 61.6 y 7 EBEP), lo que abre mayores posibilidades de utilización de este sistema que en el caso del personal funcionario y establece así cierta diferenciación con respecto a este²⁸.

Esta libertad en la elección del sistema selectivo para el personal laboral se reproduce en los distintos niveles territoriales²⁹. Más concretamente, en el ámbito estatal, ni la normativa reglamentaria, ni los Reales Decretos de oferta de empleo público, ni el Convenio Colectivo único para el personal laboral de la AGE establecen prelación alguna. Algo más dispares se muestran las leyes de la función pública de las Comunidades Autónomas y sus normas reglamentarias de desarrollo, pues van desde formulas que reproducen el esquema de neutralidad de la legislación básica estatal; a otras que muestran una clara preferencia por la oposición o concurso-oposición sin descartar el concurso de méritos; y algunas que directamente apuestan por la simple valoración de méritos formativos, profesionales y de otro tipo como regla general. Así mismo, a los entes locales, además de la normativa autonómica que así lo prevea será aplicable la legislación del Estado –que sigue la misma pauta de neutralidad–. En este sentido, el artículo 177.1 TRRL remite al artículo 103 LBRL para la selección del personal laboral, y este último dispone que “*será seleccionado por la propia Corporación, atendándose en todo caso a lo dispuesto en el art. 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos*”. El citado artículo 91 LBRL, en su apartado segundo, dice que la selección “*debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de*

²⁸ T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 50.

²⁹ Véase el estudio realizado por: J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 92-100; más reciente: R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 31-33.

concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad³⁰.

En resumen, el marco normativo deja un amplio margen de libertad para la elección del sistema selectivo que frecuentemente se concreta en las bases de la correspondiente convocatoria. Y esta libertad se traduce en la práctica en una opción preferente por el concurso-oposición o incluso el mero concurso de méritos, lo que ha sido criticado por la doctrina habida cuenta de la desconfianza que genera en torno a la excesiva relajación de los principios de mérito y capacidad cuando se trata de personal laboral, lo que carece de sentido por la clara coincidencia de funciones entre uno y otro tipo de empleados en la práctica –sin perjuicio del art. 9.2 EBEP–. Por tanto, no se entiende que se facilite el recurso al sistema de concurso de méritos en detrimento del más objetivo sistema de oposición, “convirtiendo la selección de contratados laborales fijos «de iure» en «light» y «de facto» en sospechosa³¹. O, en el mismo sentido, porque proporciona amplias posibilidades para conformar convocatorias *ad personam* con base en una deliberada elección de los méritos y baremos aplicables³². No debe extrañar, en consecuencia, que esta flexibilidad de las reglas de selección haya contribuido a la laboralización de la función pública y al extraordinario crecimiento de entidades del sector público sometidas al derecho privado, constituyendo dos vertientes de la «huida del derecho administrativo»³³.

En este orden de acontecimientos, se ha destacado que las diferencias introducidas por el legislador en relación al procedimiento de selección entre el personal laboral y el funcionario, han provocado que la contratación de personal laboral haya sido un fenómeno al servicio del clientelismo, por sus deficientes garantías de objetividad³⁴ y su cuestionable respeto a los principios de mérito y capacidad, por lo que “los procesos de contratación de personal laboral han sido una continua fuente de escándalos en el ya mencionado sector público empresarial, pero también en la Administración Local”³⁵. Por consiguiente, “unos, los funcionarios, siguen ingresando por medio de exámenes públicos con programas conocidos y ante tribunales formados por

³⁰ A nivel reglamentario, el RD 896/1991, en relación al personal laboral de carácter fijo establece en su DA 2ª: “La selección de este personal se hará por concurso, concurso-oposición u oposición libre, teniendo en cuenta las condiciones que requiera la naturaleza de los puestos de trabajo a desempeñar de conformidad con las bases aprobadas por el Pleno de la Corporación y respetando siempre los sistemas de promoción profesional, rigiéndose todo ello por sus reglamentaciones específicas o convenios colectivos en vigor”.

³¹ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 95. Ver, a su vez, toda la doctrina científica citada por el autor en el mismo sentido.

³² F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 238. En idéntico sentido se afirma que permite la configuración de las pruebas en atención a perfiles concretos para tipos concretos de candidatos (A. MÁRQUEZ PRIETO, “Contratación y acceso al empleo público”, cit., p. 169).

³³ L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 255 y ss.

³⁴ F. CASTILLO BLANCO, “Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 86, 1995, p. 187 y ss.

³⁵ Cfr. J. Á. FUENTETAJA PASTOR, “De la Función Pública en tiempos de crisis a la crisis de la Función Pública”, en AA.VV. (Dir. Jesús A. Fuentetaja Pastor y Josefa Cantero Martínez) *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 86.

*especialistas, mientras que los otros, los laborales, lo hacen generalmente –aunque hay excepciones– gracias a la herramienta mellada de la imposición del dedo o de unas pruebas en las que predomina el compadreo político o sindical*³⁶.

Mención aparte requieren los sistemas selectivos para el personal laboral no permanente sobre los cuales que el marco normativo guarda un silencio casi total. En el ámbito estatal la única referencia la contempla el art. 35.1 RGI que ordena que “*los Departamentos ministeriales podrán proceder a la contratación de personal laboral no permanente para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo, previo informe favorable de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda*” y que “*dichos contratos se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad, y ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral y de acuerdo con los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas*”. En el ámbito autonómico, igualmente, se aprecia cierta disparidad en las correspondientes leyes de la función pública, aunque cabe destacar la práctica cada vez más frecuente de recurrir a las denominadas «bolsas de empleo» o «listas de espera»³⁷ que permiten compatibilizar las exigencias de mérito y capacidad con mayores dosis de agilidad y eficacia administrativa, aunque en no pocas ocasiones se ha puesto en duda que exista una verdadera compatibilidad y su idoneidad³⁸.

En síntesis, aunque no existan dudas de que los principios de mérito y capacidad rigen para todo tipo de personal público, por la «equiparación legal» entre funcionarios y laborales (art. 55 EBEP)³⁹, la práctica revela deficiencias en la selección de contratados y escasas garantías, en la medida en que no hay mecanismos concretos y detallados que garanticen la efectividad de los aludidos principios rectores de acceso al empleo público⁴⁰.

2.2. Actos previos a la selección de personal

Previo al inicio del procedimiento selectivo el ente público debe seguir ciertas actuaciones para constatar la existencia de una necesidad de personal, determinar y cuantificar objetivamente los efectivos que va a precisar para prestar las actividades que pretende acometer y verificar la disponibilidad de recursos financieros necesarios para sufragar su coste. Estas actuaciones o pasos previos a la selección son básicamente tres: A) la previsión de las vacantes a cubrir en la «Relación de Puestos de Trabajo» (RPT); B) la «dotación presupuestaria» de las plazas a cubrir;

³⁶ F. SOSA WAGNER, “Empleados públicos: festival de leyes”, *Diario El Mundo* (20-09-2007), Acceso a través de L. Fernández Delpuech, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad...*, cit., p. 259.

³⁷ En cuanto a su régimen jurídico y funcionamiento, por su carácter reciente, merece la pena remitir a R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 99 y ss.

³⁸ Véase T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., pp. 51-52. Así como los autores citados en esta obra.

³⁹ J. GIL PLANA, “La selección del personal laboral de las Administraciones Locales”, cit., p. 21.

⁴⁰ L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 260.

y C) su inclusión en la «Oferta de Empleo Público» (OEP)⁴¹. Este bloque de actuaciones conecta también con diversos principios constitucionales, en especial, los de objetividad y eficacia, así como aquellos otros de índole presupuestaria (art. 133.4 y 135 CE). No es ocioso dejar constancia aquí de estos actos administrativos porque algunos deben realizarse igualmente aunque no se desarrolle un proceso selectivo y se integre el personal por subrogación del empleador público, sin perjuicio del régimen jurídico de integración que luego se desarrollará.

A) El primer paso que deben llevar a cabo necesariamente las AAPP para dotarse de nuevo personal fijo es modificar su «Relación de Puestos de Trabajo o instrumento equivalente». De conformidad con el artículo 74 EBEP “*las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares*”. Son por tanto un acto administrativo⁴² que sirve, tal y como reza el título del precepto, para la ordenación de los puestos de trabajo. En este sentido, el antiguo artículo 15.1 LRMFP –no derogado y aplicable en el ámbito de la AGE, así como con carácter supletorio en el resto de Administraciones– las define como “*el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto [...]*”. Y continúa añadiendo que “*la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las relaciones de puestos de trabajo*”. Por tanto, además de ser el instrumento esencial para la gestión de recursos humanos en el sector público, predetermina el perfil subjetivo y objetivo del puesto de trabajo al que deben acomodarse las bases y la convocatoria del posterior proceso de selección de personal⁴³.

Por lo demás, la RPT o el instrumento equivalente que, en todo caso será público⁴⁴, ha de cumplir con un contenido mínimo prefijado por el artículo 74 EBEP que incluirá la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas al que se encuentren adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Se trata de una regulación flexible que permite un amplio margen de maniobra, teniendo en cuenta la

⁴¹ Véase: M. L. MOLERO MARAÑÓN, *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, cit., p. 26 y ss.; J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 86 y ss.; M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 301 y ss.

⁴² Esta es la naturaleza jurídica que le atribuye la jurisprudencia actual, negando su consideración como norma jurídica lo cual tiene importantes consecuencias en el plano sustantivo y procesal. Véase SSTS (CA) de 5 de febrero de 2014, rec. 2986/12; más recientemente: AATS (CA) de 7 de julio de 2016, rec. 2244/15; de 3 de noviembre de 2016, rec. 1422/16. Con mayor detalle sobre la evolución: M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, “Litigiosidad de las relaciones de puestos de trabajo”, en AA.VV. (Coord. José Manuel Gómez Muñoz) *La reforma de las Administraciones Públicas y el Empleo Público*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales, 2015, p. 127 y ss. Véase también: M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. Pos. 1687/5385.

⁴³ Véase J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 88, y todos los autores por él citados.

⁴⁴ Aunque no es obligatoria la publicación en los diarios oficiales de toda modificación que sufra la RPT, periódicamente se lleva a cabo. Eso sí, se debe garantizar el acceso del ciudadano a conocer en todo momento su contenido (M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., pos. 1671/5385.).

heterogeneidad que caracteriza a las diversas Administraciones Públicas⁴⁵. Con todo, a estos requisitos deben añadirse los contemplados en el artículo 15.1 LMRFP en aquellas administraciones en que resulte aplicable y en tanto en cuanto no contravenga lo dispuesto por el precepto estatutario o las correspondientes leyes de la función pública (DF 4.2 EBEP)⁴⁶. Entre estos últimos deben destacarse: los requisitos exigidos para su desempeño; y el número y características de los puestos que pueden ser desempeñados por personal funcionario, por personal eventual y por personal laboral. Al hilo de este último, incide la norma en que, a salvo de tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada, “*la provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, requerirán que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones*”. Por tanto, la contratación del personal laboral requiere que el puesto de trabajo previamente se catalogue en la RPT como susceptible de ser desempeñado por este tipo de personal, por supuesto, con la debida observancia del límite imperativo derivado de los artículos 11.2 y 9.2 EBEP y el resto de normas concordantes sobre la reserva de funciones al personal funcionario⁴⁷. Además, también debe tomarse en consideración lo preceptuado en el artículo 15.1.c LMRFP acerca de los puestos que pueden clasificarse como funcionariales o laborales en las RPT.

B) Además de la exigencia anterior, las plazas vacantes incluidas en la RPT que pretendan cubrirse deben contar con la correspondiente dotación presupuestaria para sufragar los costes del personal, no pudiendo proveerse plazas en el empleo público de carácter permanente que no cuenten con dicha consignación para no vulnerar el principio de legalidad presupuestaria⁴⁸.

Aunque el EBEP no contiene referencias específicas sobre la misma, la «Plantilla Presupuestaria» o «Plantilla Orgánica» es un instrumento esencialmente organizador del personal que se aprueba conjuntamente con los presupuestos⁴⁹, se incluye como anexo al mismo, y refleja las plazas de la RPT presupuestariamente dotadas⁵⁰. En este sentido, debe traerse a colación el

⁴⁵ Con mayor detalle: F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 257. Aunque la discrecionalidad de la que gozan las AAPP no es absoluta. Es máxima cuando se trata de crear o suprimir puestos de trabajo (en virtud del principio de autoorganización), pero más limitada cuando se trata de definir los requisitos de acceso al puesto. Véase: M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., Pos. 1655/5385.

⁴⁶ Las leyes de la función pública autonómicas suelen incluir previsiones similares y el artículo 90.2 LBRL remite a la legislación básica sobre función pública. Véase: M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 303. En todo caso, el art. 16 LMRFP, con carácter de norma básica, disponía antes de su derogación que “*las comunidades autónomas y la Administración local formarán también la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberá incluir, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Estas relaciones de puestos serán públicas*”.

⁴⁷ La STS de 14 de julio de 1993, rec. 2150/91, confirma que la ley impone la determinación de qué puestos pueden ser desempeñados por funcionarios o laborales. En el mismo sentido, la doctrina: T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 43.

⁴⁸ STS (CA) de 28 de noviembre de 2007, rec. 1128/03.

⁴⁹ STS (CA) de 20 de octubre de 2008, rec. 6078/04.

⁵⁰ L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 315. Con mayor detalle: M. I. BOCINOS RIOBOÓ, “Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos

artículo 14.3 y ss. LMRFP que establece que “*las plantillas de los diferentes Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado, así como las del personal laboral, serán las que resulten de los créditos establecidos en la Ley de Presupuestos*”. Por su parte, las Comunidades Autónomas determinarán las Plantillas de todo su personal en sus respectivas Leyes de Presupuestos y las Administraciones locales también fijarán las suyas anualmente en su Presupuesto, incluyendo los puestos de trabajo de todo su personal⁵¹. Es clara, por tanto, la vinculación existente entre la política presupuestaria y política de personal que debe seguir cada Administración Pública⁵². Por consiguiente, las Asambleas Legislativas estatal y autonómicas y el Pleno de las corporaciones locales tienen una notable influencia en la determinación de la estructura de la función pública⁵³.

Del mismo modo que es evidente la relación y coordinación que debe haber entre la RPT y la Plantilla de personal. En este sentido, mientras que la RPT es el único instrumento técnico a través del cual se ordena el personal en función de las necesidades de los servicios y se puede modificar el contenido del puesto de trabajo, la Plantilla tiene una finalidad predominantemente de ordenación presupuestaria con efectos esencialmente económicos⁵⁴, pues su aprobación “*no es sino la aprobación de una partida de los presupuestos, que podrá prever un número de funcionarios menor que el establecido en la RPT (al existir por ejemplo vacantes que por motivos presupuestarios se decida no cubrir) pero que no puede contradecir en el contenido, naturaleza y*

humanos, especial referencia a la administración local (I)”, *Revista Digital CEMCI*, n.º 6, 2010, pp. 1/27 y ss. pdf descargado el 09-09-20 de <https://revista.cemci.org/numero-46/numeros-disponibles?a=2010>, fecha de consulta en <https://revista.cemci.org/numero-46/numeros-disponibles?a=2010> el 9 septiembre 2020.

En palabras de la STSJ Asturias (CA) de 30 de noviembre de 2010, rec. 236/10, las “*plantillas de personal se pueden configurar como un instrumento de carácter más bien financiero o presupuestario de ordenación del gasto que constituye una enumeración de todos los puestos – o mejor plazas – que están dotados presupuestariamente, debiendo incluir tanto a los funcionarios como al personal laboral y eventual, cuya finalidad es delimitar los gastos de personal al relacionar todos los que prevé para un ejercicio presupuestario siendo la base para habilitar la previsión de gastos en materia de personal y consignar los créditos necesarios para hacer frente a las retribuciones en materia de personal, hasta el extremo de que su aprobación y modificación está estrechamente ligada a la aprobación y modificación del presupuesto de la Corporación en el ámbito local*”.

⁵¹ En el ámbito local, el art. 90.1 LBRL dispone que “*corresponde a cada Corporación local aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual. Las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general*”. Por su parte, el art. 126.1 TRR establece que “*las plantillas, que deberán comprender todos los puestos de trabajo debidamente clasificados reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, se aprobarán anualmente con ocasión de la aprobación del Presupuesto y habrán de responder a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. A ellas se unirán los antecedentes, estudios y documentos acreditativos de que se ajustan a los mencionados principios*”.

⁵² En este sentido: J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 87; F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 256.

⁵³ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. Pos. 1701/5385.

⁵⁴ Por ello no se precisa su negociación colectiva previa [STS (CA) de 16 de noviembre de 2001, rec. 7185/97]. La plantilla orgánica “*consiste en la simple cuantificación y enumeración de los puestos de trabajo de cada Administración para establecer los correspondientes créditos presupuestarios, sin mayor detalle que la denominación de los puestos, su adscripción a cuerpos o escalas y el número de plazas*”. Véase: M. J. IZU BELLOSO, “*Notas sobre la Plantilla Orgánica en las Administraciones Públicas*”, *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 34, 2002, p. 187.

número máximo de plazas, a las previsiones previstas en la RPT⁵⁵. En síntesis, la Plantilla es un instrumento de ordenación cuantitativo de recursos humanos mientras que la RPT es cualitativo⁵⁶, aunque en determinadas AAPP de reducido tamaño la RPT se sustituye por la propia «Plantilla de Personal» o, en su caso, por un catálogo de puestos de trabajo menos formalizado⁵⁷.

La sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha determinado que si la aprobación de la Plantilla se realiza a través del presupuesto, necesariamente su modificación requerirá una modificación presupuestaria⁵⁸. En el ámbito local, este requisito procedimental queda expresamente recogido en la norma, que señala que la modificación de la misma durante la vigencia del presupuesto requerirá seguir trámites de modificación de aquel (art. 126.3 TRRL), que, para garantizar los principios de racionalidad económica y eficiencia, debe unirse al expediente los antecedentes, estudios y documentos acreditativos (art. 126.1 TRRL), son pena de nulidad por defecto de motivación⁵⁹. Además, entre los supuestos en los que se prevé la posibilidad de modificar la plantilla de personal se encuentra el de la “*ampliación de servicios de carácter obligatorio que resulten impuestos por disposiciones legales*”, sin perjuicio de las limitaciones específicas contenidas en leyes especiales o coyunturales (art. 126.2 TRRL).

El acuerdo aprobatorio de la Plantilla se configura como disposición normativa de carácter general y no como mero acto administrativo⁶⁰, por lo que a efectos procesales son asimiladas a los presupuestos de la Administración y son impugnables en los mismos términos que estos⁶¹.

C) El último requisito o exigencia previa a la selección del personal consiste en convocar la «Oferta de Empleo Público» u otro instrumento similar para la provisión de personal. Al respecto, el artículo 70.1 EBEP determina que “*las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos*”. Por tanto, es un instrumento clave para la planificación de recursos humanos y la ordenación del empleo público mediante la cual se satisfacen las necesidades de personal de las Administraciones Públicas con la publicación de las vacantes existentes para proceder a su cobertura.

⁵⁵ STS (CA) de 20 de octubre de 2008, rec. 6078/04. En el mismo sentido, SSTS (CA) de 28 de junio de 2011, rec. 6756/09; de 30 de junio de 2011, rec. 5133/09; de 25 de junio de 2012, rec. 2583/11; de 9 de abril de 2014, rec. 514/13.

⁵⁶ M. I. BOCINOS RIOBOÓ, “Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos, especial referencia a la administración local (I)”, cit., p. 4/27 pdf descargado.

⁵⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., Pos. 1701/5385.

⁵⁸ STS (CA) de 3 de febrero de 1997, rec. 259/96.

⁵⁹ SST (CA) de 19 de diciembre de 2011, rec. 6009/08.

⁶⁰ SSTS (CA) de 24 de enero de 1995, rec. 6552/91; de 28 de septiembre de 1998, rec. 9104/96.

⁶¹ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. Pos. 1701/5385.

Como afirma la doctrina, “se trata de un instrumento de planificación que toma al máximo órgano de cada Administración (el Gobierno, los Consejos de Gobierno) como actor y que se conforma como la concreción en cuerpos y escalas o, simplemente, del número de vacantes que pueden ser cubiertas en un año presupuestario. De esta forma se sitúa, en el ámbito interno, en un terreno entre la gestión de recursos humanos, por un lado, y la gestión y ordenación presupuestaria, por otro”. Dicho con otras palabras, a través de la OEP “se produce una concreción de los puestos en los que se va «invertir» la habilitación de gastos de personal que se contiene en la correspondiente Ley de Presupuestos”⁶². Se trata de una herramienta de gestión mediante la que se concretan las necesidades de personal que no pueden satisfacerse mediante los recursos humanos ya disponibles mediante sistemas de provisión interna y es un requisito jurídico condicionante para poder recurrir a la provisión externa⁶³.

Aunque deben ser las leyes desarrollo las que concreten con mayor precisión su regulación, el precepto estatutario establece algunas reglas en relación a la OEP que deben ser observadas. La primera, que debe ser aprobada con carácter anual, aunque debe entenderse que siempre y cuando existan necesidades efectivas de personal que deban cubrirse. La segunda, que la misma debe ser aprobada por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración, si bien, debe tenerse en cuenta que se trata de una materia objeto de negociación colectiva de conformidad con el artículo 37.I EBEP. La tercera, que para garantizar el principio de publicidad de las convocatorias y sus bases que ha de regir el proceso selectivo (art. 55.2 EBEP) –y que, a su vez, sirve de garantía para la igualdad en el acceso al empleo público–, la OEP debe ser publicada en el Diario oficial correspondiente. La cuarta, que la ejecución de plazas de vacantes debe desarrollarse en el plazo improrrogable de 3 años, pudiendo ser más reducido el término dispuesto por algunas leyes autonómicas⁶⁴. La quinta, que pueden convocarse hasta un 10% adicional de plazas con el fin de hacer frente a vacantes que vayan originándose durante el desarrollo del proceso selectivo. Y la sexta y última, que la RPT puede contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos, lo que a la postre implica que no necesariamente deban convocarse todas las plazas incluidas en la misma y que estén dotadas presupuestariamente, pues aquellas también podrán proveerse mediante los mecanismos referidos en el artículo 69 EBEP⁶⁵.

⁶² Cfr. A. PALOMAR OLMEDA, “La oferta de empleo público en la administración local [Ref. BIB 2011/6272]”, en *Tratado de Derecho Local*, 2010, pp. 1/13 pdf descargado el 24-09-20 de la BD Aranzadi-Thomson Reuters (Ref. BIB 2011/6272), fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 24 septiembre 2020.

⁶³ *Ibid.*, p. 3 y 12/13 pdf descargado.

⁶⁴ Aunque son de sobra conocidas las irregularidades que se producen por el retraso excesivo de las convocatorias. F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., pp. 263-264.

⁶⁵ Con mayor detalle: A. PALOMAR OLMEDA, “La oferta de empleo público en la administración local”, cit., p. 10/13 y ss. pdf descargado; M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 309.

3. Los efectos jurídicos de la inobservancia del procedimiento selectivo y del resto de obligaciones legales

La inadecuada realización del proceso selectivo puede acarrear ciertas consecuencias sobre las incorporaciones de personal por incumplimiento de las normas jurídicas expuestas en las páginas precedentes. Se pretende ahora determinar cuáles de estas irregularidades pueden tener virtualidad en los supuestos que se estudian y conocer cuál ha sido la respuesta por parte de los tribunales para dirimir si dicha solución puede extrapolarse a supuestos de acceso indirecto a resultas de una sucesión de empresas.

Con todo, partiendo del hecho de que son cuestiones que afectan al personal laboral y, por tanto, competencia del orden social, interesa conocer en primer lugar cuál es la jurisdicción competente para su conocimiento, y después cuál es la consecuencia que puede acarrear la inobservancia de estas reglas administrativas de acceso al empleo público sobre los contratos de trabajo.

3.1. El control judicial de los incumplimientos en el proceso de selección

Cuando se realiza una selección para un puesto de naturaleza laboral en el empleo público y esta adolece de ciertas irregularidades surge la duda de cuál debe ser la jurisdicción competente. Respecto a la atribución de la competencia y el control judicial pueden destacarse dos momentos claramente diferenciados cuyo punto de inflexión es la aprobación de la LJS.

A) En efecto, con anterioridad, la competencia era atribuida al orden contencioso-administrativo en virtud de la consolidada doctrina de los «actos separables». En esencia, se venía diferenciando entre reclamaciones sobre el proceso selectivo y sobre cuestiones referidas a la dinámica de la relación laboral, atribuyéndose solo las segundas a los tribunales del orden social.

La doctrina de los «actos separables» tiene su origen en el ámbito jurisprudencial de la contratación privada por parte de las Administraciones que luego es incorporada en el derecho positivo⁶⁶. Desde hace tiempo la legislación sobre contratación pública⁶⁷ determina, con la finalidad de garantizar la aplicación del derecho administrativo al proceso de formación de la voluntad contractual⁶⁸, que son competencia del orden contencioso-administrativo las cuestiones relativas

⁶⁶ T. QUINTANA LÓPEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas [Ref. BIB 2001/744]”, *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 13, 2001, pp. 2/13 pdf descargado el 28-09-20 de la BD Westlaw-Aranzadi (Ref. BIB 2001/744), fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 28 septiembre 2020. Con mayor detalle: J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 164 y ss.

⁶⁷ Así, desde el art. 4.3 del Decreto 923/1956, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (BOE n.º 97 de 23-04-95) que establecía que “la jurisdicción civil será competente para conocer de las controversias que surjan entre las partes en los contratos que estén sujetos a derecho privado. No obstante, se consideran actos separables los que se dicten en relación con la preparación, competencia y adjudicación del contrato y en consecuencia podrán ser impugnados ante la jurisdicción administrativa”.

⁶⁸ Suponiendo una suerte de «retorno» al derecho administrativo para contrarrestar “la famosa huida del derecho administrativo”. Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 259.

a la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas, mientras que son propias del orden civil, las controversias que se susciten en relación con los efectos y extinción de los mismos contratos. De esta forma hay una «zona común» en la contratación que realicen los entes de derecho público, con independencia de que el régimen del contrato quede sometido al derecho público o al derecho privado⁶⁹. Así lo continúa haciendo la actual LCSP de 2017 en sus artículos art. 27.1.b y 2.a⁷⁰.

Pues bien, a pesar de la inexistencia de una previsión expresa equivalente en el ordenamiento laboral respecto al proceso de formación del contrato de trabajo con las Administraciones Públicas la identidad de razones es de todo punto indiscutible⁷¹. Con todo, la LCSP, aunque declara que la contratación laboral no es una relación jurídica reconducible a su ámbito de aplicación, sí que determina que sus principios puedan ser usados para resolver dudas y lagunas que pudieran presentarse en –entre otras relaciones jurídicas– el marco del contrato de trabajo celebrado con una Administración (respectivamente, arts. 11.1 y 4 de la actual LCSP). En base a ello, tanto la jurisprudencia social⁷² como administrativa⁷³ e incluso la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo venían aplicando pacíficamente hasta fechas recientes la doctrina de los «actos separables». Resulta muy clarificador el ATS (Sala de Conflictos de Competencia) de 30 de noviembre de 2007, conflicto 27/07⁷⁴ cuando afirma que *“tratándose del contrato de trabajo pactado por un Ayuntamiento, como en el presente caso acontece, son de diferenciar también esas dos facetas que antes se han apuntado: la decisión administrativa por la que el Ente local selecciona a la persona con la que va convenir ese contrato de trabajo, y por la que manifiesta su voluntad de perfeccionarlo; y el vínculo contractual laboral posteriormente resultante, distinto y diferenciado de aquella previa decisión administrativa. La dualidad anterior es resultado de aplicar a esta materia la doctrina de los actos separables, y trae consigo que en el ámbito procesal sean también de diferenciar dos distintos ordenes jurisdiccionales en cuanto a la competencia para conocer las cuestiones que puedan plantearse”*. Eso sí, esta dualidad existe si la cobertura de los puestos de trabajo se provee externamente, pues ante una promoción interna las incidencias deben ser conocidas por el orden social, en tanto en cuanto las normas que ordenan la provisión interna son de naturaleza laboral (negociación colectiva), toda vez que la Administración actúa como empresario en el marco de relaciones laborales ya constituidas⁷⁵.

⁶⁹ T. QUINTANA LÓPEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas [Ref. BIB 2001/744]”, cit., p. 2/13 pdf descargado.

⁷⁰ Por todas, STS (CA) de 28 de febrero de 1994, rec. 980/91.

⁷¹ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 170.

⁷² SSTS de 4 de octubre de 2000, rec. 3647/98; de 17 de mayo de 2010, rec. 123/09; de 26 de septiembre de 2012, rec. 272/11.

⁷³ SSTS (CA) de 31 de octubre de 2000, rec. 3765/96; de 22 de julio de 2003, rec. 61/02;

⁷⁴ Con cita de pronunciamientos anteriores: AATS (Sala de Conflictos de Competencia) de 6 de marzo de 1996, conflicto 18/95; de 24 de octubre de 1995, conflicto 2/96-C; de 26 de junio de 1996, conflicto 3/98-C; de 18 de octubre de 2006, conflicto 329/06; de 21 de diciembre de 2006, conflicto 318/06.

⁷⁵ SSTS de 17 de febrero de 1998, rec. 1297/97; de 4 de octubre de 2000 (2), rec. 3647 y 5003/98; de 7 de febrero de 2003, rec. 1585/02; de 30 de mayo de 2006, rec. 642/05; de 16 de abril de 2009, rec. 1355/08; de 3 de marzo de 2011, rec. 91/10. Esta atribución de competencia al orden social queda confirmada por el art. 83 EBEP que

Por tanto, la citada resolución concluye que *“al contencioso administrativo corresponderá conocer las impugnaciones dirigidas contra el proceso administrativo de selección del trabajador y contra el acto de su designación; y a la jurisdicción social los litigios que surjan en la dinámica del contrato de trabajo que nació a consecuencia de esa selección y designación”*. Dicho con otras palabras, es competencia del orden social la determinación de las consecuencias jurídicas que sobre los contratos de trabajo pudiera tener una eventual anulación de actos administrativos del proceso de selección, ya sea en sede administrativa o judicial.

De este modo diferencia claramente entre dos fases o momentos en la formación del contrato cuyo conocimiento compete a órganos judiciales diferentes: la primera, relativa a la conformación de la voluntad de los órganos administrativos, que requiere de la aprobación de una convocatoria pública y la realización de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de acceso al empleo público. Todas las incidencias relacionadas en esta fase debían ser conocidas por el orden contencioso administrativo, habida cuenta de que versan sobre materias reguladas por el Derecho Administrativo y en las que la Administración actúa predominantemente como poder público⁷⁶. La segunda, se circunscribe a la celebración del contrato de trabajo y a todas las cuestiones que puedan surgir en torno a sus efectos y dinámica, materias normativas que pertenecen al derecho privado (Derecho del Trabajo) y en las que la Administración actúa como empresario, por lo que corresponden lógicamente al orden social.

Por su parte, el marco normativo procesal amparaba este deslinde de competencias, pues el artículo 3.1.c LPL⁷⁷ excluía del conocimiento de los órganos judiciales del orden social *“las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral”*. Toda vez que el artículo 2 LJCA⁷⁸ atribuye a dichos órganos, por un lado, las cuestiones relativas a *“los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas”*; y por otro, los *“actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas”*.

En cualquier caso, con este panorama normativo, tampoco parece que pudiera atribuirse la competencia al orden contencioso-administrativo sobre el Acuerdo al que llegan el Comité de Empresa en la mercantil cedente y la entidad pública cesionaria para determinar los derechos y obligaciones laborales de los trabajadores afectados por la reversión del servicio público de gestión del ciclo integral del agua, y mediante el cual se pretende dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en el artículo 44.6 ET. Y es que no puede quedar amparado bajo la doctrina de los «actos

establece que *“la provisión de puestos y movilidad del personal se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos...”*.

⁷⁶ STS de 11 de julio de 2012, rec. 3128/11.

⁷⁷ Real Decreto-legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. BOE n.º 86 de 11-04-95.

⁷⁸ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. BOE n.º 167 de 14-07-98.

separables», pues, aunque haya sido adoptado por una entidad de derecho público e inapropiadamente se le haya denominado «Acuerdo de subrogación», no es fruto del ejercicio de una potestad administrativa, sino que su contenido es puramente laboral y su objeto se limita estrictamente a informar a la representación de legal de los trabajadores en cumplimiento de la legislación laboral (STSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 5 de julio de 2018, rec. 168/18).

B) Pues bien, con la entrada en vigor de la LJS el estado de cosas cambia. Su exposición de motivos ya manifestaba una clara intención de “*racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales*” que se traducía en una “*concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social*”. Todo ello, con el fin de ganar en “*agilidad en la tramitación procesal*” y “*superar la disparidad de los criterios jurisprudenciales*”. Así pues, el nuevo artículo 2.º LJS atribuye al orden social los litigios derivados de “*las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional*”⁷⁹. Como se desprende de la letra del precepto no parece que altere las cuestiones relativas a la segunda fase de formación del contrato –pues ya eran competencia del orden social– pero sí cambia en cuanto a la primera. En efecto, como prontamente advirtió la doctrina científica, la nueva norma debía conducir a un replanteamiento de las soluciones jurisprudenciales vigentes en torno a la selección de empleados públicos por cuanto que determina una verdadera atracción de la competencia hacia el orden social⁸⁰, siempre y cuando el objeto de impugnación sea un acto administrativo (y no una disposición de carácter general ex art. 3.º LJS) y en tanto en cuanto no haya una previsión expresa en sentido contrario.

Este cambio normativo produjo, en un primer momento, una importante disparidad de criterios entre los juzgados y tribunales de ambos ordenes jurisdiccionales e, incluso, por parte de la Sala de Conflictos de Competencia⁸¹. No obstante, finalmente, se ha unificado doctrina fijando que deben ser los tribunales de lo social quienes se pronuncien sobre las cuestiones que afecten tanto al proceso de selección del personal laboral fijo (STS de 11 de junio de 2019, rec. 132/18, del Pleno de la Sala) como al cumplimiento de las bases y del orden de llamamiento de las bolsas

⁷⁹ Toda vez que el propio art. 1 LJS reza que “*los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias*” [el subrayado es mío].

⁸⁰ L. E. NORES TORRES, “Los órganos del orden social de la jurisdicción y sus competencias”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer; Coord. Manuel Alegre Nueno) *El proceso laboral (tomo I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 19 y ss. y 41/80 pdf descargado el 25-08-20 de la BD Tirant Online (Ref. TOL3.297.512).

⁸¹ Con mayor detalle: M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., pp. 316-319. Véase la exposición que hace la autora y las numerosas sentencias citadas. Así, por ejemplo, pueden hallarse resoluciones posteriores a la LJS que ya dan cuenta del cambio (SSTS de 28 de abril de 2015, rec. 90/14; de 5 de octubre de 2016, rec. 280/15; de 9 de abril de 2018, rec. 77/17; de 6 de marzo de 2019, rec. 152/18) junto con otras que mantienen la atribución de la competencia sobre el conocimiento de los actos previos al orden contencioso-administrativo (SSTS de 30 de noviembre de 2015, rec. 33/15; de 6 de noviembre de 2018, rec. 222/17; de 21 de enero de 2019, rec. 235/17).

de trabajo del personal laboral temporal (STS de 10 de diciembre de 2019, rec. 3006/17⁸²). Así mismo, la Sala de Conflictos de Competencia (ATS de 12 de febrero de 2020, rec. 13/19) ha convalidado la interpretación entendiendo que refleja *“la voluntad del legislador de 2011 de atraer al orden social, por su mayor especialidad, el conocimiento de todas aquellas cuestiones que, de forma directa o por especial conexión, puedan clasificarse como sociales, incluso cuando esté implicada una administración pública, cristaliza en el art. 1 LJS y, especialmente, en lo que aquí atañe, en el transcrito art. 2.n LJS, con modificación de los arts. 1 a 3 LPL, en los que se había sustentando la doctrina tradicional de atribuir el conocimiento de estas controversias al orden contencioso-administrativo”*. De modo que el cambio normativo requiere «transferir» al orden social el conocimiento de aquellas cuestiones relativas *“a los actos preparatorios o proceso selectivo de personal y encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.a LJS)”*. Puntualiza para finalizar la Sala que *“dados los términos en los que está formulada la LJS es del todo indiferente que la naturaleza del empresario sea la de una Administración o la de una entidad del sector público”*.

Así pues, bien es cierto que esta nueva atribución competencial pudiera valorarse críticamente por cuanto que el conocimiento de estas actuaciones no son materias propiamente laborales, pues son en todo caso actos de naturaleza administrativa⁸³. Pero no es menos cierto que el legislador ha dejado meridianamente claro que ahora el conocimiento de esas controversias surgidas durante todo el proceso de formación del contrato de trabajo, incluida la fase administrativa de selección, deben ventilarse por los Juzgados y Tribunales del Orden Social⁸⁴. Y nada obsta el hecho de que no haya sido alterada la redacción del artículo 2 LJCA, puesto que en todo caso la LJS es una norma posterior. Además, tampoco cabría alegar la aplicación del artículo 11.1 LCSP, pues el artículo 2.n LJS es una previsión específica y expresa que desvirtúa su eficacia como disposición supletoria para estos supuestos⁸⁵. Ahora, el único supuesto en el que corresponderá pronunciarse al orden contencioso-administrativo será cuando afecte conjuntamente al personal laboral y funcionario. Aunque expresamente no diga nada la norma procesal, los tribunales han estimado que esta será la pauta a seguir basándose en el criterio general establecido para todas las materias (arts. 2.f y h y art. 3.c, d y e LJS), a excepción de la

⁸² Reiterando la doctrina de la primera. Más recientemente, la STSJ Cataluña de 26 de mayo de 2020, rec. 5143/19.

⁸³ M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 318.

⁸⁴ En este sentido, la STS de 11 de junio de 2019, rec. 132/18, cuando asevera que *“bascula de esta manera el entendimiento mismo de todas las fases de contratación del personal laboral en favor del orden social, comprendiendo igualmente la preparatoria que viene a conformar y condicionar el propio vínculo de trabajo entre las partes. Su calificación de materia social resulta innegable, y en consecuencia tiene acceso a la vía jurisdiccional social y a la especial tutela que el legislador le encomienda”*.

⁸⁵ M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 319.

prevención de riesgos laborales (arts. 2.e y 3.b LJS)⁸⁶. No es una cuestión baladí aclarar el cambio de orden jurisdiccional competente, puesto que puede determinar el resultado del conflicto.

3.2. Consecuencias jurídicas de las irregularidades en el proceso de selección

3.2.1. Irregularidades relevantes para la subrogación e integración de personal en el ente público que revierte una actividad externalizada

Vistos los vaivenes acaecidos recientemente en materia de competencia jurisdiccional la determinación de los efectos se hace todavía más compleja. Evidentemente, no todas las irregularidades que pueden darse en un proceso selectivo de acceso al empleo público pueden trasladarse al supuesto de la integración del personal subrogado por sucesión de empresa, algunas tienen más virtualidad que otras.

Como punto de partida, cabe decir que la doctrina científica ha puesto de manifiesto las dificultades para clasificar estas irregularidades habida cuenta de su gran casuística, de la complejidad del sistema de fuentes y la diversidad de soluciones normativas. No obstante, algunos autores han tratado de sistematizarlas y agruparlas, al menos, a efectos pedagógicos. Así, GODINO REYES⁸⁷, clasifica las irregularidades en cuatro tipos: 1) la total ausencia de proceso selectivo; 2) irregularidades relacionadas con los requisitos de selección; 3) irregularidades en el desarrollo del proceso; y 4) alteración en la prelación de candidatos seleccionados.

Por su parte, los profesores SALA FRANCO y ALTÉS TÁRREGA⁸⁸ consideran que las irregularidades pueden reconducirse a los siguientes grupos: 1) contrataciones directas realizadas sin convocatoria pública previa; 2) contrataciones que no observan la RPT o clasifican inadecuadamente los puestos; 3) contrataciones derivadas de un proceso selectivo irregular; 4) contrataciones de trabajadores que no cumplen con los requisitos de la convocatoria; y 5) contrataciones que no respetan los resultados del proceso selectivo.

Por último, a fin de aportar otra perspectiva más, VIVERO SERRANO⁸⁹ distingue entre: 1) irregularidades relativas a los actos previos al procedimiento selectivo; 2) la ausencia misma de convocatoria pública y de procedimiento administrativo de selección; 3) vulneración del principio de publicidad en algunos de los aspectos que deben observarse (publicación de las bases, listas de aspirantes, realización de las pruebas, etc.); 4) irregularidades en los requisitos que deben cumplir los participantes, en especial, los requisitos específicos; 5) desarrollo anormal o irregular

⁸⁶ STS de 11 de junio de 2019, rec. 132/18 con cita de las anteriores SSTS de 21 de noviembre de 2011, rec. 910/11; de 14 de octubre de 2014, rec. 265/13; de 9 de marzo de 2015, rec. 119/14

⁸⁷ M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la administración pública*, cit., pp. 140-142.

⁸⁸ T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, "La contratación del personal laboral en la administración local", cit., p. 55.

⁸⁹ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 165.

del procedimiento (composición y funcionamiento de los órganos de selección, sistema selectivo usado, baremación, etc.); y 6) irregularidad en la propuesta definitiva de candidatos.

Como se adelantaba antes, aunque el análisis de todas ellas es importante no parece que sea pertinente para el supuesto de reversión administrativa. Por poner un ejemplo, se asume que la obligación de subrogación empresarial por imperativo legal y comunitario determina la no realización del proceso selectivo en sí mismo, por lo que interesa conocer las consecuencias jurídicas que los tribunales aplican en los casos de contratación directa y total ausencia de procedimiento selectivo, pero carecen de importancia aquellos otros incumplimientos que puedan presentarse en el desarrollo del mismo como los relacionados con la composición de los órganos selectivos, los sistemas o pruebas usadas o la propuesta de candidatos seleccionados.

Así las cosas, no es difícil encontrar resoluciones judiciales que entran a valorar, en supuestos de reversiones de contratos públicos, ciertos incumplimientos relacionados tanto con la omisión misma de procedimiento selectivo, como con otras cuestiones circunscritas a los trámites previos a su celebración como la inadecuada clasificación del puesto como laboral o funcionarial, la no inclusión del puesto en la RPT o ausencia de dotación presupuestaria. Por tanto, interesa detenerse en estos aspectos para dirimir si las consecuencias jurídicas de estas irregularidades en el marco de una provisión externa de personal público al uso pueden extrapolarse a los casos que ahora se estudian⁹⁰. En fin, podría plantearse también qué puede ocurrir si los trabajadores integrados no reúnen los requisitos legalmente exigidos para adquirir la condición de empleado público (arts. 56 y 57 EBEP).

3.2.2. *La nulidad del acto administrativo irregular*

El incumplimiento de las obligaciones legales –expuestas anteriormente– que garantizan los principios rectores de acceso al empleo público y del resto de principios enunciados en el artículo 55 EBEP es causa de nulidad de los actos administrativos viciados conforme al artículo 47.1.e de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (en adelante, LPAC). En efecto, el precepto establece que serán nulos de pleno derecho los actos administrativos “*dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*”.

A) En este sentido, la más flagrante irregularidad que se dará en los supuestos de reversión de actividades externalizadas con subrogación de personal es la total ausencia de un procedimiento de selección objetivo para integrar al personal, lo que a mi entender podría equipararse al supuesto de irregularidad más extremo en un proceso de selección ordinario, en el que se produce una contratación directa que vulnera de pleno los principios de acceso al empleo público. Al respecto, como manifiesta la STS (CA) de 19 junio de 1992 (rec. 2124/90), “*la selección*

⁹⁰ STS (CA) de 19 de diciembre de 2018, rec. 720/16.

de personal al servicio de las Administraciones Públicas, no puede realizarse por éstas libremente. La Administración ha de someterse a la legalidad a través de los sistemas de concurso u oposición, tras la correspondiente oferta pública de empleo por vacante o vacantes existentes". En consecuencia, cuando se celebra un contrato de trabajo sin establecer una convocatoria pública ni seguir el procedimiento selectivo que permita determinar los trabajadores a contratar, no se ha seguido el procedimiento legal establecido para conformar con arreglo a Derecho su voluntad, al no estar habilitada para prestar el consentimiento necesario para la celebración del vínculo contractual (art. 1261 Código Civil) y, por tanto, el mismo estará viciado⁹¹, conllevando la nulidad del acto por el que se decide la contratación de personal. La misma suerte han seguido los incumplimientos relativos a la no inclusión de la plaza a proveer en la correspondiente OEP o la no publicación de la convocatoria del proceso de selección⁹².

En definitiva, la total inexistencia de procedimiento selectivo conlleva la nulidad del acto por el que se nombra o contrata al empleado público, sin perjuicio de las consecuencias que, en caso de corresponder a la jurisdicción social por tratarse de un puesto de naturaleza laboral, implique la declaración de nulidad sobre el contrato de trabajo. Y ello aunque sea la propia administración la que en vía administrativa resuelva la declaración de nulidad de dichos actos que previamente habían conducido a la celebración de los contratos, pues *"la incontestable realidad del fraude en la contratación laboral nunca puede ser causa que impida el uso de los medios legales con que cuenta la Administración para poner fin a una contratación realizada sin respetar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, máxime si son numerosas tales contrataciones fraudulentas"*. Y con independencia de que la declaración de nulidad de oficio en sede administrativa se produzca como respuesta a la calificación de improcedencia del cese contractual por la jurisdicción social, pues responde a la necesidad de no *"perpetuar una contratación fraudulenta que se verificó «ab initio» prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"*⁹³.

Pues bien, analizando las resoluciones judiciales del orden contencioso-administrativo pueden encontrarse pronunciamientos en este sentido aplicados a reversiones de contratos. Si bien, debe advertirse que estos litigios se caracterizan por su enorme casuística, mezclando

⁹¹ En este sentido STSJ Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2000, rec. 4/1997, en la que un Ayuntamiento realiza contrataciones temporales por acumulación de tareas sin estar precedidas de convocatoria pública de concurso, oposición ni concurso-oposición, ni de prueba alguna de selección, sino de una oferta genérica de empleo a través del servicio público de empleo de conserje para la temporada de verano. En este caso se trata de una nulidad contractual declarada por la jurisdicción social, puesto que en el pleito no se plantea controversia alguna relativa a la legalidad de la convocatoria pública que el Ayuntamiento demandado venía obligado a efectuar para celebrar los contratos de trabajo sino que se celebraron sin la misma, enjuiciándose la capacidad del ente para prestar su consentimiento. Sobre un supuesto similar en el que se celebran contratos temporales sin acudir a procedimiento de selección y sin previa publicidad ni convocatoria: STSJ Comunidad Valenciana de 8 de junio de 2000, rec. 2782/97.

⁹² SSTS (CA) de 19 de mayo de 1994, rec. 10370/91; de 5 de marzo de 1998, rec. 1200/92. Asimismo, STSJ Islas Canarias, Las Palmas (CA), de 2 de noviembre de 1995, rec. 668/93; STSJ Castilla y León, Burgos (CA), de 12 de noviembre de 2002, rec. 413/01; STSJ Castilla-La Mancha (CA) de 24 de marzo de 2004, rec. 741/00; STSJ Galicia (CA) de 23 de septiembre de 2009, rec. 572/08.

⁹³ Por todas, STSJ Madrid (CA) de 3 de mayo de 2016, rec. 772/15; SSTSJ Andalucía, Sevilla (CA), de 30 de marzo de 2017, rec. 41/17; de 20 de abril de 2017, rec. 60/17; de 10 de julio de 2019 (3), rec. 96 y 238/17 y 356/18.

diversos aspectos de Derecho Administrativo –e incluso de este con el Derecho del Trabajo–, lo que dificulta realmente que haya dos supuestos iguales y la posibilidad de extraer máximas aplicables a todos los casos. A modo de ejemplo se analizarán algunas sentencias a efectos de mostrar la complejidad subyacente y los criterios empleados por la jurisdicción administrativa.

a) La STSJ (CA) Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013 (rec. 304/12) conoce la impugnación el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se aprobó el convenio celebrado con una Diputación Provincial mediante el que se traspasaba el servicio del «Centro de la Mujer» de esta a la corporación local y se aprobó la plantilla de personal y la RPT para integrar al personal subrogado. El Tribunal declara la nulidad del acuerdo municipal y de todos los actos derivados del mismo, incluida la asunción de las 6 trabajadoras, pues era una *“parte esencial e inescindible del convenio, hasta el punto de que en la cláusula primera se dice que el convenio se firma «de conformidad con lo establecido en el art. 44 ET»”*. La sala de lo CA del TSJ se basa en los siguientes motivos: 1) la vulneración de los principios constitucionales y normas legales de acceso al empleo público por ausencia total de procedimiento selectivo; 2) la indebida clasificación en la RPT de la entidad cesionaria como laboral de una de las plazas que debería haber sido catalogada como funcionarial en atención a las funciones realizadas para las cuales resultan imprescindible las notas de objetividad, imparcialidad e independencia propias de este régimen; y 3) la vulneración de las limitaciones presupuestarias a la incorporación de personal.

En este asunto, además, la Sala entra a valorar la aplicación del artículo 44 ET, aunque de forma prejudicial. De un lado, cuestionando la existencia de una verdadera sucesión de empresa a la luz de la exclusión prevista en el artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE, lo que evidencia –a mi juicio– un desconocimiento claro de las reglas que maneja la jurisdicción social, pues no puede considerarse un mero trasvase de funciones administrativas cuando ha quedado probado la transmisión patrimonial y de personal que implica el traspaso del servicio que constituye una verdadera actividad económica. Del otro, porque considera que la aplicación del artículo 44 ET se hizo servir por las Administraciones implicadas como *“norma de cobertura o «puerta falsa» para permitir un acceso al margen de aquellos principios [de acceso al empleo público]”*. Y es que, cuando aun dependían de la Diputación, las trabajadoras obtuvieron sentencia favorable por la cual se les reconoció la condición de indefinidas no fijas por fraude en la contratación temporal. La administración cedente mantuvo dicha condición *“durante largos años”* sin convocar la cobertura reglamentaria de las plazas, y la administración cesionaria creó nuevas plazas mediante contratos de interinidad cuando la naturaleza del puesto era permanente, precisamente para evitar convocar el proceso selectivo y perpetuar la relación laboral con las trabajadoras subrogadas. Ciertamente es que, entre los hechos probados, constan algunos datos que pueden inducir al entendido de que se produjo una integración *ad personam* (identificación de las personas concretas en los anexos del convenio, comprometiendo su asignación a las plazas; formalización de un nuevo vínculo contractual ante la evidente subrogación, etc.). Dicho con otras palabras, el tribunal determina que existe fraude de ley, por cuanto que el artículo 44 es la norma de cobertura que pretende hacerse servir para la cobertura de las plazas sin sujeción a los debidos procedimientos legales y conseguir sortear así las limitaciones presupuestarias a la contratación de personal.

b) Igualmente, en las STSJ (CA) Andalucía (Granada) de 23 de enero de 2018, rec. 600/16⁹⁴, en la que se anula el acuerdo adoptado por el pleno del Ayuntamiento de revertir la gestión e integrar la plantilla proveniente de una empresa de economía mixta participada al 10% por la corporación (la problemática sería idéntica si proviniesen de una empresa privada contratista). En instancia, se determinó su validez en el entendido de que el artículo 35 RGI⁹⁵ permite una mayor flexibilidad y prevé unos requisitos menos restrictivos cuando se trata de contrataciones temporales, habida cuenta de que la corporación consideró al personal como indefinido no fijo, atribuyéndole tal naturaleza por carecer de plaza. El TSJ estima el recurso y declara la nulidad del acto municipal impugnado considerando que contraviene la normativa de acceso al empleo público y distingue de aquellos otros supuestos recientes de reorganización del sector público –entre otras, STS (CA) de 27 de enero de 2016 (rec. 2347/11) analizada después– por cuanto que en estos casos ya eran trabajadores del sector público y los actos impugnados traían causa en una ley que no ha sido declarada inconstitucional, por lo que no considera que la doctrina contenida en estos últimos pueda aplicarse al primero. Más recientemente reitera toda su doctrina en la STSJ (CA) Andalucía (Granada) de 8 de octubre de 2020, rec. 1525/18.

c) Incluso cuando la sociedad es un servicio propio y medio técnico de propiedad íntegra de la Administración también se plantea el mismo problema si no se consigue probar en el proceso que la selección y contratación de personal se realizó a través de procedimientos homologables a los contemplados en el EBEP y con el debido respeto a los principios de mérito y capacidad, habida cuenta de su más laxa aplicación, como después se analizará. En efecto, si no se acredita su efectividad, la impugnación del acto administrativo también puede provocar su nulidad, como muestra la STSJ (CA) C. Valenciana de 28 de marzo de 2018, rec. 283/15, sobre la disolución de una sociedad mercantil en virtud de un plan de ajuste de los previstos por la Ley 27/2013 y en el que se pretende la subrogación del Ayuntamiento en las relaciones laborales, como se hizo un año antes con una Fundación municipal. En instancia el acuerdo fue impugnado por la Delegación de gobierno y el Juzgado de lo contencioso estimó la demanda; en apelación se alzan tanto el ente local, como los trabajadores y la representación sindical, desestimándose el recurso y confirmando la sentencia del JCA. El objeto de revisión es determinar si se cumplen los requisitos del artículo 44 ET y si tiene lugar una vulneración de los principios de acceso al empleo público. Como se ha adelantado, sobre esta cuestión se concluye que sí, puesto que no consigue probarse tal circunstancia, ni que los trabajadores –que antes de cambiar la forma de gestión habían trabajado para la corporación– tuviesen la condición de empleado público por haber superado el correspondiente procedimiento de acceso. Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la sucesión de

⁹⁴ La Sala de lo Social ya había determinado la existencia de sucesión de empresa en este caso en las SSTSJ Andalucía (Granada) de 2 de julio de 2015, rec. 1019/15 y de 13 de mayo de 2015, rec. 498/15.

⁹⁵ **Artículo 35. Contratación de personal laboral no permanente.** “1. Los Departamentos ministeriales podrán proceder a la contratación de personal laboral no permanente para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo, previo informe favorable de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Dichos contratos se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad, y ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral y de acuerdo con los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas” [...].

empresa la jurisdicción administrativa vuelve a evidenciar la falta de conocimiento de los criterios manejados por el orden social⁹⁶, no siendo en absoluto un caso aislado⁹⁷. Así pues, declara la nulidad del acto administrativo sin considerar el necesario el cumplimiento de la normativa laboral de origen comunitario (con independencia de la forma de integración).

d) Aunque también pueden encontrarse pronunciamientos de signo contrario, en los que no llega a apreciarse infracción del derecho público suficiente como para anular el acto administrativo que provocará la posterior sucesión de empresa. En este sentido, el proceso de reversión del servicio de gestión integral del agua de Valladolid, desde una empresa concesionaria privada (Aguas de Valladolid, SA) a una Entidad Pública Empresarial local constituida a tal efecto, y en el que además se refleja perfectamente la complejidad y litigiosidad judicial que entraña. Las siguientes sentencias relacionadas muestran los numerosos aspectos administrativos que se entremezclan, no solamente los referidos a la integración de personal y su relación con los aspectos analizados en esta parte del trabajo, sino también algunos que fueron analizados en la primera parte del mismo y otros que serán retomados en epígrafes posteriores.

i) Así, en la STSJ (CA) de Castilla y León, Valladolid, de 3 de octubre de 2017 (rec. 360/17), se analiza la impugnación de un Auto del JCA por la empresa concesionaria cesante que deniega la adopción de medidas cautelares para paralizar la ejecución del acuerdo de cambio de forma de gestión y la subrogación de los trabajadores porque considera omitido el procedimiento legal necesario (incluido el informe de la autoridad en materia de defensa de la competencia al prestarse el servicio en régimen de monopolio), la violación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, el procedimiento de selección de empleados públicos vulnerado con la subrogación y las normas que establecen restricciones a la contratación. Así mismo la empresa considera que afecta a su interés legítimo de que el servicio se someta a la libre competencia donde las empresas puedan participar y que va en contra del interés general por cuanto que no se garantiza la eficiencia y calidad del servicio tras su gestión directa. La sala desestima todas las pretensiones de la mercantil recurrente, pues enmarca la decisión dentro del principio de autonomía local y de la total discrecionalidad de la Administración (aunque sometida a requisitos

⁹⁶ En la medida en que descarta la concurrencia de los presupuestos aplicativas en base a tres criterios: 1) la inexistencia de una actividad comercial en concurrencia competitiva con el mercado, en la medida en que los servicios se prestaban únicamente al propio Ayuntamiento; 2) la falta de independencia financiera por cuanto que los recursos económicos se aportaban por la corporación; y 3) que no aprecia la transmisión de una entidad económica por cuanto que los medios empleados ya eran propiedad del Ayuntamiento. Tres criterios excluyentes frontalmente contrarios a la jurisprudencia comunitaria y nacional que, al tiempo de dictarse la sentencia de lo contencioso-administrativo, ya convergía pacíficamente. Claro que no ayudan algunas de las consideraciones realizadas por lo sujetos recurrentes, como las del propio ente que alega las actividades no requerían elementos significativos de activo, o del sindicato, que manifiesta que la actividad descansa en la mano de obra. Lo cierto es que el objeto social de la actividad es amplio e incluye actividades como la prestación de servicios auxiliares claramente desmaterializada, el gabinete psicopedagógico municipal –de difícil valoración con los datos aportados–, y la escuela para adultos y la de servicios audiovisuales locales, claramente materializados.

⁹⁷ Así respecto al cambio de forma de gestión en servicios como las residencias de tercera edad, centros de atención de día, centros de acogida, de atención a la mujer, etc., en los que la infraestructura patrimonial siempre perteneció a la administración y por ello se entiende que su recuperación no supone el traspaso de una entidad económica. Ver: SSTSJ (CA) C. Valenciana de 10 de octubre de 2019, rec. 990/17; de 3 de mayo de 2016, rec. 191/14.

procedimentales y materiales) y no admite que la «remunicipalización» del servicio integral del ciclo del agua afecte ni al derecho de la libertad de empresa, ni al derecho de la competencia, así como tampoco que sus consecuencias laborales sean irreversibles el sentido de cumplir los presupuestos necesarios para aplicar la medida cautelar.

ii) Tampoco es estimada la impugnación del acuerdo por la Administración General del Estado para paralizar dicha reversión basándose en cuestiones como el interés general, la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera o la vulneración de los límites presupuestarios a la contratación de personal, aspecto este último que se analizará después (SJCA n.º 3 de Valladolid de 14 de noviembre de 2017, rec. 14/17).

iii) Ni el recurso presentado por la «Confederación Vallisoletana de Empresarios» contra los Autos del JCA de Valladolid que declaran la incompetencia del orden contencioso-administrativo para conocer sobre el Acuerdo de condiciones del personal subrogado (STSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 5 de julio de 2018, rec.168/18).

iv) Ni la impugnación por la misma organización empresarial contra el Acuerdo de Reversión adoptado por el pleno del Ayuntamiento en el que, entre otras muchas cuestiones, se alega infracción del procedimiento administrativo de selección de personal, por entender que constituye una decisión consciente y predeterminada de la corporación para dotarse de personal a través del artículo 44 ET y eludir la normativa administrativa (SJCA n.º 2 de Valladolid de 11 de marzo de 2019, rec. 16/17). En este caso, siguiendo la pauta de la anterior SJCA de 14 de noviembre de 2017, y en contra de la postura adoptada por otros órganos judiciales de lo contencioso-administrativo en los supuestos antes descritos, considera que la subrogación laboral es competencia del orden social. Además, como señala el juez, el Acuerdo del Ayuntamiento nada dispone sobre la subrogación de personal, sino que esta es una consecuencia derivada del cambio en la forma de gestión y de la aplicación la legislación laboral. En el mismo sentido, la STSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 21 de mayo de 2019 (rec. 339/18) que conoce de la impugnación de la SJCA n.º 4 de Valladolid de 9 de abril de 2018 (rec. 11/17) del mismo Acuerdo, por los mismos motivos prácticamente, pero a instancia de Aguas de Valladolid, SA, esto es, la concesionaria saliente, y que también fue desestimada en su totalidad.

e) Claro que, de nuevo pueden hallarse más ejemplos en los se otorga a la subrogación de personal la entidad suficiente para considerar que provoca graves consecuencias laborales que deben ser frenadas para tutelar los bienes protegidos por el Derecho Administrativo. En la STSJ (CA) Aragón de 15 de mayo de 2018 (rec. 285/17) se impugna el auto del Juzgado por el que se desestima la petición de levantamiento de la medida cautelar adoptada en otro auto anterior firme, por la que se suspende la eficacia del Acuerdo de Gobierno de Zaragoza de extinguir el contrato administrativo de prestación del servicio de atención telefónica 010 y asumir la gestión directa subrogando a la plantilla de conformidad con el artículo 44 ET e integrar a los trabajadores como indefinidos no fijos. En este, se dice que la elección por la forma de gestión del servicio encuentra como límite la imposibilidad de la subrogación pretendida, pues implicaría una integración directa como personal municipal generando unos efectos jurídico-laborales de difícil reversibilidad como

la vulneración de la normativa sobre el procedimiento de selección y el derecho a la igualdad del ciudadano en el acceso al empleo público, además de la normativa presupuestaria a causa de la remunicipalización del servicio.

La sala desestima los motivos alegados por el Ayuntamiento que pretende revertir el servicio descartando la incompetencia de la jurisdicción administrativa para pronunciarse sobre la existencia de sucesión empresarial y sobre la ponderación de los intereses en juego (públicos y laborales), y que la desaparición de la antigua concesionaria del tráfico jurídico por haber entrado en concurso con posterioridad a la adopción del auto de medidas cautelares constituya nuevas circunstancias que permita su levantamiento (art. 132 LJCA) o que suponga una carencia de objeto sobrevinida de la decisión judicial, pues *“a los efectos ordenados en el acto administrativo impugnado, es irrelevante que el Ayuntamiento declare extinguido o resuelva el contrato previamente concertado, o que termine extinguiéndose por diferente motivo. Lo relevante es que, atendido el acto administrativo impugnado en los presentes autos, el Ayuntamiento acuerda la remunicipalización de un servicio que hasta el momento se gestionaba de manera indirecta [...], y se subroga como empleador del personal hasta entonces dependiente de la contratista. Es el ajuste a la legalidad de tal subrogación lo que constituye el objeto de controversia y esto es lo que se suspende en su ejecutividad” [el subrayado es mío].*

Es sintomático que, como se ha demostrado en los casos expuestos, en no pocas ocasiones el *leit motiv* de la decisión del órgano judicial del orden contencioso-administrativo es frenar los efectos que ocasiona la subrogación laboral por entenderlos contrarios a las normas administrativas. Y no debe olvidarse que tanto este aspecto como la determinación de si se ha producido o no una transmisión relevante a los efectos del artículo 44 ET corresponde al orden social, sin perjuicio de las competencias prejudiciales para controlar la aplicación del derecho público, principalmente, las normas de acceso al empleo público. Tampoco debe olvidarse, como al principio del capítulo se dijo, que toda infracción procedimental no tiene porqué equivaler a una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, cuestión que se da por sentada en prácticamente todas las sentencias relacionadas. Incluso, cuando hay un previo pronunciamiento previo del orden social que declara la existencia de sucesión empresarial, el tribunal administrativo continúa otorgando relevancia únicamente a la vulneración del derecho público sin tratar de ponderar los diversos intereses en juego.

Esto es lo que ocurre con el último caso, en el que la SJS n.º de Zaragoza de 19 de febrero de 2018 (proc. 715/17) había declarado previamente la existencia la transmisión empresarial en la reversión del servicio 010 del Ayuntamiento de Zaragoza y la integración como personal indefinido no fijo a efectos de cohonestar la subrogación con las normas de orden público, lo que en absoluto supone una consolidación del empleo. Y aun así el TSJ Aragónés mantiene la medida cautelar para impedir la subrogación, y sin desconocer la existencia de la sentencia de la jurisdicción laboral, poniendo de manifiesto que basa su control de legalidad del acto administrativo en los efectos de la aquella, haciendo suyas las consideraciones del Abogacía del Estado que había considerado que *“en realidad lo que se discute es una decisión referente a un momento previo al establecimiento de relación laboral alguna. Una cosa es que para acordar la subrogación*

legalmente sea preciso previamente modificar la plantilla, y esto es lo que se suspende, la decisión de la Administración de hacerlo sin sujeción a la normativa de empleo público, de suerte que el Ayuntamiento pueda decidir una subrogación sin previa modificación de plantillas, y otra cosa diferente es que, realizada irregularmente la subrogación haya que atenerse a sus consecuencias legales”. Aunque la propia sala, reafirmando su competencia para resolver sobre una «decisión de remunicipalización», determina que este es un “acto administrativo del que dependen directamente todos los actos que se derivan del mismo, aunque tengan naturaleza laboral”.

También debe destacarse la disparidad de criterios entre la jurisdicción social y administrativa para apreciar si ha existido una verdadera sucesión de empresa y, en consecuencia las trabas que puede suponer el marco legal administrativo nacional para dar efectivo cumplimiento a la Directiva 2001/23/CE. Así como la dificultad para dar soluciones a los asuntos judiciales, habida cuenta de la gran cantidad de aspectos que pueden entremezclarse⁹⁸.

B) En otro orden de cosas, por lo que respecta a los actos previos al procedimiento de selección que se adoptan para la creación y mantenimiento de la plaza previa constatación y formalización de la existencia de vacantes y de recursos económicos, la respuesta jurisprudencial será la misma. Ha de recordarse que estos actos administrativos deben llevarse a cabo en estos supuestos de subrogación a pesar de que no se vaya a convocar una OEP y no se realice un reclutamiento de personal. Es decir, para integrar al personal proveniente de las empresas contratistas es necesario que previamente se cree la plaza y se dote financieramente, por lo que igualmente deberá modificarse la RPT y deberá aprobarse la plantilla de personal y su dotación presupuestaria. Así las cosas, pueden traerse aquí los precedentes judiciales existentes frente a este tipo de irregularidades en supuestos de provisión externa de recursos humanos.

Al respecto, los tribunales entienden que será nulo el acuerdo del ente público por el que pretende cubrirse un puesto de trabajo sin la preceptiva aprobación o modificación de la RPT⁹⁹. O, cuando habiéndose aprobado o modificado, se incluye un puesto de trabajo calificado como laboral pero que vulnera la reserva de funciones a favor de los funcionarios públicos, pudiendo acarrear

⁹⁸ Así se desprende de las consideraciones del a la Sala en la STSJ (CA) Aragón de 15 de mayo de 2018, rec. 285/17): “Lo primero que llama la atención es el inusualmente confuso desenvolvimiento de la pieza separada de medida cautelar que es sometido ahora a conocimiento de la Sala. Se mezcla todo: la jurisdicción para conocer de determinadas decisiones adoptadas por la Administración, por el mero hecho de afectar o incidir sobre relaciones de naturaleza laboral del personal empleado por quien ha sido contratista de la Administración y ha estado prestando servicio público, por consiguiente, en régimen de gestión indirecta; indefensión de la Administración por el hecho de que se concede determinada tutela cautelar cuya modificación se pretende y, ante la negativa de la Juez de primera instancia, ahora se apela; pretendidas prejudicialidades, en razón de la intervención posterior de la jurisdicción social en orden a la regularización de una determinada situación irregular de las trabajadoras que han continuado prestando el servicio; incluso, de manera sorprendente para esta Sala, cosa juzgada por esa misma razón, al pretender la Administración apelante que la jurisdicción social ha resuelto ya por adelantado lo que, al parecer, indebidamente consideran las recurrentes del acto administrativo impugnado, como también la Juez de instancia, ser competencia de esta jurisdicción, al tratarse el objeto del pleito de un concreto acto administrativo”.

⁹⁹ Entre otras, STSJ Asturias (CA) de 30 de noviembre de 2011, rec. 236/10.

la consiguiente nulidad del acto administrativo¹⁰⁰. Y así ha ocurrido en un caso en el que se modificó la forma de gestión en el que se procedió a la integración de los trabajadores del recaudador municipal en un organismo público autónomo. Entre las causas de nulidad del acuerdo municipal se admite la incorrecta clasificación del puesto en la RPT, en la medida en que las funciones a desempeñar debían quedar reservadas para funcionarios públicos¹⁰¹.

Del mismo modo que no puede proveerse un puesto si, además de la RPT¹⁰², no se aprueba o modifica la Plantilla de personal y su consignación presupuestaria –o, en su caso, la modificación de la misma con la provisión del crédito correspondiente–¹⁰³. En ambos casos, el acuerdo de la entidad pública en este punto será nulo¹⁰⁴. Así, se declara nula la aprobación de los presupuestos municipales y el cuadro de personal que permiten dar cumplimiento a la integración de personal en plazas creadas *ad hoc* por no seguir el procedimiento necesario para la válida formación de la voluntad de los órganos colegiados municipales al no observar la preceptiva obligación de negociar colectivamente su aprobación¹⁰⁵.

Aunque lo normal es que estos actos previos se lleven a cabo antes de la subrogación (así en la STSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 5 de julio de 2018, rec. 168/18), en ocasiones no ha resultado una cuestión conflictiva que se realice con posterioridad a la integración, precisamente, para dar cumplimiento a la sentencia judicial que determina la existencia de sucesión de empresa (STSJ (CA) Asturias de 17 de febrero de 2020, rec. 365/19). La duda residiría en si el cumplimiento de dichas obligaciones con posterioridad y a consecuencia de la subrogación de personal pueden comportar un vicio de nulidad.

¹⁰⁰ En este sentido: SSTS (CA) de 19 de junio de 1992, rec. 2124/90; de 9 de julio de 2012, rec. 216/11, de 26 de marzo de 2014, rec. 240/13. Asimismo: STSJ (CA) País Vasco de 1 de junio de 2000, rec. 2226/96; STSJ (CA) Galicia de 2 de julio de 2014, rec. 289/12; STSJ (CA) Andalucía (Sevilla) de 5 de febrero de 2015, rec. 479/14.

Por otro lado, así lo prevé expresamente alguna ley de la función pública de ámbito autonómico: Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana (DOGV n.º 6310 de 17-07-10; BOE n.º 190 de 06-08-10), cuyo artículo 17.5 respecto al personal laboral fijo determina que *“este personal no podrá ocupar puestos de trabajo clasificados para personal funcionario. El quebrantamiento de esta prohibición dará lugar a la nulidad del acto correspondiente, con la consiguiente responsabilidad de la persona causante del mismo, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional segunda y transitoria quinta de esta ley.*

¹⁰¹ STSJ Galicia (CA) de 21 de julio de 2011, rec. 304/08. En el mismo sentido: STSJ Galicia (CA) de 27 de enero de 2016, rec. 107/13. O la STSJ (CA) Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013, rec. 304/12, aunque hay más causas de nulidad. Pero no es infrecuente que se haga así en la práctica, como queda constancia en la STSJ (CA) Asturias de 17 de febrero de 2020 (rec. 365/19) que conoce del recurso sobre otros aspectos pero sin que este sea objeto de impugnación.

¹⁰² STSJ Asturias (CA) de 30 de noviembre de 2011, rec. 236/10.

¹⁰³ SSTS (CA) de 20 de julio de 1990; de 13 de junio de 2008, rec. 3026/02. En la doctrina judicial: STSJ Asturias (CA) de 22 de noviembre de 1999, rec. 1951/97; STSJ Castilla-La Mancha (CA) de 15 de abril de 2008, rec. 46/04. Aunque nada impide que la Plantilla Orgánica incluya un número de puestos inferior al de la RPT porque se decida no ejecutar en su totalidad aquella para un ejercicio presupuestario concreto [STS (CA) de 20 de octubre de 2008, rec. 6078/04. En el mismo sentido, SSTS (CA) de 28 de junio de 2011, rec. 6756/09; de 30 de junio de 2011, rec. 5133/09; de 25 de junio de 2012, rec. 2583/11; de 9 de abril de 2014, rec. 514/13

¹⁰⁴ También la STSJ (CA) Aragón de 15 de mayo de 2018, rec. 285/17, recientemente analizada.

¹⁰⁵ SSTSJ Galicia de 8 de junio de 2016 (2), rec. 108 y 98/16; de 16 de mayo de 2018, rec. 379/17.

Durante la tramitación de la LCSP de 2017 los grupos parlamentarios Socialista, Ciudadanos y Grupo Mixto (PdCat) presentaron varias enmiendas, de idéntico tenor literal¹⁰⁶, por las cuales se pretendía añadir una nueva disposición adicional, que, además de condicionar la reversión a las limitaciones presupuestarias y a la tasa de reposición, establecía que con carácter previo a la subrogación –más concretamente con una antelación de 3 meses a la extinción del contrato público– la entidad pública debería modificar su RPT “*en lo necesario para cubrir de manera indefinida los que sean objeto de los contratos*”, no pudiendo asumir la gestión si dicho trámite no se realiza con carácter previo. Las justificaciones realizadas por dichos grupos parlamentarios obedecían a la intención de que los trabajadores “*recuperen lo antes posible su condición laboral indefinida con pleno respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública*” y evitar que se incorporen mediante la figura del indefinido no fijo con la situación de precariedad e inseguridad laboral que conlleva. Por ello, la intención era que el correspondiente procedimiento selectivo se realizara con anterioridad a la subrogación. Afortunadamente, dichas enmiendas fueron rechazadas ya que, por más que la intención fuese encomiable, omiten la consecuencia sobre aquellos trabajadores que eventualmente no superaran la selección y que, a ojos de la Directiva y del TJUE, también deben ser subrogados.

En mi opinión la aplicación de estos instrumentos organizativos a los supuestos de reversión puede y debe ser más flexible. En primer lugar, porque la legislación estatal y autonómica ya prevé supuestos en los que puede exceptuarse su cumplimiento previo en atención a circunstancias urgentes e imprevisibles. Así el artículo 15.1.f LRMFP¹⁰⁷ exceptúan la aprobación de la RPT cuando se trate de personal laboral de carácter no permanente o temporal¹⁰⁸. Del mismo modo que también la aprobación de la Plantilla de personal admite excepciones ante similares supuestos de contratación temporal de forma urgente e imprevisible. Incluso, algunas leyes de la función pública autonómica prevén la posibilidad de consignar «dotaciones globales» para atender a estas necesidades de mano de obra¹⁰⁹, matizando alguna de ellas, que no solo están dirigidas a satisfacer trabajos «ocasionales» que por su falta de «permanencia» no hayan sido incluidos en la RPT, sino también «urgentes» (no necesariamente temporales) en el sentido de su falta de

¹⁰⁶ Enmiendas n.º 799, 422 y 964, respectivamente (BOGC n.º 2-2 de 16-3-17). **Disposición adicional XX (nueva). Garantía de la calidad del empleo en los supuestos de internalización de servicios o actividades.**

“[...] 2. Las entidades integrantes del sector público que acuerden gestionar directamente, con sus propios medios o a través de una entidad vinculada o dependiente de las mismas y con personalidad jurídica propia, servicios públicos que viniera gestionando con anterioridad un operador económico al amparo de un contrato de servicios, de concesión de obras o de concesión de servicios, deberán, siempre que exista sucesión de empresa o subrogación en los contratos de trabajo con arreglo al convenio colectivo de aplicación, modificar las relaciones de puesto de trabajo en lo necesario para cubrir de manera indefinida los que sean objeto de los contratos, dentro de los tres meses anteriores a la extinción del contrato celebrado con el operador económico, no pudiendo, de no modificarlas en dicho plazo, asumir efectivamente la gestión directa de los servicios públicos de que se trate”.

¹⁰⁷ “Este requisito no será preciso cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones”.

¹⁰⁸ Véase: M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 305. Véase las sentencias citadas por la autora.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 307.

«previsibilidad» o derivadas de contratos de servicios¹¹⁰. Así las cosas, por de pronto, no debería comportar nulidad si la integración de personal se realiza como personal de naturaleza temporal. Más complejo es exigir que preexista una necesidad urgente e imprevisible, que requeriría atender a las circunstancias concretas del caso por lo que, podría serlo cuando la subrogación se imponga por sentencia judicial o cuando se produzca de forma sobrevenida (ej. concurso desierto; rescate o secuestro) pero no cuando haya un expediente administrativo tramitándose previamente y en el que los informes y memorias aportados advertían sobre la necesidad de cumplir con la obligación laboral. Y en segundo lugar, porque no parece que estos trámites de carácter instrumental establecidos por la legislación ordinaria puedan suponer un verdadero obstáculo al cumplimiento de la obligación de subrogación cuyo origen está en el derecho comunitario.

En este mismo sentido se pronuncia TREVIÑO PASCUAL, que considera que cuando la sucesión de empresa se produce *ex lege* la no adopción previa de la Plantilla y la RPT no puede afectar a la incorporación del personal pues, al contrario, la secuencia temporal lógica es que estas deban ser modificadas en un momento posterior a la operación para adaptarlas a la subrogación *ope legis* –por imperativo legal y comunitario–. Entiende además que la cuestión guarda cierto paralelismo con la declaración judicial de la condición de indefinido no fijo, en la que la sentencia judicial es el título externo, válido y suficiente que determina la obligación de incorporar inmediatamente al trabajador, con independencia de que posteriormente se proceda a la acomodación de la dotación de la Plantilla y la adaptación de la RPT¹¹¹.

En fin, conviene recordar que ahora queda claro que la competencia judicial para calificar las irregularidades que se den sobre algunas de estas actuaciones preparatorias con naturaleza de acto administrativo corresponde a la jurisdicción social, lo cual, sin perjuicio de otras consideraciones, tampoco parece totalmente desacertado habida cuenta de la confrontación de posiciones que puede ocasionar entre los tribunales de uno y otro orden sobre la reversión de una actividad pública antes externalizada.

3.2.3. *Consecuencias sobre los contratos de trabajo celebrados al amparo de un acto administrativo nulo*

Lo que no ha variado es la atribución competencial al orden social para determinar las consecuencias que la anulación de los actos correspondientes al procedimiento administrativo de selección sobre los contratos de trabajo celebrados a su amparo. En cualquier caso, tanto cuando se anula el procedimiento de selección como cuando se anulan los actos previos (RPT, aprobación

¹¹⁰ Art. 13.2 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (BOJA n.º 112 de 28-11-85; BOE n.º. 302 de 18-12-85) que permite su establecimiento para retribuir trabajos “ocasionales o urgentes que no correspondan a puestos de trabajo incluidos en la relación, en razón a su falta de permanencia o de previsibilidad, así como para satisfacer el importe de los contratos de servicios”.

¹¹¹ M. TREVIÑO PASCUAL, “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, cit., p. 155.

de la plantilla, etc.), interesa conocer la repercusión que tiene sobre los contratos de trabajo que se hayan celebrado al amparo de los actos declarados nulos en vía administrativa o judicial¹¹².

Como punto de partida debe resaltarse la ausencia de una regulación normativa que proporcione una solución expresa en el ordenamiento jurídico laboral o administrativo, pero habida cuenta de la trascendencia de la irregularidad y de los principios constitucionales en juego, la jurisprudencia social ha dado una respuesta para impedir que el contrato de trabajo continúe desplegando su eficacia jurídica. Así, enfatiza el Supremo que *“existe una conexión funcional directa entre el procedimiento de concurso de provisión de plazas en la Administración Pública y el contrato de trabajo celebrado a la vista de su resultado, de suerte que no se puede exigir la continuación de los contratos si se ha anulado el concurso que es su base de sustentación”*¹¹³. Ahora bien, lo que ha resultado más controvertido es la forma de articular la ineficacia contractual, siendo dos las posibles opciones: la nulidad y la extinción del vínculo laboral.

En un primer momento, aunque de manera no uniforme, parecía admitir la nulidad automática de aquellos contratos celebrados a resultas de procesos selectivos anulados en sede contencioso-administrativa¹¹⁴, pero con posterioridad cambió su criterio asumiendo que la nulidad declarada por sentencia firme de las bases de un concurso de provisión externa *“deriva lógicamente”* en la extinción de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con aquel. Así, desde la STS de 10 de marzo de 1999 (rec. 2138/98)¹¹⁵ asume que *“no es preciso ejercitar la acción de nulidad del contrato de trabajo, vía jurídica de escasa utilidad en el tráfico jurídico-laboral, sino que el empresario puede acudir a alguno de los procedimientos y actos extintivos previstos en el art. 49 del ET”*. Parece ser que la finalidad de esta interpretación es proporcionar

¹¹² Respecto a aquellos aspirantes no seleccionados y contratados las consecuencias pueden resumirse en dos: por un lado, la posibilidad de reclamar judicialmente la correcta aplicación de las bases, lo que puede conducir indirectamente a que consigan una efectiva contratación al anularse las actuaciones administrativas impugnadas y el procedimiento selectivo deba retrotraerse al momento anterior a la infracción permitiendo que se repitan correctamente aquellas actuaciones que pueden dar lugar a una propuesta de selección favorable [J. M. DÍAZ RODRÍGUEZ, “Efectos de la anulación judicial de los procedimientos selectivos”, en AA.VV. (AEDTSS) *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2009, p. 500]; y por el otro, pueden solicitar el reconocimiento judicial de una indemnización por daños y perjuicios, siempre y cuando no hayan participado en la irregularidad (STS de 27 de marzo de 2013, rec. 1916/12) [J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 172-174].

¹¹³ Cfr. STS de 10 de marzo de 1999, rec. 2138/98.

¹¹⁴ SSTS de 29 de marzo de 1994, rec. 1673/93; de 5 de octubre de 1994, rec. 3790/93. En la segunda, más taxativa que la primera, afirmaba que *“no pueden descoyuntarse la intrínseca unidad del concurso-oposición y la celebración del contrato de trabajo, en la que el primero está internamente ordenado al segundo, determinando la persona apta para celebrarlo, por lo que anulado el concurso-oposición que confirió legitimidad y derecho al trabajador para ocupar la plaza mediante el contrato de trabajo éste queda de raíz inválido”* [el subrayado es mío].

Por el contrario, una jurisprudencia anterior impedía la extinción automática del contrato a resultas de la anulación de la convocatoria para la selección y contratación del trabajador (STS de 12 de junio de 1989).

¹¹⁵ Reiterada por SSTS de 5 de octubre de 1999, rec. 2773/99; de 5 de julio de 2000, rec. 3115/99; de 21 de enero de 2008, rec. 454/07; de 28 de abril de 2009, rec. 4335/07.

al trabajador una mayor protección al otorgarle el derecho a percibir una indemnización automática y tasada de las previstas por la normativa social¹¹⁶.

Más concretamente, en relación al cauce extintivo, esto es, la causa que determina la extinción y el procedimiento a seguir, considera que “a falta de cláusula o pacto resolutorio en tal sentido en el contrato de trabajo, y a falta de mutuo acuerdo de las partes, los actos extintivos en los que ha de encajarse el acuerdo unilateral de extinción del contrato afectado por parte de la Administración Pública convocante del concurso anulado son la extinción por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo (art. 49.1 h del ET) y las causas objetivas legalmente procedentes (art. 49.1.i. del ET)”¹¹⁷. Planteadas ambas posibilidades parece que se decanta finalmente por la primera de ellas, habida cuenta de que “el impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o «*factum principis*» (definido habitualmente como orden de la autoridad gubernativa, pero que cabe ampliar por analogía a la resolución de la autoridad judicial) constituye una causa de extinción (o en su caso de suspensión) del contrato de trabajo equiparable a la fuerza mayor”. De modo que para extinguir el contrato se deberá acudir a “la vía del art. 51 del ET, cuando se superan los umbrales numéricos previstos en el párrafo 1 de dicho precepto legal, o bien más habitualmente la vía del art. 52 c) del ET, cuando se trata de extinciones contractuales por debajo de dichos límites”. Y ello, a pesar de que el artículo 51.7 ET prevé un único procedimiento con independencia del número de trabajadores afectados¹¹⁸. En todo caso, la inobservancia de los requisitos procedimentales e indemnizatorios legalmente previstos para el despido dará lugar a la declaración judicial de nulidad o improcedencia y sus correspondientes consecuencias, a menos que después del cese el trabajador tome posesión de otro puesto, sin solución de continuidad, tras haber superado el oportuno proceso selectivo, en cuyo caso debe entenderse que tienen lugar una novación modificativa por mutuo acuerdo entre las partes¹¹⁹.

¹¹⁶ T. QUINTANA LÓPEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas [Ref. BIB 2001/744]”, cit., p. 7/13 pdf descargado. En el mismo sentido se ha entendido que lo que pretende la sentencia es dar una “respuesta laboral” al problema, en lugar de aplicar las consecuencias administrativas *stricto sensu*. M. A. CASTRO ARGÜELLES; J. GARCÍA MURCIA, “La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 7, 2000, pp. 6/9 pdf descargado el 28-09-20 de la BD Aranzadi-Thomson Reuters (Ref. BIB 2000/513); J. M. DÍAZ RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo en el sector público ante la anulación del procedimiento de selección”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2001, p. 766.

¹¹⁷ Alguna autora ha estimado que desde el momento en que se reconduce a supuestos extintivos ajenos a la voluntad del trabajador (art. 49.1 h y i ET), la posibilidad de recurrir a las cláusulas resolutorias o al mutuo acuerdo ambas sin indemnización tasada- rayaría el abuso de derecho y la vulneración del principio de indisponibilidad contenido en el art. 3.5 ET. Véase: M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 324.

¹¹⁸ La doctrina considera que en este punto la argumentación el Supremo ha quedado algo confusa, pues si se está ante un caso de «*factum principis*» debería ser apreciado por la autoridad laboral en un expediente de regulación de empleo con independencia del número de trabajadores afectados, por lo que no se entiende la referencia al art. 52.c ET. véase: T. QUINTANA LÓPEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas [Ref. BIB 2001/744]”, cit., p. 8/13 pdf descargado.

¹¹⁹ SSTs de 29 de enero de 2013 (2), rec. 981 y 1422/12.

La comentada sentencia ha sido objeto de importantes críticas. Para empezar, cuenta con un voto particular¹²⁰ que discrepa con la solución mayoritaria y aboga porque el efecto que debe recaer sobre el contrato por la anulación firme de la convocatoria no puede ser otro que la nulidad del mismo si fue celebrado al amparo de aquella. Para ello, se basa en el tenor literal del artículo 64 Ley 30/1992 –actual art. 49.1 LPAC– que determina que *“la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero”*. Pues bien, *a sensu contrario* puede deducirse que en aquellos casos en los que el segundo acto dependa del primero –como es el caso– sí que debe arrastrar idéntica consecuencia de nulidad.

La tesis del voto particular se basa en que es necesario mantener aquí la misma solución que puede alcanzarse de forma pacífica en el ámbito del derecho público y a la que se llega en el propio empleo público funcional ante un nombramiento irregular. Además, matiza que no debe confundirse la institución de la extinción de un contrato inicialmente válido que pierde vigencia por una causa sobrevenida (alguna de las previstas en el art. 49 ET) con la nulidad del vínculo en la cual la causa no es sobrevenida sino originaria pese a que tenga efectos *ex nunc* de acuerdo con el artículo 9.2 ET¹²¹. Así, dejando entrever la aparente confusión de la Sala al respecto, declara que tampoco es necesario el ejercicio de una acción de nulidad del contrato, porque la nulidad es *per se* consecuencia de la anulación del acto administrativo que sirve de presupuesto para el contrato, por lo que puede ser ejercida mediante una declaración de voluntad del empleador. De ello se deriva que se aprecie *“cierta semejanza procedimental”* con el despido. Sin embargo –continúa aclarando– *“la distinción entre ambas instituciones –nulidad y extinción– es esencial, porque el caso de la nulidad la causa no es sobrevenida, sino originaria, y la voluntad del empleador puede estar determinada, como ocurre en el supuesto debatido, por una declaración anterior. De ahí que el control judicial tenga que limitarse en tales supuestos a la relación de dependencia entre el acto anulado y el contrato, sin entrar en lo que ya ha sido decidido por el orden contencioso-administrativo”*. Así las cosas, de conformidad con el artículo 9.2 ET el trabajador tendría derecho a percibir la retribución por el trabajo ya prestado, pero no tendría derecho al reconocimiento a una de las indemnizaciones tasadas y automáticas previstas en el estatuto de los trabajadores, aunque nada obsta que si la actuación administrativa le ha ocasionado un perjuicio –y siempre y cuando no le sea imputable la nulidad– pueda solicitar una indemnización que seguirá el *“régimen normal de la responsabilidad por daños”*.

La doctrina también se posiciona mayoritariamente a favor de la nulidad del contrato de trabajo con el posible reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios para compensar

¹²⁰ Formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete y al que se adhieren el Excmo. Sr. presidente de la Sala D. Luis Gil Suárez y el Excmo. Sr. Magistrado D. José María Marín Correa.

¹²¹ No faltan autores que también señalan que la posición mayoritaria parece confundir ambas categorías de ineficacia contractual. Véase: T. QUINTANA LÓPEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas”, cit., p. 10/13 pdf descargado; J. M. DÍAZ RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo en el sector público ante la anulación del procedimiento de selección”, cit., p. 771.

al trabajador cuando sea ajeno a la irregularidad cometida¹²². No han sido pocos los argumentos elaborados en contra de la tesis de la extinción del contrato y a favor de la nulidad. En primer lugar, se aduce que la extinción contractual por alguna de las causas relacionadas en el artículo 49 ET presupone la existencia de un contrato de trabajo válido; validez que no puede predicarse respecto del vínculo celebrado al amparo de un acto nulo que impidió la lícita conformación de la voluntad administrativa. Esta solución es la que se ha considerado más apropiada cuando el consentimiento de la empleadora pública contratante no está válidamente prestado, toda vez que no puede obviarse que dicho acto viciado entraña la vulneración de la igualdad en el acceso al empleo público¹²³. Dicho con otras palabras, concurren simultáneamente dos causas de nulidad claras en el ordenamiento jurídico: la falta de consentimiento válidamente prestado y la vulneración de un derecho fundamental¹²⁴ (sin perjuicio de que, como ya expresamos con anterioridad en nuestro posicionamiento en torno a la eficacia del artículo 14 CE para impedir la subrogación laboral, deba matizarse en este caso respecto a una provisión externa de personal).

En segundo lugar, se recurre, ante la falta de solución normativa expresa, a la aplicación análoga y supletoria de la legislación sobre contratos públicos (arts. 11.1 y 4 LCSP) la cual dispone que *“la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo*

¹²² J. M. DÍAZ RODRÍGUEZ, “El contrato de trabajo en el sector público ante la anulación del procedimiento de selección”, cit., p. 774; J. M. GOERLICH PESET, “Crónicas de Jurisprudencia”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 1, 2000, p. 123; T. QUINTANA LÓPEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas”, cit., p. 9/13 pdf descargado; T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 65; J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., pp. 173-177. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 178 y ss.; F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., pp. 251-252; M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público: cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 324. A. ARUFE VARELA, “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 40, 2015, p. 86. M. PEÑA MOLINA, “La «funcionarización» de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 40, 2015, p. 4/12 y ss. pdf descargado, fecha de consulta en la BD Lustel el 5 mayo 2019.

Algún autor, incluso, hace una lectura ampliadora de los supuestos en los que debería declararse la nulidad de los contratos de trabajo: a) incumplimientos de las normas reguladoras de las convocatorias; b) irregularidades en las pruebas selectivas; c) nulidad declarada por sentencia de la convocatoria para la provisión de puestos de trabajo; d) contratación de personal que haya aprobado pruebas sin que exista plaza para el mismo; e) contratación sin haberse producido el acceso mediante los sistemas de provisión reglamentarios; f) contratación de personal laboral en el que exista alguna de las causas de incapacidad específica que sean de aplicación a los funcionarios; g) contratación para ocupar puestos de naturaleza funcionarial; y h) cualquier contravención al interés público, al Ordenamiento Jurídico o a los principios de buena administración. Véase: J. PINAZO HERNANDIS, *Empleo público para una nueva Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 232 y ss.

En contra, M. A. CASTRO ARGÜELLES; J. GARCÍA MURCIA, “La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?”, cit., p. 7/9 y ss. pdf descargado, que afirma que la opción es la que mejor conjuga el interés del trabajador (por la indemnización) con el de la Administración, que le permite una ruptura de la relación laboral rápida y sencilla.

¹²³ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 169 y ss.

¹²⁴ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 179-180.

y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

También se ha destacado que la respuesta del Supremo no maneja adecuadamente las categorías jurídicas de nulidad y extinción, ni la de fuerza mayor y su correspondiente procedimiento extintivo, para empezar por que ni la fuerza mayor ni tan siquiera las causas objetivas son categorías pensadas para dar cobertura legal al supuesto aquí analizado¹²⁵. Pues bien, todavía puede resultar más complejo determinar las consecuencias de ineficacia del contrato cuando no exista una resolución firme previa –administrativa o judicial– que anule el acto viciado, sino que sea la propia sentencia social la que deba pronunciarse al respecto. Esta circunstancia se materializa tras la redistribución competencial formulada por la LJS y el cambio de criterio – antes comentado– por el que se confirma la competencia del orden social¹²⁶. Señala GARCÍA RUBIO que, en estos casos, puede ser todavía más difícil identificar la causa de fuerza mayor ante la inexistencia de una resolución firme anulatoria del «acto de autoridad», así como tampoco parece factible reconducir al supuesto de las causas objetivas si el vicio es motivado por la propia empleadora. Y es que parece, además, poco razonable que la respuesta judicial pueda pender de la existencia o no de una resolución de nulidad previa del acto administrativo toda vez que se ha constatado una irregularidad invalidante¹²⁷.

Sin embargo, tratando precisamente un supuesto de reversión de un servicio público, la antes citada STSJ (CA) Andalucía, Granada, de 23 de enero de 2018 (rec. 600/16)¹²⁸, anula el acuerdo municipal de subrogación precisamente por entender esta consecuencia contraria a las normas de acceso al empleo público y descarta cualquier otra solución que no sea la extinción contractual por imposibilidad sobrevenida con los efectos indemnizatorios que lleva aparejada la figura del indefinido no fijo. Más concretamente afirma que *“debe conciliarse de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público de otro, de tal manera que partiendo de la subrogación expuesta se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir*

¹²⁵ T. QUINTANA LÓPEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas [Ref. BIB 2001/744]”, cit., p. 8/13 pdf descargado.

¹²⁶ Recuérdese que conforme a esta los actos administrativos que componen el proceso de selección previo a la contratación laboral ya no son impugnables de forma autónoma y separada respecto del propio contrato. *Ibid.*, p. 11/13 pdf descargado. Pero aun manteniendo la doctrina de los actos separables resultaría incomprensible no llevarla hasta sus últimas consecuencias, por cuanto que no asume la Sala 4ª del TS que la nulidad del acto en sede administrativa produce el mismo efecto laboral. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 179.

¹²⁷ M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., pp. 322-323.

¹²⁸ Basándose en las anteriores: SSTSJ (CA) Andalucía, Granada, de 10 de marzo de 2014, rec. 938/10; de 16 de diciembre de 2013, rec. 1672/09; de 18 de noviembre de 2013, rec. 1409/09; de 4 de noviembre de 2013 (2), rec. 1503 y 3146/09; de 28 de octubre de 2013, rec. 1407/09.

sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Administración, pues la Administración desde luego no puede desentenderse sin más de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata”. Entiende que la subrogación en sí misma no es contraria a los principios de acceso al empleo público, sino únicamente es contraria la integración como empleado público en el sentido del EBEP, motivo por el cual descarta que, desde un principio, se integre como indefinido no fijo, personal subrogado o personal laboral fijo.

Con todo, no es difícil hallar sentencias de lo contencioso-administrativo que van más allá de la declaración de nulidad del acto administrativo viciado y declaran expresamente la nulidad del contrato de trabajo¹²⁹. Aun así, estas resoluciones judiciales reconocen que corresponde al orden social la concreción de los efectos sobre el contrato¹³⁰. En todo caso, parece razonable que tanto la irregularidad en el procedimiento selectivo como en los actos preparatorios deben conducir a la nulidad del contrato con los efectos previstos en el artículo 9.2 ET y con la posibilidad de que el trabajador vea compensada la existencia de un daño antijurídico efectivo y evaluable económicamente mediante una indemnización por daños y perjuicios¹³¹. Así, se ha estimado – lógicamente– ante supuestos de contratación directa sin observar las normas de acceso a la función pública con vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como cuando se vulnera el principio de publicidad por no incluir la plaza a cubrir en la OEP. Es más, se ha defendido que si en aquellos supuestos en los que se plantea una irregularidad en la contratación temporal pretendiendo la conversión en indefinido conforme al artículo 15.3 ET, se analizara previamente si preexiste un incumplimiento en materia de selección, debería conducir necesariamente a que el juez declarara la nulidad de la contratación, evitando así la problemática jurídica derivada de coherencia la norma laboral con el acceso al empleo público y consiguientemente la aplicación de la controvertida figura del «indefinido no fijo»¹³².

¹²⁹ STSJ Castilla y León, Burgos (CA), de 12 de enero de 2009, rec. 88/08; STSJ Madrid (CA) de 3 de mayo de 2016, rec. 772/15; SSTSJ Andalucía, Sevilla (CA), de 30 de marzo de 2017, rec. 61/17; de 26 de julio de 2017, rec. 237/17; de 31 de enero de 2018, rec. 5/18.

En contraposición, también hay sentencias que no declaran la nulidad a pesar de constatar que no se ha cumplido con la preceptiva inclusión de la plaza en la OEP ni se ha provisto de la convocatoria pública correspondiente (STS de 2 de junio de 2000, rec. 2645/99) o incluso declaran la relación laboral como indefinida no fija ante idénticos incumplimientos (STSJ Aragón de 25 de abril de 2007, rec. 262/07).

¹³⁰ STSJ Madrid (CA) de 3 de mayo de 2016, rec. 772/15.

¹³¹ SSTS (CA) de 1 de abril de 2003, rec. 10783/98; de 21 de octubre de 2004, rec. 2830/00; STSJ Castilla-La Mancha (CA) de 27 de enero de 2004, rec. 62/01.

¹³² J. A. ALTÉS TÁRREGA, *La contratación temporal en la Administración Pública*, cit., p. 116; M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la administración pública*, cit., p. 74; T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 56; J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 188-190. Señala este último autor que, aunque en ocasiones pueda pasar desapercibida, es elemental la distinción entre las irregularidades de carácter administrativo acaecidas durante la selección de aquellas irregularidades formales o materiales de índole laboral. La concurrencia de ambas debe conducir a aplicar la nulidad contractual sin entrar a valorar los incumplimientos de la normativa laboral

La doctrina científica también se ha postulado a favor de la nulidad cuando lo incumplido no es el proceso selectivo en sí mismo, sino los actos preparatorios. En este sentido, no se ha dudado en defender la aplicación del artículo 9.2 ET cuando se ha contratado a un trabajador para desempeñar funciones reservadas a funcionarios públicos si la propia RPT prevé la contratación en régimen laboral vulnerando la reserva legal de funciones, aunque las soluciones judiciales al respecto no hayan sido todo lo claras que cabría esperar¹³³. Menos consenso se aprecia entre la doctrina al pronunciarse sobre la invalidez del contrato de trabajo cuando, aun tratándose de un puesto autorizado para personal laboral, se obvia la preceptiva inclusión de la plaza en la RPT. Así, un sector de la doctrina se posiciona a favor de la nulidad de la contratación en el bien entendido de que el incumplimiento de dicha obligación legal tiene carácter constitutivo pues es un “*presupuesto esencial para la elección de la modalidad de empleo laboral*”, por lo que determina la ineficacia de los actos posteriores incluida la convocatoria del propio proceso selectivo¹³⁴. Aunque otro sector estima que no es razón de suficiente entidad para producir efectos invalidantes, en contraposición de lo que ocurriría de vulnerar la reserva de funciones a favor del personal con una relación de servicios de carácter estatutaria¹³⁵.

Por último, cuando lo incumplido son los requisitos de acceso al empleo público (art. 56 y ss. EBEP)¹³⁶. Así las cosas, se entiende que falta el requisito de capacidad para contratar por parte del trabajador tanto cuando no se cumplan los requisitos generales como los específicos¹³⁷. Para el ámbito local el artículo 177.3 TRRL dispone que “*será nulo el contrato laboral por tiempo indefinido celebrado por una Entidad Local con persona incurso en alguna de las causas de incapacidad específica que sean de aplicación a funcionarios y al personal interino*”¹³⁸.

Y esta dirección también ha sido seguida por algún TSJ para solventar supuestos de reversión, anulando el contrato de una trabajadora «subrogada» tras la extinción de la contrata de limpieza de un centro educativo público por vulnerar las normas constitucionales y legales del acceso al empleo público laboral. Aunque también porque se ha producido una desafortunada concatenación de actos administrativos sobre la adecuada vinculación con la trabajadora y porque

¹³³ J. A. ALTÉS TÁRREGA, *La contratación temporal en la Administración Pública*, cit., p. 118; T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 57.

Aunque en algún caso aislado el órgano judicial se muestra tajante declarando la nulidad de pleno derecho de la relación laboral concertada para prestar funciones que implican la participación directa o indirecta de potestades públicas (SJS nº 3 Burgos de 19 de octubre de 2016, proc. 562/16).

¹³⁴ M. L. MOLERO MARAÑÓN, *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 31-32; en el mismo sentido: T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 59 y ss.; F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 261; L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 320; M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 304.

¹³⁵ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 328-329; M. GODINO REYES, *El contrato de trabajo en la administración pública*, cit., pp. 164-165.

¹³⁶ J. PINAZO HERNANDIS, *Empleo público para una nueva Administración Pública*, cit., p. 232 y ss.

¹³⁷ T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 66.

¹³⁸ Véase apartado VI.1

se parte de los hechos probados en instancia por los cuales el JCA de Barcelona entendió –quizás erróneamente– que no hubo una efectiva sucesión empresarial al obviar la doctrina de la sucesión de plantillas (STSJ (CA) Cataluña de 14 de febrero de 2014, rec. 117/13)¹³⁹.

Bajo mi punto de vista, la nulidad contractual parece una solución totalmente apropiada cuando se produce una contratación discrecional, por cuanto que es la más ajustada a derecho (la nulidad del acto administrativo arrastra a la misma sanción a todos los actos posteriores) y la que mejor pondera los intereses en juego –permitiendo que el trabajador sea reparado cuando le ocasione un daño o pero sin generalizar el derecho a la indemnización con las repercusiones que ello conlleva sobre el erario público–. También considero que es la mejor solución cuando se produce una irregularidad de carácter laboral estrictamente –de aquellas que vienen sancionadas por este sector del ordenamiento jurídico con la indefinición (arts. 15.3 y 5, 49.1.c párrafo tercero o, incluso, por cesión ilegal)–, en lugar de transformar la relación en indefinida no fija, por idénticas razones de interés público. Y, además, porque aunque tradicionalmente se ha distinguido las irregularidades que se producen en el proceso de formación del contrato de trabajo con una Administración –entre irregularidades sobre el procedimiento selectivo e incumplimientos de la legislación laboral¹⁴⁰ o, si se prefiere, sobre la fase previa administrativa frente a la fase laboral¹⁴¹–, considero que las segundas podrían reconducirse siempre a las primeras. Así, la consecuencia de fijeza impuesta por la norma laboral determina que no se haya cumplido el procedimiento necesario para adquirir tal condición como empleado público, necesario para la válida conformación de la voluntad del ente contratante. Y ello, sin perjuicio de que la contratación del trabajador por la Administración se hubiese desarrollado con el estricto cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, porque su aplicación para la selección de personal temporal es mucho más laxa e, igualmente, no podría considerarse cubierto el trámite. Validaría esta interpretación las consideraciones formuladas en las SSTs de 17 y 30 de septiembre de 2020 (rec. 154/18 y 112/18) que, al hilo de la subrogación de personal procedente de extintas entidades del sector público que el hecho de que los trabajadores hubiesen sido seleccionados conforme a

¹³⁹ El TSJ confirmó la decisión del JCA de Barcelona de anular el acto administrativo por el que se prorrogaba el contrato de trabajo de una trabajadora de limpieza de un centro educativo para el curso 2011/12, después de que fuera contratada en el curso inmediatamente anterior por contrato de obra o servicio ante la extinción anticipada del contrato administrativo del Ayuntamiento con la empresa adjudicataria, para la cual trabajaba aquella trabajadora. En instancia se consideró que la contratación no obedece a una subrogación *ex lege* ni *ex convenio* por no concurrir los presupuestos aplicativos. Posteriormente, la corporación anula esta segunda contratación temporal y declara que la trabajadora era indefinida no fija a resultas de su situación de origen con la empresa contratista. El TSJ confirma la anulación del contrato de trabajo por la inobservancia de las normas constitucionales y legales sobre el acceso al empleo público y porque “*no es posible alegar sin más en vía jurisdiccional la contratación vía sucesión de empresa cuando se desconoce si en vía administrativa se han analizado y concurren todos los presupuestos para ello, dictándose el oportuno acto, recurrible, al hallarnos ante una alegación jurídica que no puede sustituir a aquel acto que no se ha producido y que pretende salvar tardíamente aquella ausencia de sucesión reconocida ya en la sentencia de instancia*”. Aunque esto último pueda ser discutible, pues, aunque no se dispone de toda la información del caso, si como parece desprenderse de la sentencia era la única trabajadora adscrita al servicio, su contratación directa laboral al finalizar la contrata para continuar realizando la misma actividad desencadenaría una sucesión de plantillas.

¹⁴⁰ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 190.

¹⁴¹ M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 301.

una entrevista y valoración de méritos para la celebración de un contrato por obra o servicio, entienden que no puede conducir ahora a su fijeza pues “*este proceso de selección pudo ser adecuado para los fines que se perseguían en ese momento, esto es la suscripción de contratos temporales para obra y servicio determinados, pero en modo alguno es suficiente para el acceso a la fijeza pretendida*”. Pues bien, traído de nuevo a estos casos, la sanción a la ilegalidad en la aplicación de la legislación laboral determina *de facto* el incumplimiento de lo establecido para constituir la relación de servicios de carácter fijo según las normas sobre la función pública, por lo que la consecuencia debe ser –a mi parecer– la nulidad del contrato de trabajo¹⁴².

En cambio, no es tan claro que la misma consecuencia pueda anudarse a la subrogación laboral. Esencialmente, porque no se puede extrapolar aquí la misma finalidad que se persigue con la declaración de nulidad cuando no se observe el proceso de selección de empleados públicos. En aquellos casos se produce un vicio en el consentimiento por parte de la empleadora pública en el contrato de trabajo al no haberse respetado el procedimiento lealmente establecido necesario para la válida conformación de la voluntad de la Administración. Sin embargo, en el caso de la subrogación por recuperación de la gestión del servicio no se producen nuevas contrataciones, ni hay nuevos vínculos contractuales en los que se precise el consentimiento de las partes. Al contrario, la subrogación se impone por mandato legal y, precisamente, no cabe su oposición por la voluntad de aquellas.

A mayor abundamiento, pueden traerse aquí los argumentos formulados en el capítulo anterior, solo que en estos casos no cabe duda de cuál debe ser el resultado de confrontar una norma de rango supranacional y otra de estricta legalidad ordinaria. En todo caso, cabe aplicar la distinción hecha allí entre supuestos de fraude de ley y consecuencias derivadas de la estricta observancia de la legislación laboral: la normativa laboral antifraude no puede usarse como una vía (fraudulenta) de acceso al empleo público, pero no así cuando no exista tal riesgo y la vía de acceso sea consecuencia de una aplicación legítima de la norma laboral.

Sin embargo, sí que debe destacarse que bajo ciertas circunstancias podría aplicarse la ineficacia del contrato de trabajo por nulidad del acuerdo público de reversión de una actividad pública. En concreto, a mi juicio, solo dos supuestos justificarían tal consecuencia. Por un lado, cuando el procedimiento viciado sea el que habilita para la perfección de la operación que desencadenará la transmisión de empresa. Me refiero a que la nulidad del acto público recaiga sobre el expediente administrativo de reversión, bien por infracción de sus aspectos procedimentales o bien por incumplimiento de aquellos límites materiales impuestos por la legislación pública que pretenden asegurar que la opción por la gestión directa es aquella que mejor permite realizar el interés general (es decir, los aspectos analizados en la parte I del trabajo). Y por el otro, cuando un órgano judicial determine que la reversión del servicio responde a una finalidad fraudulenta, en cuyo caso será nula la operación por la consecuencia delimitada en el

¹⁴² En cambio en el supuesto que hace referencia ahora la Sala de lo Social considera que debe ser indefinido no fijo. No obstante, se trata de un supuesto de subrogación y no de contratación temporal ilícita.

artículo 6.4 del Código Civil para el Fraude de Ley. Una operación de sucesión de empresa en el ámbito del sector público puede considerarse fraudulenta cuando la decisión de revertir no obedezca a ningún criterio objetivo que permita la realización del interés públicos, sino cuando se infiera que la única finalidad sea integrar a unos concretos trabajadores en el sector público.

Pues bien, en ambos casos el acto administrativo anulado recae sobre la decisión de alterar la gestión del servicio y su nulidad implica que el perfeccionamiento del traspaso (la ejecución del acuerdo) devenga también nulo. Si la operación que provoca la transmisión se anula no desplegará efectos el artículo 44 ET. Es decir, la nulidad afecta a un momento previo a la aplicación del precepto estatuario impidiendo la actualización de su supuesto de hecho y la imposición de sus consecuencias jurídico-laborales. Por consiguiente, si la incorporación de personal ya se hubiese realizado al momento de ser anulado el acto público, el modo de determinar la ineficacia del contrato de trabajo debería ser igualmente la nulidad *ex* artículo 9.2 ET y a mi juicio los trabajadores deberían ser reparados por los daños y perjuicios causados (aunque la jurisprudencia vigente opte por la extinción indemnizada). Ahora bien, una vez acaecida la transmisión no puede declararse nula la subrogación por el incumplimiento de las normas procedimentales de acceso a la función pública (proceso selectivo, no aprobación RPT o plantilla de personal, etc.).

3.3. La jurisprudencia consolidada sobre supuestos conexos: reorganizaciones y reestructuraciones en el sector público

Existen otros supuestos afines, no plenamente equiparables, pero de los cuales se pueden extraer también algunas ideas o conclusiones aplicables: se trata de las operaciones enmarcadas en procesos de reestructuración del sector público y sus correspondientes planes de ajuste, mediante los que se extinguen algunas entidades –con frecuencia sometidas al derecho privado–, y sus actividades son continuadas por otros entes públicos en los que se integra su patrimonio y, en consecuencia, su personal por mor del artículo 44 ET¹⁴³. Evidentemente, algunas diferencias subsisten entre estos últimos supuestos y las reversiones de servicios. De un lado, que vienen ordenados por una normativa específica de rango legal que matiza los efectos de la subrogación. Y de otro lado, que los sujetos subrogados ya accedieron a las sociedades o fundaciones que se extinguen tras la superación de un procedimiento selectivo basado en la igualdad, mérito y

¹⁴³ La STS (CA) de 19 de diciembre de 2018 (rec. 720/16) que hace una recopilación exhaustiva de todas las resoluciones dictadas por la Sala 3ª del TS: SSTS (CA) de 17 de febrero de 2016, rec. 3944/14; de 21 de enero de 2016, rec. 711/14; de 9 de diciembre de 2014, rec. 2666/13; de 24 de noviembre de 2014, rec. 2118/13; de 23 de septiembre de 2014, rec. 1382/13; de 14 de julio de 2014, rec. 2086/13; de 7 de julio de 2014, rec. 3541/12; de 2 de julio de 2014, rec. 2695/13; de 23 de junio de 2014, rec. 1054/13; de 16 de junio de 2014, rec. 550/13; de 9 de junio de 2014, rec. 2121/12; de 9 de abril de 2014, rec. 489/13; de 9 de abril de 2014, rec. 767/13; de 8 de abril de 2014, rec. 1006/13; de 31 de marzo de 2014, rec. 821/13; de 26 de marzo de 2014, rec. 480/13; de 24 de marzo de 2014, rec. 739/13; de 11 de febrero de 2014, rec. 3998/12; de 29 de enero de 2014, rec. 3818/12; de 27 de enero de 2014, rec. 3740/12; de 30 de diciembre de 2013, rec. 3355/12; de 30 de diciembre de 2013, rec. 3633/12; de 18 de noviembre de 2013, rec. 1690/12; de 15 de noviembre de 2013, rec. 381/12; de 9 de octubre de 2013, rec. 2102/12; de 4 de octubre de 2013, rec. 3213/12; de 2 de octubre de 2013, rec. 1707/12; de 16 de septiembre de 2013, rec. 1001/12; de 25 de marzo de 2013, rec. 1197/12; de 21 de enero de 2013, rec. 6191/11.

capacidad por lo que, en principio, la posible infracción de dichos principios puede considerarse menor (aunque en la práctica suscite dudas su validez por su laxa aplicación).

A) De todas las sentencias recaídas en procesos similares, es ilustrativa la STS (CA) de 21 de enero de 2016 (rec. 711/14)¹⁴⁴, en la medida en que cuenta con una fundamentación más desarrollada y recopila los precedentes anteriores. La sentencia resuelve la impugnación del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo¹⁴⁵, dictado al amparo de la antes analizada Ley 27/2011, de reordenación del sector público andaluz. En concreto, esta última ley dispone en su artículo 8 que el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) adoptará la configuración de Agencia adscrita a la Consejería correspondiente, manteniendo su personal laboral y funcionario y quedando subrogado en todas las relaciones jurídicas, incluidas las de personal, de ciertas entidades suprimidas. Para los casos de reordenación del sector público con supresión de entidades en el sector público andaluz, la DA 4ª de la misma Ley dispone la integración, por aplicación de la institución laboral de la sucesión de empresa, de su personal laboral en las agencias empresariales de nueva creación, toda vez que la adquisición de la condición de empleado público queda subordinada a la superación de un proceso selectivo¹⁴⁶. Así las cosas, el mencionado Decreto 96/2011 desarrolla tales previsiones para disolución de la «Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo» y los ya conocidos «Consortios UTEDLT»¹⁴⁷, previendo la subrogación de su personal ex artículo 44 ET, con los mismos derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo y convenios colectivos vigentes, y con el mantenimiento de la representación legal de los trabajadores. Si bien, el acceso de este personal a la condición de empleado público solo podrá darse previa participación en pruebas selectivas de acceso libre convocadas en las OEP (DA 1 y ss. Decreto 96/2011). En lo que aquí interesa la normativa fue impugnada por considerar que la integración del personal de las empresas públicas extinguidas en la Agencia de derecho público vulnera los artículos 14 y 23.2 CE debido a que la selección del personal siguió las reglas del derecho privado, sin someterse a pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de una OEP.

El recurso es desestimado por la sala con base en cuatro argumentos: el primero, que dicha integración no supone una alteración del régimen jurídico como personal laboral; el segundo, que

¹⁴⁴ Un comentario todos sobre todos los asuntos idénticos y su evolución judicial en S. VIÑUALES FERREIRO, “La reordenación del sector público andaluz desde la perspectiva jurisprudencial (A propósito de la STC 236/2015, de 19 de noviembre) [Ref. BIB 2016/85747]”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 181, 2016, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 11 noviembre 2020.

¹⁴⁵ BOJA n.º 83 de 29-04-11.

¹⁴⁶ En concreto, la letra b), del apartado primero, de la mencionada DA 4ª, disponía que “*el personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público*”.

¹⁴⁷ También sobre supuestos de integración del personal procedente de una sociedad mercantil participada por fondos públicos: por ejemplo, entre otras, las SSTS (CA) de 31 de marzo de 2014, rec. 821/13; de 17 de febrero de 2016, rec. 3944/14.

no cambia la titularidad pública de la entidad empleadora ni el objeto de su actividad, únicamente supone una modificación de su régimen de personificación; el tercero, que la subrogación no constituye una innovación normativa de la disposición impugnada, sino que obedece a la aplicación del artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE que concretan el principio de estabilidad en el empleo constitucionalmente protegido; y cuarto, que el decreto impugnado se limita a cumplir lo dispuesto por la Ley 1/2011, y esta solo permite la adquisición de la condición de empleado público previa superación de un procedimiento selectivo. Por tanto concluye que no puede entenderse que se haya efectuado “*un acceso al empleo público que merezca ser calificado de gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio*”. Y no es así porque, por un lado, está amparado en una Ley – que dispone su integración– y, por otro, porque es consistente con la norma laboral estatutaria. Y tampoco puede entenderse que afecte al derecho de promoción profesional o de provisión de puestos de trabajo vacantes en el SAE del resto de empleados públicos, puesto que tratándose de un derecho de configuración legal, la Administración tiene mayores márgenes de maniobra para realizar la posterior carrera profesional que el acceso inicial al empleo público.

B) Poco después, la antes analizada STC n.º 236/2015, avaló la constitucionalidad de la citada DA 4ª Ley 27/2011 frente al recurso de inconstitucionalidad presentado contra ella. Recuértese que dicha norma trazaba una línea de separación en cuanto a los mecanismos de garantías constitucionales existentes para el personal laboral y funcionario habida cuenta de la existencia de “*un canon parcialmente equivalente de enjuiciamiento*”. Así como que también estimó que no queda vulnerado el derecho al acceso de los ciudadanos al empleo público cuando, ya sea a la luz del artículo 23.2 o del 14 CE, la integración se produzca por una norma de rango legal que la ordene en términos generales y abstractos, determinando de forma previa los requisitos que deben cumplirse y basando la integración en reglas objetivas y no en situaciones individuales o referencias *ad personam*, sin quedar descartada, además, la introducción de una diferencia de trato que obedezca a una justificación objetiva y razonable. Siguiendo estos parámetros por parte del legislador, a ojos del Alto Tribunal, no se producirá una vulneración de la garantía de predeterminación normativa que rige para funcionarios o de la igualdad en la ley que aquel debe observar respecto a la aplicación del derecho a la igualdad en el personal laboral.

C) También merece la pena destacar la STS (CA) de 19 de diciembre de 2018 (rec. 720/16)¹⁴⁸ que, como algún asunto visto en el apartado anterior, es representativa la enorme complejidad y litigiosidad existente, de la disparidad de criterios que se observan entre los diferentes órganos judiciales y de los múltiples aspectos del procedimiento administrativo de reordenación del sector público y del procedimiento administrativo de selección de personal que pueden frustrar la operación. Lo relevante en este asunto es, a mi parecer, que se encuentra a medio camino entre una reestructuración de entidades del sector público y una reversión de contrataciones, por cuanto que el personal de uno de los extinguidos organismos autónomos (Instituto

¹⁴⁸ Un comentario en: E. ROJO TORRECILLA, “Organismos autónomos que se extinguen y subrogación del personal por la Corporación Local. Notas a la sentencia del TS (C-A) de 11 de diciembre de 2018”, en el blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo (15-01-19)*, 2019, fecha de consulta: 20-08-20.

Municipal de Facenda del Concello de Ferrol) proviene de un anterior cambio de gestión del servicio de recaudación municipal que prestaba servicios para el antiguo «recaudador municipal» –persona jurídico-privada– y que nunca superó un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad para acceder a su puesto de trabajo en el organismo extinto. Es más, en el momento de esta integración tenía la condición de personal «indefinido no fijo de plantilla». Lo impugnado ahora es el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ferrol por el que se modifica la forma de gestión y se extinguen diversos organismos autónomos locales, integrando en la estructura funcional de la corporación sus servicios y su personal.

Antes de analizar la respuesta del Tribunal Supremo conviene dejar constancia de que el conflicto tiene una larga trayectoria judicial, tanto en sede administrativa como social.

a) En primer lugar, ya hubo un pronunciamiento firme que declaró nulo el acuerdo municipal (fecha 20-12-07) por el que se procedió a la integración de los trabajadores del recaudador municipal en el ahora extinto Instituto, por vulnerar la normativa de acceso a la función pública y realizar una incorrecta clasificación del puesto en la RPT, en la medida en que las funciones a desempeñar debían quedar reservadas para funcionarios públicos (STSJ Galicia (CA) de 21 de julio de 2011, rec. 304/08)¹⁴⁹. Con todo, en lugar de incorporar a la plantilla como personal «a extinguir» como se pretendía, tal y como se desprende de sentencias posteriores y de varias noticias de prensa, se celebraron diversos juicios en social que declararon como «indefinidos no fijos» a los trabajadores¹⁵⁰.

b) Con posterioridad, la STSJ Galicia (CA) de 27 de enero de 2016 (rec. 107/13) –cuyo recurso pretende resolver ahora el TS–, declaró nula en virtud del artículo 62.1.3 de la Ley 30/1992¹⁵¹ –actual 47.1.e LPAC– la cláusula V y la DA del Acuerdo de fecha 27-12-12, que disponía la integración del personal temporal e indefinido no fijo –ahora en la propia estructura del Ayuntamiento– con las mismas condiciones y derechos que disfrutaban en el ente público de origen, previa aprobación de la consignación presupuestaria correspondiente, de la plantilla de

¹⁴⁹ Más concretamente, declaró nula la aprobación por el Ayuntamiento del convenio colectivo del Instituto y la RPT a raíz de la impugnación de la «Asociación Profesional de Personal del Ayuntamiento de Ferrol». En relación con esto segundo, la Sala lo anula estimando que *“al establecer el Concello las plazas en cuestión como laborales “a extinguir” ello supone a todas luces el otorgamiento de una estabilidad de la misma incompatible con la naturaleza temporal de las mismas. Las plazas están así relacionadas con puestos y actividades todas ellas referidas al ámbito específico de las funciones públicas de gestión y ordenación administrativa. Y, por último, supone un desconocimiento y actuación antijurídica del ayuntamiento que ha pretendido una incorporación de dicho personal procedente de la anterior empresa recaudadora en la estructura de la administración local sin el cumplimiento de los preceptivos sistemas de acceso a la función pública que se rigen por los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 23 CE)”*. La sentencia es firme, pues fue confirmada por la STS (CA) de 14 de mayo de 2014, rec. 463/12, aunque la Sala no entró a conocer el fondo puesto que se limitó a resolver sobre una posible incongruencia omisiva.

¹⁵⁰ Al parecer, dichas sentencias no fueron recurridas por el ente público para que adquieran prontamente firmeza y poder evitar así el cumplimiento de las sentencias de lo contencioso que declaraban la nulidad de la integración. Véase: <https://www.lawandtrends.com/noticias/despachos/las-irregularidades-en-la-integracion-de-personal-en-el-ayuntamiento-de-ferrol-pueden-conllevar-responsabilidades-1.html>

¹⁵¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE n.º 285 de 27-11-92).

personal y la modificación de la RPT, que creaba los puestos necesarios y adscribía como personal de carácter provisional al personal laboral no fijo. Debe resaltarse que la normativa de integración disponía la creación de una Comisión Técnica para valorar y decidir la naturaleza jurídica de la relación laboral tras la integración que nunca llegó desarrollar su cometido. El acuerdo fue impugnado por estimar que la ocupación de las plazas por los trabajadores subrogados implicaba una lesión a los derechos de carrera profesional de los empleados públicos. El TSJ estima el recurso y anula los pasajes del acuerdo relacionados con dicha integración argumentando que se ha producido una vulneración de las normas legales y constitucionales que regulan el acceso a la función pública que no puede encontrar cobertura legal en el artículo 44 ET, apoyándose – erróneamente a mi juicio– en sentencias de la Sala 4ª del TS que niegan la subrogación vía negociación colectiva en supuestos asunción directa de servicios públicos– y en el asunto judicial precedente. Mantiene la incorrecta clasificación de puestos en la RPT como laborales¹⁵².

c) Todavía después, la sala 3ª resuelve, en las SSTSJ (CA) Galicia de 8 de junio de 2016 (2), rec. 108 y 98/16, la impugnación de los acuerdos municipales (fechas 11-01-13 y 23-12-13, respectivamente) por los que se aprueban los presupuestos municipales y el cuadro de personal que «materializan» la integración del personal del Instituto con la creación *ex novo* de 29 plazas (3 funcionariales y 26 laborales) para los años 2013 y 2014 –respectivamente–, declarando nulo el Capítulo I de dichos presupuestos, sus anexos del personal y los cuadros de personal impugnados, al estimar que han sido aprobados sin la preceptiva negociación colectiva *ex artículo* 37 EBEP, de modo que concluye igualmente con la nulidad de pleno derecho por vulneración del procedimiento legalmente establecido para la formación de la voluntad de los órganos colegiados¹⁵³.

d) La STSJ correspondiente al recurso n.º 108 fue ejecutada por la STSJ Galicia (CA) de 16 de mayo de 2018 (rec. 379/17), que revocaba la estimación por la sentencia de instancia de la solicitud del Ayuntamiento de inejecución fundada en que las sentencias del orden social que declaran la condición de indefinidos no fijos implican una causa sobrevenida que la imposibilita. La argumentación no convence a la Sala que entiende que los pronunciamientos del orden social no tienen por qué impedir que la sentencia de lo contencioso-administrativo se ejecute dándole

¹⁵² A pesar de que la resolución está disponible en ninguna base de datos, es citada reiteradamente tanto por la STS que resuelve el recurso de casación como por las posteriores SSTSJ Galicia. En las posteriores SSTSJ Galicia de 8 de junio de 2016 (2), rec. 98 y 108/16, pueden hallarse fragmentos de la misma. La sala resuelve que *“al haberse vulnerado los principios de mérito y capacidad y haberse prescindido del procedimiento establecido para la integración, el acuerdo de integración es nulo de pleno derecho, en aplicación del artículo 62.1 de la Ley 30/1992”* (actual art. 47.1.e LPAC), añadiendo que *“también lleva razón la parte demandante cuando alega que los puestos a cubrir lo han de ser por funcionarios públicos y no por personal laboral”*.

¹⁵³ Aunque en este caso se enjuician actos administrativos relativos a la dotación presupuestaria y aprobación de la plantilla del ejercicio siguiente a la integración, la sala entiende que *“si se ha declarado por aquella sentencia la nulidad de la Cláusula V y de la DA del Acuerdo de 27 de diciembre de 2012, que preveían y daban cobertura a la integración aludida, obvio parece que los actos que derivan o traen causa en aquella nula previsión sean igualmente nulos”*. Manifiesta el órgano judicial que *“es evidente que, con este irregular proceder, el Ayuntamiento demandado está tratando de burlar las distintas resoluciones judiciales recaídas ya en este aspecto. Como con acierto señala la sentencia apelada, la materia que nos ocupa incide directamente sobre las condiciones de trabajo del personal municipal y, consiguientemente, está sujeta a negociación colectiva”* que *“ha brillado por su ausencia”*.

efectivo cumplimiento, pues “*el archivo de la ejecución que se ha acordado por el Juzgado entrañaría dejar vía libre a la materialización e integración del personal de los organismos autónomos como personal propio del Concello por una vía inidónea vulneradora de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en materia de acceso al empleo público, pese a que la llevada a cabo ha sido declarada contraria a Derecho*”¹⁵⁴.

e) Pues bien, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el Sindicato CIG frente a la segunda resolución comentada y pone fin de esta manera al periplo judicial, convalidando la integración del personal. El Alto Tribunal se apoya en numerosos precedentes de reorganización administrativa en el sector público, en los que se ha extinguido un ente instrumental y se ha integrado su personal no funcionario en la plantilla de la entidad absorbente. En este caso, como en aquellos¹⁵⁵, se considera que la integración no vulnera el derecho a acceder al empleo público, puesto que ya formaban parte de él como personal laboral ex artículos 2.1, 8.1.c y DA 1ª EBEP (el artículo 8.1.c ya incluye al personal indefinido). Y que por otro lado, no vulnera el derecho al desarrollo de la carrera profesional de los funcionarios y empleados públicos recurrentes que ya tenían plaza. Más concretamente, respecto a la situación del personal laboral que no había superado un proceso reglado de acceso reivindica que “*el juego de la sucesión de empresas implica el mantenimiento del régimen al que estaban sujetos y eso significa que el Ayuntamiento ha de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a las obligaciones que sus organismos autónomos contrajeron con sus restantes empleados no funcionarios con vinculo temporal o indefinido no fijo*”. Por otro lado, respecto a la reserva de funciones del puesto de trabajo para funcionarios públicos no aprecia infracción en el acuerdo ahora impugnado y tampoco considera vinculante el precedente antes referido y que fue confirmado por el Supremo, pues en aquel caso no entró a conocer el fondo sino que se limitó a resolver sobre una posible incongruencia omisiva, por lo que no hay ningún pronunciamiento precedente de la Sala sobre las cuestiones debatidas.

¹⁵⁴ Son interesantes ciertos pasajes de la meritada sentencia: “*resulta incuestionable que lo que se ha acogido es la nulidad de la creación de diversos puestos de trabajo como medio para la consolidación de la integración del personal de los organismos autónomos como personal propio del Ayuntamiento por una vía inidónea, por lo que debe evitarse cualquier procedimiento que tenga como finalidad tal integración, ya que si esta se culminase, a la vez que se frustraría la ejecución de la sentencia de que ahora se trata, se impediría llevar a cabo los mandatos que se contenían en las de esta Sala y Sección de 27 de enero de 2016 (procedimiento ordinario 107/2013), al igual que en la de 8 de junio de 2016, dictada en el procedimiento ordinario 108/2013. En estas últimas ya se anuló dicha integración, por lo que los presupuestos, cuadro de personal y anexo de personal no podían llevar a cabo ni prever los puestos como personal propio del Ayuntamiento.*”

[...] La juzgadora “*a quo*” estima que procede declarar la imposibilidad de ejecución por haber vencido el ejercicio presupuestario a que se refería el acuerdo nulo. La Sala no puede compartir dicho argumento, [...] en la práctica ello entrañaría que no sería susceptible de ejecución ninguna sentencia de esta índole, dado el tiempo que normal y ordinariamente transcurre para la tramitación y resolución de la vía administrativa, al que ha de añadirse el del cauce jurisdiccional. En efecto, si de lo que se trata es de impedir que se lleve a efecto la integración del personal de los organismos autónomos como personal propio del Concello, se ha de impedir que se lleve a cabo en cuantos presupuestos, cuadros y anexo de personal se encauce, materialice o consolide aquélla”.

¹⁵⁵ Concretamente, afirma que “*las semejanzas entre los supuestos considerados por estas sentencias y el presente son manifiestas*”.

D) Por poner otro ejemplo, aunque más antiguo, la STS (CA) de 20 de abril de 2005, rec. 4377/99. En ella, se valora la decisión del Gobierno Vasco en la que aprueba el Real Decreto por el que se extingue la Sociedad Pública Interbask, SA, creada en un principio para prestar apoyo logístico en las actuaciones del ejecutivo regional ante instituciones europeas, debido a la suspensión de sus actividades en Bruselas a causa de un posible conflicto positivo de competencia entre el Estado y la Comunidad Autónoma planteado ante el TC. Tras resolverse este reconociendo la competencia autonómica se crea la Delegación de Euskadi en Bruselas y se decide extinguir la sociedad, asumiendo las funciones de aquella. Así, se autoriza la subrogación por la administración vasca en las relaciones laborales, otorgando un plazo de 2 años para que se proceda a la adecuación de la correspondiente RPT. El TSJ del País Vasco anula la parte de la disposición reglamentaria que permite la subrogación laboral, tras su impugnación por el sindicato LAB, al entender que no puede realizarse la subrogación sin la necesaria cobertura legal que justifique la excepción al régimen de acceso al empleo público de dichos trabajadores subrogados.

El Gobierno Vasco recurre en casación porque entiende vulnerados tanto el artículo 44 ET como el 23. CE. La Sala 3ª del TS basa su fundamentación en estas «dos cuestiones fundamentales». Respecto a la primera, concluye que ha habido una efectiva transmisión de empresa, por lo que la cláusula normativa de subrogación aprobada por el gobierno vasco “*no es sino mera constatación de esa realidad objetiva*”. En este sentido, se constata que la sociedad era una verdadera unidad productiva y que la decisión de prestar directamente la actividad responde a una causa objetiva: la válida decisión organizativa de extinguir la empresa pública tras declararse tras el reconocimiento de la competencia autonómica por el TC.

Respecto a la segunda cuestión, la vulneración del derecho a la igualdad en el acceso al empleo público, comienza recordando que el artículo 23.2 no confiere derecho sustantivo alguno, sino que garantiza una situación jurídica de igualdad en dicho acceso. Después, tampoco puede entenderse que la norma reglamentaria no cuente con apoyo legal como había estimado el TSJ, puesto que hay una ley autonómica que justifica la razonabilidad de la medida organizativa y regula el procedimiento por el que se produce “*la integración en la estructura humana de la Administración, con escrupuloso respeto a las normas que rigen la confrontación de éstas*”. Y es que la norma legal en cuestión determina que cuando los puestos hayan sido clasificados como funcionariales, el personal subrogado podrá acceder a la condición de funcionario cuando cuente con los requisitos de titulación exigibles y supere las «pruebas restringidas» que serán convocadas por una sola vez y en las que se valorarán los servicios prestados y los méritos que puedan determinar la aptitud o idoneidad del aspirante. En caso de no superar el concurso sus plazas continuarán como «personal laboral a extinguir».

E) Pues bien, un sector de la doctrina administrativista ha entendido que la solución contenida en este tipo de supuestos es perfectamente trasladable a aquellos otros en los que hay un empleador privado y se produce un cambio en la forma de gestión de los servicios públicos¹⁵⁶.

A mi parecer, lo que no puede negarse es que los supuestos contenidos en estas sentencias y los que ahora se estudian tienen algunos puntos de conexión y que algunos de los argumentos expresados para resolverlos pueden emplearse en ambos casos.

Para empezar, aunque cabe admitir la diferente situación de partida de los trabajadores en los casos ahora analizados y en los que constituyen el objeto de este trabajo (unos han accedido como mínimo de acuerdo con la DA 1 EBEP, los otros sin observar procedimiento objetivo alguno de selección) cabe afirmar que en la práctica puede que la situación no sea tan diferente. Como se verá, el acceso a sociedades y fundaciones privadas del sector público no puede considerarse equiparable al que debe respetarse en entidades de derecho público, de modo que debe exigirse que se acredite en el proceso judicial que la selección garantizó la adecuada aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Y aunque recientemente el Tribunal Supremo ha descartado que deba aplicarse una presunción de legalidad en la actuación de dichas entidades en la contratación y que deba probarse efectivamente (STS de 30 de septiembre de 2020, rec. 112/18), en otros casos no se ha llevado a cabo tal prueba aun cuando se han planteado ciertas sospechas sobre su adecuación (STS n.º 236/2015). Y es que la aplicación más laxa de los principios de acceso en dichas sociedades puede dar lugar a la realización de sistemas selectivos tan sencillos como una entrevista y una valoración de méritos sobre el currículum del candidato, no siendo tan alejada de cómo se desarrolla en una empresa totalmente privada. Incluso, en algún caso en el que queda meridianamente claro que la selección no fue conforme a las reglas de acceso al empleo público por cuanto que en la entidad cedente ya tenían la condición de indefinido no fijo al provenir de una empresa contratista privada, se aplica la subrogación (al menos, en tanto en cuanto no se cuestiona el mantenimiento de esta vinculación contractual).

Por otro lado, con frecuencia, el foco de atención se pone, más que en el cumplimiento de estas exigencias por los trabajadores, en la restricción del derecho a la igualdad del ciudadano en el acceso al empleo público. Y aquí de nuevo hay otro elemento de comparación, por lo que los parámetros propuestos para entender que no se vulnera el derecho fundamental pueden trasladarse a las reversiones de contrataciones públicas.

En este orden de cosas, parece que tiene mayor legitimidad la integración cuando viene ordenada por una norma con rango de ley específica, a pesar de que sea igualmente aplicable el artículo 44 ET. La Ley administrativa que dispone la integración no hace otra cosa que garantizar la aplicación de la institución laboral, como también ocurría en el supuesto de integración de las Ikastolas privadas en el sistema público vasco de educación (STC n.º 252/2005). Así, parecen

¹⁵⁶ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 110. Concretamente, se refiere a la STS de 17 de febrero de 2016, rec. 3944/14.

destacarse tres requisitos que determinarán la validez de la previsión normativa y su ajuste a los artículos 14, 23.2 y 103.3 CE:

En primer lugar, que no se trate de una innovación normativa por cuanto que prevé el cumplimiento de una obligación laboral derivada de la sucesión de empresa. De esto modo, como ya se dijo, parece que hay una justificación objetiva y razonable que permite exceptuar las reglas que configuran el acceso al empleo público.

En segundo lugar, que los términos en que se formule no encubran preferencias o pretericiones *ad personam* cuyo objeto responda a la integración como empleado público de un grupo singularizado de trabajadores. Así, también suele exigirse que el desarrollo normativo de dicha integración se formule de forma abstracta y general, es decir, de forma objetiva.

En tercer lugar, aunque explícitamente no se diga, se sigue un criterio que deriva de la aplicación del principio de proporcionalidad que debe regir en el diseño jurídico de integración del personal efectuado por estas normas en términos que no sean contrarios a la igualdad de oportunidades. Y es que, las normas que superan el enjuiciamiento, bien por parte del Tribunal Supremo o bien del Tribunal Constitucional, no imponen la integración plena como empleados públicos pues se subordina a la superación de un procedimiento selectivo convocado mediante OEP (STC n.º 236/15); o bien no alteran la sujeción a un determinado vínculo contractual que no conlleva la consolidación de la plaza ocupada (STS (CA) de 19 de diciembre de 2018); o no determinan el cambio de su régimen jurídico como personal laboral (STS (CA) de 21 de enero de 2016). Esta última, especialmente relevante porque la compatibilidad de la integración como funcionario público con el artículo 23.2 CE puede ser más discutible. Con todo, también en otros casos de los estudiados, no parece que haya obstáculo si se condiciona a la superación de una oposición o concurso-oposición, eso sí, con garantías adicionales para tratar de compatibilizar las normas públicas con la sucesión de empresa: establecimiento de pruebas selectivas restringidas y mantenimiento del puesto como personal a extinguir en caso de no ser superadas por el trabajador (STC n.º 252/2005 y STS (CA) de 20 de abril de 2005).

En definitiva si procede la subrogación por venir impuesta por el derecho laboral y comunitario y no se consolida el empleo público sin superar el correspondiente sistema de selección no puede considerarse que se produzca un acceso «gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio».

4. La diferente aplicación de las reglas de acceso al empleo público en función de la forma jurídica del empresario público

4.1. Normativa aplicable

Ahora debe dirimirse si tienen igual aplicación las normas acerca de la selección de empleados públicos con independencia del tipo de entidad del sector público de que se trate, habida cuenta de la pluralidad y heterogeneidad de entidades que conforman el conjunto del sector público y su diverso sometimiento al derecho público y/o privado.

Todo lo anteriormente expuesto acerca del procedimiento selectivo es plenamente aplicable a la selección tanto del personal funcionario como laboral por parte de las Administraciones Públicas, debiéndose concretar estas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 EBEP, en las siguientes entidades: a) Administración General del Estado; b) Administraciones autonómicas (incluidas las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla; b) Administraciones de las entidades locales; d) Organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las anteriores; y e) Universidades Públicas.

El Tribunal Supremo entendió que lo esencial para quedar incluidas en el ámbito del precepto, y por ende en el ámbito del propio Estatuto, es que se trate de entes con personificación jurídica de Derecho administrativo y no de Derecho civil o mercantil (sin perjuicio de las matizaciones que con posterioridad se analizarán)¹⁵⁷. Por tanto, de una lectura *a sensu contrario*, puede inferirse que quedan fuera las sociedades mercantiles, las fundaciones y otras entidades que compongan el sector público sin estar regidas por el derecho administrativo¹⁵⁸.

Sin embargo, la DA 1 EBEP señala que “*los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica*”¹⁵⁹. Dicho esto, no parece discutible que tienen plena vigencia los principios rectores de acceso al empleo en todos los organismos que comprenden el sector público, pero otra cosa bien diferente es que también resulten aplicables las normas previstas en el EBEP, mediante las cuales se concretan y se desarrollan aquellos en el procedimiento selectivo de acceso.

Entre la doctrina más autorizada¹⁶⁰, quien además formó parte de la Comisión de Expertos para la aprobación del Estatuto Básico, se recuerda que en el Informe que respondía a tal fin, se propuso que se aplicara al personal dependiente de fundaciones y sociedades del sector público el mismo régimen aplicable que al personal laboral de las Administraciones Públicas, pues se consideraba que materialmente también era empleo público. Sin embargo, el legislado desoyó tal

¹⁵⁷ SSTS de 12 de septiembre de 2014 (3), rec. 2787 y 2591/12 y 1158/13; de 15 de septiembre de 2014, rec. 940/13; de 16 de marzo de 2015, rec. 819/14.

¹⁵⁸ J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Las peculiaridades de la aplicación del EBEP a la selección de los empleados públicos en las sociedades públicas y fundaciones [Ref. LA LEY 7497/2012]”, en *Manual para la selección de empleados públicos*, 1ª Edición, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2012, p. 4/11 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.

¹⁵⁹ Cuando se refiere a las entidades del sector público estatal, autonómico y local que “*estén definidas así en su normativa específica*” hace alusión a la normativa específica que determine su inclusión como entidad perteneciente al sector público. En el ámbito estatal esta función la realiza el art. 84 LRJSP; el art. 85.ter LBRL determina que se registrarán por el derecho privado salvo ciertas materias tasadas; por tanto, serán las leyes del sector público de las CCAA a las que corresponde en su ámbito territorial, incluido el local, realizar idéntico cometido que el art. 84 LRSP para el sector público estatal (J. J. GUIMERÁ RICO, *Las sociedades públicas. Fundamento y límites a la huida del Derecho Privado [Ebook]*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2020, pp. 471-473).

¹⁶⁰ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Capítulo Primero. Objeto y ámbito de aplicación”, en AA.VV. (Dir Miguel Sánchez Morón) *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 79, fecha de consulta en https://books.google.es/books/about/Comentarios_a_la_Ley_del_Estatuto_Básic.html?hl=es&id=P8lnKb44Hg0C (12-12-20).

petición y no quiso llegar «tan lejos» declarando únicamente la aplicabilidad de algunos preceptos del EBEP, a pesar de que ha sido constantemente puesto de manifiesto –antes y después de su aprobación– las reprochables prácticas de clientelismo y oportunismo que han guiado en la práctica la selección de empleados en este tipo de entidades¹⁶¹. Es más, una de las finalidades de su creación tradicionalmente ha sido, junto con la huida del derecho administrativo en la aplicación de la legislación sobre contratos públicos, la elusión de los principios de mérito y capacidad¹⁶².

Más concretamente, en dicho informe¹⁶³ se defendía que, al personal de entidades del sector público como sociedades y fundaciones, debería aplicarse el EBEP, eso sí, “*con las necesarias matizaciones*”, cuando pese a su sometimiento a la legislación laboral se le considere empleado público “*en términos sustantivos y económicos*” por razón de las funciones que lleva a cabo, de la vinculación o dependencia de una Administración y del origen de los fondos con el que se pagan sus retribuciones. La Comisión de Expertos consideró preciso, cuando se trate de sociedades públicas, atender a “*su realidad sustantiva*”, pues algunas de ellas desarrollan una producción de bienes y servicios en idénticos términos que una empresa privada, “*por lo que no tendría demasiada justificación extender a ellas las reglas el Estatuto del Empleado Público, a salvo de alguna alusión general a la observancia de principios de publicidad e igualdad en la contratación de su personal*”. Sin embargo, también reconocía la proliferación otras empresas públicas que realzan “*funciones intrínsecamente administrativas*” como la contratación de obras públicas, la gestión del patrimonio público, etc., lo que requeriría aplicar las reglas comunes previstas para el empleo público “*ya que, en términos sustantivos o reales, su personal forma parte del mismo*”. Pues bien, se proponía que, en estos últimos casos, se aplique el mismo criterio que sigue la legislación sobre contratación pública para que vinculen a sociedades que realicen actividades de interés general sin carácter industrial o mercantil, dependan o estén controladas por una Administración y se financien mayoritariamente con fondos públicos¹⁶⁴.

En definitiva, *de lege lata* son aplicables, en lo tocante al procedimiento de acceso, solamente los artículos 55 y 59. El primero, contiene los principios materiales (apartado 1) y procedimentales (apartado 2) que deben guiar la selección; el segundo, hace regula los cupos de reservas de vacantes para personas con discapacidad.

¹⁶¹Véase: J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Las peculiaridades de la aplicación del EBEP a la selección de los empleados públicos en las sociedades públicas y fundaciones [Ref. LA LEY 7497/2012]”, cit., p. 1/11 pdf descargado.

¹⁶²T. SALA FRANCO, *La incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, cit., p. 25. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 57.

¹⁶³AA.VV. (COMISIÓN DE EXPERTOS), *Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pp. 29-31.

¹⁶⁴Un amplio sector de la doctrina científica ha considerado que en estos casos deben considerarse a todos los efectos Administración institucional y no una mera propiedad de las AAPP. Véase: E. MONTROYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 55-56. D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital integramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cit., p. 240.

A) Parece ocasionar alguna duda el caso de las «Entidades públicas empresariales», habida cuenta de que las escasas referencias normativas son especialmente clarificadoras. De un lado, el artículo 2.1 EBEP no las nombra expresamente. Y del otro, el artículo 106 LRJSP, cuyo apartado primero establece que su personal se regirá por el Derecho laboral, con las especificaciones formuladas por el propio precepto y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la AGE, “*quienes se regirán por lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos o por la normativa laboral*”¹⁶⁵; mientras que el apartado segundo determina que su personal será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así, puede dar lugar al entendimiento de que el personal laboral se rige única y exclusivamente por el derecho privado y que la referencia al EBEP determina que solo se aplica a los funcionarios públicos que presten servicios en ellas, no siendo de aplicación ninguna norma contenida en este a excepción de la DA 1 que se analiza a continuación. Confirmaría esta tesis que posteriormente el apartado segundo indique que la selección del personal laboral se realice mediante convocatoria pública y sujeta tan solo a los mismos principios a los que remite la DA 1 EBEP. Esto es, una selección respetuosa con los principios de igualdad, mérito y capacidad pero no sujeta al procedimiento selectivo establecido por el EBEP. Esta secuencia argumental parece ser que es la que sustenta la postura de un importante sector de la doctrina que afirma solo se aplicarán los meritados principios¹⁶⁶.

Sin embargo, que otro sector defiende que se aplica todo el EBEP, habida cuenta de que dentro de la noción de «Organismos Públicos» prevista en la letra d) del artículo 2.1 EBEP deben incluirse también dichas entidades¹⁶⁷. A mi juicio, esta interpretación debe imponerse en tanto que, tal y como confirma expresamente el artículo 2.3 LRJSP, tienen consideración de AAPP, a pesar de su parcial sometimiento al derecho privado. Además, dentro de la clasificación de los organismos públicos el sector público institucional se incluyen dichas entidades, junto con los «Organismos Autónomos» y las «Agencias Estatales» (art. 84.1.a LRJSP). Por tanto, no hay dudas de la Ley las considera AAPP en el caso del sector público institucional estatal, aunque igualmente debe extenderse igual estatus al ámbito autonómico y local¹⁶⁸. Y es que, aunque la LRJSP no

¹⁶⁵ “*El personal de las entidades públicas empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado, quienes se regirán por lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos o por la normativa laboral*”.

¹⁶⁶ Por ejemplo, entre otros muchos: R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 16. De nuevo, afirma más adelante que el legislador remite al derecho privado la regulación de la contratación del personal tanto de entidades públicas empresariales como de sociedades mercantiles, sometiendo su selección a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Pero ello “*no supone el establecimiento de un régimen de acceso que haya de integrarse en el ámbito del Derecho Público. No es de aplicación a estos entes la normativa que se contiene en el Capítulo I del Título IV del EBEP, pues su personal no se halla comprendido en las previsiones del art. 2.1*”. Cfr. cit., p. 20.

¹⁶⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Capítulo Primero. Objeto y ámbito de aplicación”, en AA.VV. (Dir Miguel Sánchez Morón) *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 57. En igual sentido, más recientemente: F. RAMOS MORAGUES, “Delimitación del Sector Público y ámbito aplicativo del EBEP”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 40.

¹⁶⁸ Interpretación confirmada por la STS de 6 de julio de 2016, rec. 229/15.

declare de forma expresa e inequívoca el carácter básico de la ordenación de los organismos públicos que establece¹⁶⁹, se aplicará, al menos, con carácter supletorio. Primero, porque no es infrecuente que las leyes de la función pública autonómicas no proporcionen una ordenación propia del régimen jurídico de las entidades que componen su sector público, limitando su intervención al control financiero y a la ordenación de la hacienda autonómica. Y segundo, porque el artículo 85.bis LBRL remite en bloque a la LOFAGE, remisión que debe entenderse efectuada ahora a la LRJSP tras la derogación de aquella por esta última¹⁷⁰.

En este contexto, las reglas contenidas en el artículo 106 LRJSP permiten otra interpretación. Aunque, a mi parecer, su redacción siga siendo confusa, no hay motivos para descartar que la selección mediante convocatoria pública a la que se refiere el apartado 2.b) no se refiera al procedimiento selectivo regulado por el EBEP, ni que el apartado 1 determine la exclusión del personal laboral de su ámbito de aplicación. Y es que, cuando habla de “*las excepciones relativas a los funcionarios públicos*” no alude a las reglas jurídicas contenidas en el Estatuto, sino a la determinación de los puestos que «excepcionalmente» puede ocupar este tipo de personal en la entidad pública empresarial (art. 106.5 LRJSP). Ello permitiría entender que cuando dice «quienes» se regirán por el EBEP no se refiera únicamente a funcionarios, porque acto seguido también declara aplicable la demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y la normativa laboral –que solo tiene sentido si se piensa en empleados públicos laborales–. Lo que realmente es «excepcional» es la presencia de funcionarios públicos en estas entidades, ya que el legislador establece una clara preferencia por el régimen laboral, a excepción de aquellas funciones que impliquen el ejercicio de potestades administrativas¹⁷¹. Por tanto, que solo contenga la referencia a una de las especialidades que rigen sobre el personal contratado cuando presta servicios para las AAPP –el proceso de selección– no significa que no se apliquen el resto de materias –escasas– sobre las que el EBEP se aleja del régimen laboral común.

B) Por lo que respecta a las «Sociedades mercantiles públicas», el artículo 117.4 LRJSP dispone que su personal se regirá por el Derecho laboral y por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal¹⁷², incluyendo en todo caso la normativa

¹⁶⁹ **Art. 81.3 LRJSP. Principios generales de actuación.** “*Los organismos y entidades vinculados o dependientes de la Administración autonómica y local se regirán por las disposiciones básicas de esta ley que les resulten de aplicación, y en particular, por lo dispuesto en los Capítulos I y VI y en los arts. 129 y 134, así como por la normativa propia de la Administración a la que se adscriban*” [el subrayado es mío].

¹⁷⁰ E. GAMERO CASADO; S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, cit., p. 246. Aunque un sector de la doctrina administrativista entendía que la remisión de la LOFAGE no debía entenderse de modo incondicional a la legislación estatal, por cuanto que la LBRL constituye un derecho propio y específico de las entidades locales, lo cierto es que la inexistencia de potestad legislativa de estas aunado a la reserva de ley que tienen las cuestiones relacionadas con el acceso al empleo público determinan que las únicas peculiaridades que van a poder ser abordadas por las corporaciones locales sean la determinación y modificación de las condiciones retributivas y el ejercicio de control sobre la evolución del gasto de personal ex art. 85.bis.1.e) y f). Véase: J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Las peculiaridades de la aplicación del EBEP a la selección de los empleados públicos en las sociedades públicas y fundaciones [Ref. LA LEY 7497/2012]”, cit., p. 3/11 pdf descargado.

¹⁷¹ F. RAMOS MORAGUES, “Delimitación del Sector Público y ámbito aplicativo del EBEP”, cit., pp. 29-30.

¹⁷² Algunas leyes administrativas consideran que dichas sociedades forman parte del sector público aunque no se consideren AAPP, cuando la participación pública de su capital social represente al menos el 50% (art. 3 LCSP).

presupuestaria, pero sin referencia alguna a las normas de acceso al empleo público. En el mismo sentido, el artículo 85 ter LBRL no prevé como excepción al sometimiento al derecho privado la materia de personal. Además, es sabido que en este tipo de empresas públicas no cabe la figura del personal funcionario. Por tanto, la remisión al ordenamiento laboral común de su personal junto con la clara omisión por el artículo 2.1.d EBEP puede dar lugar al entendimiento de que este tipo de entidades y su personal queda excluido de dichas reglas selectivas.

No obstante, en la medida en que estén participadas directa o indirectamente por entidades de derecho público no les resulta aplicable *in totum* el ordenamiento privado. Así, el artículo 113 LRJSP establece que se regirán, además de por lo dispuesto en dicha Ley, por la LPAP, y por el ordenamiento privado salvo en ciertas materias: normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. Existen sentencias que entienden que *“esta referencia a la contratación apunta, como sucede en otros ámbitos, precisamente a las reglas sobre la selección de contratistas; reglas que en el régimen laboral se conectan con los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de persona”*¹⁷³. Aunque en sentido diverso, otras afirman que *“la «contratación» que ha de sujetarse a normas propias del sector público no es la de personal asalariado sino la de obras o servicios”*¹⁷⁴.

C) En el caso de las «Fundaciones del Sector Público», el artículo 132.3 LRJSP se expresa en los mismos términos que lo hace el art. 117.4 respecto a las sociedades mercantiles, por tanto, puede trasladarse a este tipo de entidades lo que se ha dicho anteriormente y todo lo que se diga en adelante respecto al personal de las sociedades de capital público¹⁷⁵.

No es ocioso dejar constancia ahora de la existencia de la STC n.º 8/2015, de 22 de enero, en la que el máximo intérprete constitucional delimita la compleja noción de sector público y su régimen jurídico aplicable, pues ha servido de base para la construcción doctrinal del Tribunal Supremo en varias de las sentencias que se analizarán con posterioridad¹⁷⁶. El sumo intérprete de la Carta Magna distingue entre «sector público administrativo» y «sector público empresarial». A su vez, dentro de este último, diferencia entre las «entidades públicas empresariales» (entidades de derecho público, sujetas al derecho privado salvo cuando ejerzan potestades administrativas) y las «sociedades mercantiles estatales» (con personalidad jurídica y sometimiento íntegro al derecho privado), de modo que mientras las primeras reciben la consideración de Administración Pública en la práctica totalidad de leyes administrativas, las segundas no. De esta manera concluye que *“tampoco puede admitirse como válida la comparación entre el personal laboral que*

¹⁷³ Cfr. SSTS de 11 de abril de 2006 rec. 1394/05; de 12 de mayo de 2008, rec. 1956/07; de 22 de enero de 2009, rec. 1636/08; de 26 de mayo de 2009, rec. 2198/08; entre otras muchas citadas por la autora citada.

¹⁷⁴ Cfr. STS 6 de julio de 2016, rec. 229/15 (respecto a la DA 12 LOFAGE con el mismo tenor literal).

¹⁷⁵ En este sentido: J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Las peculiaridades de la aplicación del EBEP a la selección de los empleados públicos en las sociedades públicas y fundaciones [Ref. LA LEY 7497/2012]”, cit., p. 4/11 pdf descargado.

¹⁷⁶ Aunque se ha criticado esta sentencia afirmando que se limita a reproducir la literatura académica y la regulación normativa existente, sin aportar «absolutamente nada» a pesar de que el Tribunal Supremo considera su doctrina una suerte de «descubrimiento esencial» (J. FONDEVILA ANTOLÍN, “El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas”, cit., p. 106).

presta su servicios en el “sector público administrativo” con el personal laboral que presta servicios en el “sector público empresarial”, pues como apunta el Abogado del Estado, el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas”.

4.2. La proyección de los principios de mérito y capacidad sobre el acceso al empleo en entidades del sector público sometidas al Derecho privado

A la luz del marco normativo expuesto no parece discutible que a cualquier entidad perteneciente al sector público, incluidas las Sociedades y Fundaciones públicas sometidas al derecho privado, les resultan aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así lo establece sin lugar a dudas la citada DA 1 EBEP, y así lo ha entendido también la jurisprudencia¹⁷⁷ y la doctrina científica¹⁷⁸. Ahora bien, donde parece que se pierde la uniformidad es en la concreción del alcance de dichos principios, existiendo dos líneas hermenéuticas que han tratado de explicar su virtualidad en estos casos: una, relacionada con la proyección de dichos principios sobre los procesos y pruebas selectivas; y la otra, trata de dirimir su eficacia cuando la legislación social sanciona con la adquisición de fijeza del trabajador. Si bien ambas cuestiones están relacionadas, no son exactamente lo mismo y, en ocasiones, pueden inducir a confusión. En la medida en que consideramos que esas cuestiones determinan la forma de integración del personal subrogado en las sociedades de capital público y que necesariamente han de abordarse de forma conjunta, debido a que la evolución interpretativa de ambas cuestiones muestra ciertos puntos de permeabilidad influyendo la una sobre la otra, se tratarán en el Capítulo décimo (apartado IV).

Basta ahora con fijar la idea de que el hecho de que los principios de igualdad, mérito y capacidad rijan en todo el sector público (DA 1 EBEP), no significa que el procedimiento de acceso sea igual en todas las entidades que lo conforman, ni que pueda equipararse al que deben respetar las Administraciones y organismos de derecho público vinculados por las reglas previstas en el

¹⁷⁷ Por todas, SSTS de 12 de septiembre de 2014 (3), rec. 2787 y 2591/12 y 1158/13.

¹⁷⁸E. MONTROYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, cit., p. 567 y 569. M. SÁNCHEZ MORÓN, “Capítulo Primero. Objeto y ámbito de aplicación”, cit., pp. 80-81. F. CASTILLO BLANCO; R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, p. 23, fecha de consulta en <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/582> el 15-08-20. J. CANTERO MARTÍNEZ, “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (Dir. Luís Ortega Álvarez) *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007, p. 23. J. FONDEVILA ANTOLÍN, “La selección de los empleados públicos tres años después de la entrada en vigor de la ley 7/2007 EBEP: reflexiones sobre algunas de las cuestiones más representativas en su aplicación.”, en AA.VV. (Dir. Xavier Boltaina Bosch) *Seminari sobre relacions col·lectives (12ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2010, p. 5 y ss., fecha de consulta en http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/publicacions/2010/SRC_2010.pdf el 11-11-20. J. L. GOÑI SEIN, “Ámbito subjetivo de la aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleo público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, cit., p. 321. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 109 y ss. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 57 y ss. N. DE NIEVES NIETO, “El acceso al empleo público laboral”, cit., p. 47 y ss. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 107. R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 18.

Estatuto Básico¹⁷⁹. Como afirma la profesora De SANDE PÉREZ-BEDMAR, a la hora de concretar dichos principios en las entidades de derecho privado debe hallarse un adecuado equilibrio entre la interdicción de arbitrariedad con otros criterios como la celeridad y la agilidad, por lo que parece pertinente una aplicación graduada de los mismos a ciertas empresas del sector público¹⁸⁰. Por tanto, insiste en que “una cosa es la aplicación de los principios y otra cosa es la concreción del procedimiento”¹⁸¹. Así pues, en las empresas del sector público se pueden aplicar los principios de mérito y capacidad de forma diferenciada (sin que pueda eludirse su observancia), en la medida en que no se concretan en idénticos procedimientos de reclutamiento, ya que no interviene el EBEP (salvo los arts. 55 y 59), sino otras fuentes normativas diversas a las que ordenan el acceso al empleo en AAPP¹⁸². En este sentido, se ha afirmado que, en tanto en cuanto que no rigen las normas de derecho público ni el EBEP en la selección de este personal, no habría impedimentos para la subrogación por estas sociedades del personal proveniente de una contratista privada por transmisión empresarial. Y es que las exigencias de observancia de los principios contenidos en el artículo 55 pueden plasmarse en un procedimiento de acceso realmente sencillo, sin olvidar que, incluso en el más exigente acceso a la condición de personal laboral fijo en una Administración Pública, podría aplicarse un mero concurso de méritos como sistema selectivo¹⁸³. Aunque también se han vertido argumentos de signo contrario, en el entendido de que la laxitud con la que se interpreta y aplica esta norma en las sociedades conduce a que, ante la problemática de la subrogación a causa de la doctrina comunitaria asumida por la jurisprudencia social interna, el personal cedido adquiera fijeza sin control alguno, pudiendo pasar, tras superar esta «primera fase» de acceso, a las AAPP de las que dependen estas empresas permitiendo que, por presiones sindicales o por superación de unas pruebas mínimas, obtengan la condición de personal laboral fijo o funcionario de carrera en ellas, fomentando la espiral de corrupción y clientelismo¹⁸⁴.

¹⁷⁹ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Capítulo Décimo. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en AA.VV. (Dir. Miguel Sánchez Morón) *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 400, fecha de consulta en https://books.google.es/books/about/Comentarios_a_la_Ley_del_Estatuto_Básico.html?hl=es&id=P8InKb44Hg0C (12-12-20). F. CASTILLO BLANCO; R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, cit., p. 23. Más recientemente, J. J. GUIMERA RICO, *Las sociedades públicas. Fundamento y límites a la huida del Derecho Privado [Ebook]*, cit., p. 473.

¹⁸⁰ De la misma manera que la legislación laboral ha contemplado múltiples supuestos en los que se matiza la aplicación de sus normas cuando interviene una Administración, por ejemplo, las DA 15 y 16 ET. véase: M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, cit., p. 107.

¹⁸¹ Cfr. J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 26/32 pdf descargado. También: J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 60.

¹⁸² STSJ Asturias de 26 de septiembre de 2017, rec. 1574/17.

¹⁸³ C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 39.

¹⁸⁴ J. FONDEVILA ANTOLÍN, “El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas”, cit., p. 122.

Se ha criticado que no se apliquen las normas que rigen la contratación de en de empleados públicos en las AAPP a estas a estas sociedades, en base a las necesidades de agilidad y de adaptación al mercado, pues en la mayoría de ocasiones las grandes sociedades públicas, especialmente en el ámbito municipal que son donde más abundan, gestionan servicios públicos sometidas a un régimen de monopolio, por lo que no está realmente sometida

Así cabe seguir completando la argumentación defendida en el capítulo anterior de la forma que sigue: 1) los ciudadanos gozan de un «derecho fundamental» a la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública administrativa (art. 23.2 CE y 103.3 CE), además de un derecho de configuración legal a un proceso de selección objetivo basado en el mérito y la capacidad, tal y como impone el texto constitucional y desarrolla el EBEP; 2) cuando pretendan acceder al empleo público laboral en una entidad de derecho público, los ciudadanos ostentan un «derecho de rango legal» al respeto de un procedimiento objetivo de selección basado la igualdad, mérito y capacidad –en términos muy similares al del personal funcionario (arts. 55 y ss.)–, además de la garantía de no sufrir un trato desigual injustificado e irrazonable ex artículo 14 CE, aunque su motivación no tiene por qué circunscribirse únicamente al mérito y la capacidad; y 3) en el acceso al empleo en entidades de derecho privado del sector público, los aspirantes no tienen por qué ser seleccionados conforme a las reglas de este procedimiento legal y a los requisitos previstos, sino que su sistema de selección puede responder a otros métodos y exigencias con la sola exigencia de que se acomoden a los principios contenidos en el artículo 55 EBEP. Principios que, siendo también los de igualdad, mérito y capacidad tienen en este caso, simplemente, un respaldo legal.

4.3. El marco regulador de la selección de empleados en las Sociedades y Fundaciones del sector público

La convocatoria y la provisión de puestos de trabajo tanto en las Sociedades mercantiles como en las Fundaciones del sector público no está regulada por normas de Derecho Administrativo, sino por el Derecho del Trabajo. Se ha criticado que se ha producido una huida de los controles del derecho administrativo permitiendo una discrecionalidad casi absoluta en el acceso al empleo en estas entidades, de forma casi idéntica a cómo se produce en cualquier empresa privada¹⁸⁵. Por tanto, aunque se ha defendido que tanto los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad como el derecho fundamental previsto en el artículo 23.2 CE deberían ser aplicables en estos casos, se reconoce que en la práctica no es así, salvo previsión específica de la autonomía colectiva o que las normas de creación y regulación de cada entidad establezca una vinculación al procedimiento previsto en el EBEP.

En definitiva, la ausencia de una regulación legal específica para el personal de estas sociedades y fundaciones, junto con la remisión general del legislador al derecho privado determina que en la selección de estos trabajadores rija una amplia libertad de contratación¹⁸⁶ y, en consecuencia, la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad sufran importantes

a los vaivenes del mercado. En consecuencia, la única explicación que justifica la no aplicación del régimen de la función pública es la mayor libertad en la contratación y en el despido del personal. Véase: D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cit., p. 226.

¹⁸⁵ J. FONDEVILA ANTOLÍN, "El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas", cit., p. 105.

¹⁸⁶ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 58-59. J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, "El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]", cit., p. 28/32 pdf descargado.

mermas¹⁸⁷. Por su parte, debe apuntarse que las Leyes de la Función Pública de las comunidades autónomas posteriores a la aprobación del EBEP siguen su misma línea, sin contemplar una regulación más garantista para el acceso al empleo en Sociedades y Fundaciones¹⁸⁸.

Para comenzar, debe apuntarse que no parece de todo punto coherente que desde una óptica jurídica no rija el derecho público en la selección de sus empleados –en particular, las normas sobre el procedimiento selectivo contempladas en el EBEP–, habida cuenta de que, al tratarse de una forma de personificación sometida al derecho privado, la formación de la voluntad de sus órganos no queda sometida a las reglas procedimiento del procedimiento administrativo¹⁸⁹. Ahora bien, ello no es un obstáculo para considerar como inadecuada la decisión del legislador de aplicar únicamente los principios contenidos en el artículo 55 EBEP, pues, en la medida en que aquellos carecen de una concreción en un procedimiento detallado y específico a nivel legal, son susceptibles de generar disparidad de criterios y dificultan su aplicación¹⁹⁰. Al contrario, constantemente se ha demandado una regulación que supere la estricta previsión de unos principios o unos mínimos y contemple mecanismos concretos y procedimientos detallados que garanticen el cumplimiento de la igualdad, mérito y capacidad¹⁹¹.

En este orden de cosas, las principales fuentes reguladoras del acceso al empleo en este tipo de entidades del sector público son esencialmente la normativa de creación y regulación propia de cada entidad y la autonomía colectiva.

En primer lugar, habrá que recurrir a la normativa específica reguladora de cada Sociedad o Fundación para verificar si contienen este tipo de regulación suficientemente desarrollada como para garantizar la aplicación de tales principios. En particular, deben examinarse los estatutos de la entidad cuyo articulado podría contener, dentro del respeto a los meritados principios, una regulación más flexible y rápida para materias como el proceso de selección y la contratación de trabajadores, pero también incluso para la específica cuestión de la subrogación de personal. Al respecto se ha defendido que podría prever para estos casos el establecimiento de un sistema de concurso de méritos para los trabajadores incorporados, en el que se valore la experiencia adquirida en la empresa contratista, procurando así el cumplimiento de forma indirecta de la subrogación ex artículo 44 ET y de los principios de acceso (DA 1 EBEP)¹⁹².

¹⁸⁷ L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 520. Véanse todos los informes que cita la autora de organismos de fiscalización de las entidades del sector público que ponen de manifiesto esta circunstancia.

¹⁸⁸ Véase un análisis de varias de ellas en: *Ibid.*, p. 555 y ss.

¹⁸⁹ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Capítulo Décimo. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, cit., p. 400.

¹⁹⁰ D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cit., p. 240.

¹⁹¹ L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., p. 522.

¹⁹² J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., pp. 122-124.

Sin embargo, en la práctica se ha demostrado que dicha regulación no suele existir, o no al menos con un nivel de detalle suficiente como para garantizar una aplicación adecuada de los principios analizados, por lo que debe recurrirse en su defecto a la autonomía colectiva¹⁹³. El convenio aplicable a estas empresas públicas es una fuente normativa donde con frecuencia puede encontrarse este tipo de regulación que traten de establecer un procedimiento selectivo basado en criterios objetivos, aunque no en todos los casos se regula¹⁹⁴. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del empleo público laboral en Administraciones públicas, se ha admitido la intervención del convenio ante la inaplicación de las normas sobre la negociación colectiva previstas en el EBEP y las prohibiciones que establecen, así como porque ni se está en este caso ante el ejercicio de una potestad administrativa –que no puede ejercer una sociedad mercantil–, ni existe una regulación legal prevista, por lo que nada obsta a que la norma pactada la desarrolle o que actúe por remisión de la normativa específica de la entidad del sector público.

En fin, en caso de que ni el convenio ni la normativa reguladora de la Sociedad o Fundación aborden tal regulación, la normación del procedimiento selectivo corresponderá a los órganos gestores de la entidad a través de las bases de cada convocatoria, pudiendo estar negociada o no con la representación legal de los trabajadores. En tal caso, deben observar igualmente los principios contenidos en el artículo 55 EBEP, aunque inevitablemente conduzca a una relajación de los mismos habida cuenta del margen de maniobra «extraordinariamente amplio» con el que se cuenta, en especial en la elección de los sistemas o pruebas selectivas. A mayor abundamiento, ha de tenerse en cuenta que en no pocas ocasiones dicha relajación responde tanto a demandas de los órganos de gestión de la entidad como de los propios representantes de los trabajadores¹⁹⁵.

En síntesis, en la práctica, los procedimientos de acceso y la forma de dar efectivo cumplimiento a los principios de mérito y capacidad en sociedades y fundaciones del sector público son a menudo desconocidos y suscitan considerables recelos, por lo que en los procesos de reestructuración del sector público en el que se extingue o disuelve una de estas entidades y su actividad es asumida por un organismo público en el que rige plenamente el EBEP, con frecuencia, la subrogación de personal es judicialmente cuestionada tanto por la Administración que asume la actividad como por los trabajadores públicos de aquella, por las dificultades para probar que el personal afectado accediera en su día a través de una convocatoria pública y competitiva¹⁹⁶.

Por eso, se ha considerado como inadecuada la decisión del legislador de aplicar únicamente los principios que rigen el acceso al empleo público, pues, si bien es cierto que son lo suficientemente claros en cuanto a su alcance, pueden acabar constituyendo un «brindis al sol»

¹⁹³ E. MONTOYA MARTÍN, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, cit., p. 576.

¹⁹⁴ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 82-83.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 83.

¹⁹⁶ En este sentido, J. MAURI I MAJÓ, "Els canvis en les formes de prestació dels serveis públics locals després de les darreres reformes de la legislació de règim local. La seva incidència en els drets dels empleats públics", en *Seminari sobre relacions col·lectives (18ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2016, p. 35, fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/index.asp?opc=10&anyo=2016> el 17-06-17.

ante un desarrollo inexistente. En este sentido, BALLINA DÍAZ sostiene que una solución válida podría haber consistido en que el legislador hubiese impuesto a estas empresas la adopción de unas instrucciones en materia de selección de su personal, so pena de aplicar un procedimiento equivalente al previsto en el EBEP ante su inobservancia¹⁹⁷.

Habida cuenta de su plena regulación por parte del derecho privado, la competencia jurisdiccional sobre el control de este tipo de procesos selectivos en entidades del sector público no sujetas al derecho público corresponde desde el principio –y no solamente desde el cambio normativo y hermenéutico señalado para el personal laboral– a los órganos judiciales del orden social, sin que quepa entender aplicable la doctrina de los «actos separables», pues los actos de las fases previas a la formación del contrato en estas entidades están regulados por derecho privado en su integridad y no tienen la consideración de acto administrativo¹⁹⁸.

Ahora bien, en supuestos de cambios en la forma de gestión de los servicios debe tenerse en cuenta que la decisión no es adoptada por la Sociedad o Fundación del sector público, sino por la Administración o entidad de derecho público de la que dependen. Por tanto, como ocurría en los casos que se analizaban antes, sí que existe un acto público que puede ser atacado en sede contencioso-administrativa por múltiples aspectos relacionados con el procedimiento administrativo, tanto el que envuelve a la decisión del cambio de forma de gestión como –erróneamente a mi juicio como se trató de explicar– el referente a la selección de empleados. En este sentido, la STSJ (CA) C. Valenciana de 16 de julio de 2020, rec. 179/18, sobre un supuesto de encomienda de gestión a la empresa pública municipal del servicio de limpieza de edificios municipales antes realizados por una empresa contratista privada. Con independencia de la inexistencia en este caso de una verdadera sucesión de empresa –pues en instancia se entendió que la había si bien debe reconocerse que se antoja difícil la concurrencia de los requisitos en este caso¹⁹⁹–, se consideró que la incorporación de trabajadores a la sociedad pública vulneraba tanto la DA 1 EBEP como los límites presupuestarios a la incorporación de personal si se produce la subrogación, y por tanto, se anula el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que lo aprueba. Aunque sobre este punto merece la pena destacar algunas consideraciones expresadas por el JCA de Alicante que conoció el caso en instancia, pues estima que la normativa analizada se refiere a nuevas contrataciones de personal pero no contempla cuando la integración se produce a resultas de que se haya decidido la prestación directa de un nuevo servicio que exige la disposición medios materiales y personales, decisión que queda amparada por las potestades organizativas de

¹⁹⁷ D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cit., pp. 240-241. Algún autor ha enumerado una serie de reglas que deben observarse en todo caso para considerar cumplidos los principios contenidos en el artículo 55 EBEP, en especial, los del apartado 2º (J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Las peculiaridades de la aplicación del EBEP a la selección de los empleados públicos en las sociedades públicas y fundaciones [Ref. LA LEY 7497/2012]”, cit., p. 5/11 y ss. pdf descargado).

¹⁹⁸ SSTs de 8 de marzo de 1996, rec. 1731/95; de 17 de julio de 1996, rec. 3287/95; de 17 de mayo de 1999, rec. 1057/98; de 25 de julio de 2006, rec. 2969/05; de 29 de septiembre de 2006, rec. 1778/05; de 7 de febrero de 2007, rec. 309/05; de 11 de julio de 2012, rec. 3128/11.

¹⁹⁹ SJCA n.º 1 de Alicante de 31 de julio de 2017, proc. 495/16

cualquier administración y, en particular, por el principio de autonomía local (arts. 137 y 140 CE), toda vez que permite reducir cuantiosamente el gasto público.

II. LAS RESTRICCIONES PRESUPUESTARIAS AL INCREMENTO DE PLANTILLAS

1. Límites presupuestarios a la contratación de nuevo personal: la tasa de reposición

1.1. Concepto, finalidad y evolución

En los últimos tiempos las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, además de su contenido típico, han ido incorporando un conjunto de disposiciones de carácter eventual o coyuntural que inciden de forma directa sobre las políticas laborales y de empleo. Bien es cierto que la política de empleo tiene una estrecha conexión con la política económica, en la medida en que la primera ha de desarrollarse dentro de las orientaciones generales de la segunda y dentro del ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el TFUE (art. 1 párrafo segundo TRLE²⁰⁰ en relación al art. 146.1 TFUE), aunque no por ello significa que tenga que quedar subordinada a la consecución de los objetivos de la política económica, debiendo hallar un equilibrio entre estos y los correspondientes a la política social. Sin embargo, esto es precisamente lo que ha ocurrido en los últimos tiempos por las exigencias de las políticas económicas de austeridad²⁰¹ plasmadas en la consolidación de un derecho social de emergencia o anticrisis²⁰².

En este contexto, desde la LPGE de 2012²⁰³ –primera desde la reforma del art. 135 CE por el que se consagra el principio de estabilidad presupuestaria para todas las Administraciones Públicas–, y con mayor fuerza desde la LPGE de 2013²⁰⁴ –primera desde la aprobación de la LOEPEF que desarrolla el citado art. 135 CE–, los Presupuestos Generales del Estado han venido estando impregnados por los compromisos del objetivo de déficit para el conjunto de Administraciones Públicas aprobados para el correspondiente periodo, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad financiera de todas ellas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria reduciendo el gasto público. Como dejan constancia las propias Leyes de Presupuestos en sus exposiciones de motivos “*persiguen el objetivo prioritario de reducir el déficit público y el cumplimiento de los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea*”

²⁰⁰ RD-legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (BOE n.º 255 de 24-10-15; en adelante LE).

²⁰¹ R. VELA DÍAZ, “La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en materia de políticas de empleo: una visión de conjunto desde la perspectiva laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 415, 2017, p. 150.

²⁰² J. L. MONEREO PÉREZ, “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, cit., p. 15.

²⁰³ Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE n.º 156 de 30-06-12).

²⁰⁴ Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE n.º 312 de 28-12-12).

(LPGE de 2014²⁰⁵, 2015²⁰⁶, 2016²⁰⁷, 2017²⁰⁸ y 2018²⁰⁹). Aunque la LPGE de 2021²¹⁰, a causa de la extraordinaria y excepcional situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19 y la necesaria suspensión de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, muestra una dinámica diversa en la medida en que se permite *“incurrir excepcionalmente en déficit estructural con la finalidad de permitir la adopción de las medidas necesarias a fin de mitigar los efectos adversos de la pandemia a nivel socioeconómico y abordar un programa de recuperación coherente con el proyecto de la Unión Europea”*. Aunque también afirma que ello no obsta para el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria consagrada constitucionalmente en el medio plazo, en cuanto lo permitan las circunstancias que originaron esta situación extraordinaria.

Pues bien, en este marco general de reducción del gasto público y del déficit estructural de las Administraciones Públicas deben examinarse las restricciones a la incorporación de nuevo personal y la figura de la «tasa de reposición» que, aunque se incluyó ya en la LPGE de 1997, desde el año 2010 se ha visto reforzada y perfeccionada para hacer frente a los efectos de la crisis económica mundial iniciada en 2008, recibiendo un impulso todavía mayor desde la reforma constitucional y la aprobación de la LOEPEF.

Dicha figura consiste en tomar en consideración el número de empleados fijos que cesaron en la prestación servicios durante el ejercicio presupuestario anterior (jubilaciones, defunciones, excedencias sin reserva de puesto, etc.) y las incorporaciones de nuevo personal que se producen el mismo periodo. Pues bien, a la diferencia resultante se le aplicará el límite máximo previsto para cada año como tasa de reposición (porcentaje) que determinará el número de empleados fijos que podrán incorporarse durante el siguiente ejercicio²¹¹. Así, las bajas producidas en el ejercicio anterior condicionarán el número de efectivos que se podrán incorporar.

²⁰⁵ Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PPGGE para el año 2014 (BOE n.º 309 de 26-12-13).

²⁰⁶ Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de PPGGE para el año 2015 (BOE n.º 315 de 30-12-14).

²⁰⁷ Ley 48/2015, de 29 de octubre, de PPGGE para el año 2016 (BOE n.º 260 de 30-10-15).

²⁰⁸ Ley 3/2017, de 27 de junio, de PPGGE para el año 2017 (BOE n.º 153 de 28-06-17).

²⁰⁹ Ley 6/2018, de 3 de julio, de PPGGE para el año 2018 (BOE n.º 161 de 04-07-18).

²¹⁰ Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de PPGGE para el año 2021 (BOE n.º 341 de 31-12-20).

²¹¹ El método de cálculo de la tasa de reproducción se ha mantenido casi inalterado desde que se introdujo en la LPGE 2014 (art. 21. Uno. 3; art. 21. Uno. 3 LPGE 2015; art. 20. Uno. 4 LPGE 2016; art. 19. Uno. 4 LPGE 2017; art. 19. Uno. 7 LPGE 2018). El actual art. 19. Uno. 7 LPGE de 2021 dispone:

“Para calcular la tasa de reposición de efectivos el porcentaje de tasa máximo autorizado se aplicará sobre la diferencia entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo. A estos efectos, se computarán los ceses por jubilación, retiro, fallecimiento, renuncia, declaración en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo, o en cualquier otra situación administrativa que no suponga la reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la Administración en la que se cesa. Igualmente, se tendrán en cuenta las altas y bajas producidas por los concursos de traslados a otras Administraciones Públicas. No computarán como ceses los que se produzcan como consecuencia de procesos de promoción interna, salvo en los supuestos de acceso por este sistema al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, en los términos previstos en el artículo 62. 2 de la Ley Orgánica 6/20021, de 21 de diciembre, de Universidades. Las plazas de profesor contratado

Su objetivo ha sido, de forma indirecta, obligar a las Administraciones Públicas a amortizar plazas y reducir con ello el gasto público en materia de personal, en la medida en que al limitar las convocatorias anuales a un porcentaje de los ceses producidos el ejercicio anterior, se imposibilita de facto reemplazar todas las vacantes producidas²¹². Además, también impide la recuperación de plazas en un futuro en tanto en cuanto no se eliminen estos límites presupuestarios²¹³ o, alternativamente, se fije una tasa de reposición considerablemente superior al 100% que permita convocar plazas amortizadas en ejercicios anteriores.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su STC n.º 194/2016, de 16 de noviembre²¹⁴, ha avalado la constitucionalidad de limitar, mediante la ley presupuestaria, la incorporación de personal a la tasa de reposición (FJ 2). Así las cosas, entendió que es conforme a la Constitución tanto desde una perspectiva competencial como del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE. Respecto a lo primero, estas previsiones que tienen un carácter formal y materialmente básico, encuentran amparo en los artículos 149.1.13 CE (competencia en materia de ordenación general de la economía) y 156.1 CE (que recoge el principio de coordinación de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas con la hacienda estatal), sin que quepa entender, al albur de este último precepto, que la limitación introducida por el legislador estatal vulnera la competencia autonómica desde el momento en que la introducción de un tope porcentual máximo permite cierto margen de actuación. Pues, como ya advirtió antes en la STC n.º 178/2006, de 6 de junio *“la limitación de la oferta de empleo público a través de la técnica del tope máximo porcentual, así como la utilización de criterios genéricos como el carácter absolutamente prioritario de los sectores, funciones y categorías en que debe concentrarse no predeterminan un resultado singular”* (FJ 3). Tampoco es contraria al derecho a la igualdad en el acceso al empleo público, por cuanto que la selección de personal funcionario interino o personal laboral temporal debe observar también los principios de igualdad, mérito y capacidad. Además, no en todos los casos en los que se cubre la plaza por personal temporal la plaza está creada y dotada presupuestariamente²¹⁵, por lo que la inclusión de la concreta plaza en la OEP requiere comprobar si realmente supone un

doctor que queden vacantes como consecuencia del acceso a un Cuerpo docente universitario, se podrán incluir en la tasa de reposición del ejercicio siguiente”.

²¹² E. COMELLAS BATET, “La incidència de la Llei de Pressupostos Generals de l’Estat en el dimensionament de les plantilles locals. Taxes de reposició i processos d’estabilització”, en *VI Seminari d’actualització jurídica i dret local*, Girona, 29 junio, 2018, p. 7/25 pdf descargado, fecha de consulta en https://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/LPGE_2018_Eva_Comellas.pdf el 17 noviembre 2020. En el mismo sentido, se afirma que tienen un carácter instrumental para paralizar las convocatorias de personal funcionario o personal laboral público (J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 5/28 pdf descargado).

²¹³ AA.VV., “Aplicación de la tasa de reposición de efectivos: cálculo y exclusiones”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 18, 2017, p. 1/2 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 12 mayo 2018.

²¹⁴ Siguiendo a las anteriores SSTC n.º 99/2016, de 25 de mayo; n.º 179/2016, de 20 de octubre.

Con mayor detalle: J. M. CHAMORRO GONZÁLEZ, “Oferta de empleo público y tasa de reposición. Acceso a la función pública y política económica”, *Actualidad Administrativa*, n.º 9, 2017, fecha de consulta en la BD Smarteca el 12 octubre 2018.

²¹⁵ Por ejemplo, los supuestos de ejecución de programas de carácter temporal o para cubrir exceso o acumulación de tareas previstos para el personal funcionario interino en el art. 10 EBEP (*Ibid.*, p. 3/3 pdf descargado).

aumento presupuestario. Sin embargo, si la plaza está creada, dotada y ocupada por personal temporal, la tasa de reposición debería incluirse en la correspondiente OEP, para ser respetuosa con el derecho a la igualdad e impedir que se posponga indefinidamente el reclutamiento definitivo y se desnaturalice la estructura del sistema de empleo público²¹⁶. En síntesis, las limitaciones presupuestarias tienen una función finalista legítima y amparada constitucional y legalmente²¹⁷. También el Tribunal Supremo ha considerado que las Leyes presupuestarias son un instrumento idóneo para limitar las correspondientes OEP como medida de política económica general (entre otras: SSTS (CA) de 2 de diciembre de 2015, rec. 401/14; de 21 de abril de 2017, rec. 1688/16; de 25 de septiembre de 2017, rec. 363/16).

En todo caso, esta limitación ha tendido hacia su flexibilización en los últimos años a medida que la coyuntura económica ha mejorado, tanto en la aplicación del porcentaje o límite máximo de reposición como en la introducción de ciertas matizaciones en el cálculo de las altas y bajas.

Por lo que respecta a lo primero, si bien en el periodo 2003-2008 se venía aplicando una tasa de reposición de efectivos del 100%, en 2009 y 2010 –primeros años de la crisis– se redujo al 30 y 15%, respectivamente. En los años siguientes, de 2011 a 2014, se aplicó una «tasa de reposición cero» que impedía ofertar plazas de empleo público para controlar el déficit, sobre todo a nivel autonómico y municipal, con excepción de las derivadas de la ejecución de OEP de ejercicios anteriores y de aquellos colectivos de empleados públicos y sectores de la administración considerados como «prioritarios» en los que se permitía una tasa de reposición del 10% (cuerpos de funcionarios docentes, sanitarios en hospitales y centros de salud del Sistema Nacional de Salud, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuerpos de lucha contra el fraude fiscal, laboral o de seguridad social, etc.)²¹⁸. En dichos sectores prioritarios se fue elevando progresivamente el tope: al 50% en 2015; y en 2016 y 2017 al 100%, aplicándose además la tasa de reposición general del 50% para sectores no prioritarios, eso sí, limitando el nombramiento de funcionarios interinos y personal eventual, así como de la contratación temporal laboral a casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables en sectores, funciones y categorías profesionales prioritarios previa autorización expresa del Ministerio de Hacienda²¹⁹.

En 2018 todavía se relajaron más las medidas recuperándose niveles similares a los anteriores a la crisis, pues se permitía con carácter general un 100% de la tasa reposición, aunque condicionado a que cada Administración haya cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y regla de gasto, pudiendo llegar al 108% en aquellos ámbitos o sectores que requieran un refuerzo de efectivos cuando, entre otras circunstancias, se establezcan nuevos

²¹⁶ Respecto al personal funcionario interino: STS (CA) de 21 de abril de 2017, rec. 1688/16, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ Aragón (CA) de 23 de marzo de 2016, rec. 44/15. Doctrina reiterada por la STS (CA) de 25 de septiembre de 2017, rec. 363/16.

²¹⁷ J. M. CHAMORRO GONZÁLEZ, “Oferta de empleo público y tasa de reposición. Acceso a la función pública y política económica”, cit., p. 3/3 pdf descargado.

²¹⁸ Por ejemplo, véase art. 21. Uno. 1 y 2 LPGE de 2014.

²¹⁹ Art. 20. Uno y Dos LPGE 2016 y 2017.

servicios públicos, haya un incremento de actividad estacional por la actividad turística o un alto volumen de jubilaciones esperadas. Las entidades locales podían llegar al 110% cuando ya hubiesen amortizado ya su deuda financiera. Ahora bien, aunque no cumplan dichos objetivos, se mantiene el 100% para sectores prioritarios y el 75% en general, con un 5% adicional en ambos casos en aquellos sectores o ámbitos que requieran un refuerzo adicional de efectivos.

Por lo que respecta a lo segundo, las medidas de aplicación de la tasa también se han ido flexibilizando a través de las sucesivas Leyes presupuestarias. En primer lugar, incrementando el listado de sectores prioritarios. En segundo lugar, porque se incluyen como vacantes las altas y bajas producidas por concursos de traslado a otras AAPP. En tercer lugar, estableciendo excepciones al cómputo de aquella. De forma pedagógica el artículo 19 Uno. LPGE 2021 sistematiza en su apartado 6 todas aquellas que ya se venían recogiendo en sus predecesoras, de forma que no computarán para el límite máximo de la tasa: a) las incorporaciones fruto de ejecución de una OEP anterior; b) las plazas que se convoquen por promoción interna; c) tampoco computa desde 2017 la integración de personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial; y, d) y e) ciertas convocatorias de plazas para militares profesionales de Tropa y Marinería.

Ahora bien, como ya se dijo respecto a la aplicación del derecho administrativo a las personificaciones de derecho privado integrantes del sector público, los límites impuestos por las normas presupuestarias son plenamente aplicables, por lo que en el ámbito de aplicación de estas restricciones a la incorporación de nuevo personal también se incluyen las sociedades mercantiles y fundaciones públicas. Este tipo de entidades cuentan con una regulación autónoma.

Desde la LPGE 2012 (DA 23) se prohíbe la contratación de nuevo personal por parte de las sociedades mercantiles del sector público estatal, autonómico y local, salvo que se trate de convocatorias ya iniciadas en ejercicios anteriores y, excepcionalmente, contrataciones de personal temporal para cubrir necesidades urgentes e inaplazables previo informe favorable del Ministerio de Hacienda (igualmente, DA 20 LPGE 2013; DA 15 LPGE 2014)²²⁰.

En el año 2014 se amplió, con idéntico alcance, las limitaciones para las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las administraciones y organismo. En todo caso, se exceptúa la prohibición desde el 2013 *“cuando se trate de contratación de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que, respectivamente esté incluida la correspondiente sociedad mercantil”* (también con posterioridad se aplica a fundaciones). En 2015, se mantienen idénticas previsiones para las sociedades, pero se admite aplicar un 90% de

²²⁰ Si se presta atención a las LGPGE anteriores y posteriores, se comprueba que hasta 2012 se consideraban gastos de personal los correspondientes a las sociedades públicas *“que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación”*; mientras que dese ese año se incluye el de todas las sociedades públicas como medida de contención del gasto (entre otras). Véase: J. J. GUIMERÁ RICO, *Las sociedades públicas. Fundamento y límites a la huida del Derecho Privado [Ebook]*, cit., p. 474 y ss. y 492 y ss.

la tasa exclusivamente en procesos de consolidación del empleo temporal y limitada para aquellas que hayan obtenido beneficios en los dos ejercicios anteriores (DA 15); por su parte, en el caso de fundaciones y consorcios cuya participación mayoritaria sea pública, se admite una tasa del 50% para celebrar contratos indefinidos, cuando las mismas tengan la condición de agentes de ejecución del Sistema español de Ciencia, Tecnología e Innovación (DA 16 y 17 LPGE 2015).

Para el año 2016 comienza a flexibilizarse considerablemente, en tanto en cuanto que se aplica idéntico régimen de contratación en sociedades que en entidades públicas empresariales (DA 15 LPGE 2016), pero elevando al 100% la tasa de reposición para el supuesto en que hayan obtenido beneficios en dos de los tres ejercicios anteriores o un 60% en caso contrario. Además, se prevé un 15% adicional para procesos de consolidación del empleo temporal. Y cuando este tipo de entidades gestionen servicios públicos esenciales y hayan visto disminuida su plantilla de trabajadores fijos en los dos últimos años, se permite aplicar los porcentajes anteriores, pero computándolos sobre los dos últimos ejercicios presupuestarios (en todo caso la contratación indefinida o temporal queda supeditada al informe favorable del Ministerio). Las fundaciones y consorcios incluidos en el Sistema español de Ciencia, Tecnología e Investigación y las fundaciones públicas sanitarias elevan su tasa de reposición al 100%; el resto de fundaciones al 50% (DA 16 y 17 LPGE 2016).

De nuevo en la LPGE de 2017 se vuelve a incrementar la tasa, aplicando idénticos límites que para las Administraciones Públicas a las sociedades o entidades públicas empresariales que gestionen servicios públicos o realicen actividades consideradas prioritarias (100%), previa justificación de aplicar esa tasa para garantizar la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad. En otro tipo de actividades será el 100% si han obtenido beneficios o el 60% en caso contrario y, en ambos casos, un 15% adicional para procesos de consolidación (DA 15). Asimismo, para las fundaciones y consorcios que presten servicios públicos o realicen actividades prioritarias. El resto de fundaciones aplicará un 50% (DA 16 y 17).

En 2018 se eleva al 75% la tasa de reposición de sociedades, entidades públicas empresariales, fundaciones y consorcios que no realicen actividades prioritarias, ni presten servicios públicos, ni hayan obtenido beneficios en dos de los tres años precedentes. Adicionalmente, en todos los casos podrán celebrar contratos indefinidos en un número equivalente al 5% del total de su tasa de reposición, en aquellos ámbitos que requieran un refuerzo adicional de efectivos cuando se consideren prioritarios y se establezca un nuevo servicio público, haya un incremento de la actividad estacional o tenga un alto volumen de jubilaciones. Adicionalmente, contarán con una tasa adicional para la estabilización del empleo temporal que hayan estado ocupadas al menos durante 3 años consecutivos, esto es, plazas de naturaleza estructural pero ocupadas por personal temporal y que su conversión no implique incremento alguno del gasto público realizando un proceso selectivo que garantice los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación colectiva (DA 29, 30 y 31 LPGE 2018).

Finalmente, en el contexto de emergencia sanitaria, la LPGE de 2021 eleva la tasa de reposición con carácter general para las AAPP al 100%, del 110% en sectores prioritarios y en entidades locales que ya hayan amortizado su deuda financiera y del 115% para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuerpos de Policía Autonómica y Policías Locales (art. 19. Uno). Además, se permite acumular la tasa de sectores o colectivos no prioritarios a los que sí lo son, así como que las entidades locales con deuda financiera amortizada pueden acumular su tasa indistintamente a cualquier sector –se exceptúa la cesión de la tasa de las AAPP a sus sociedades, fundaciones, consorcios y entidades públicas empresariales –aunque como excepción si se podrá ceder a fundaciones públicas y consorcios que sean agentes de ejecución del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación o que realicen proyectos de investigación, siempre que la tasa de reposición que se ceda se dedique a los citados proyectos (art. 19. Tres). En cambio, en estas entidades del sector público también contarán con idéntica tasa del 110% en sectores prioritarios (cuando se justifique su necesidad) y del 100% en el resto de casos, extrayéndose aquellos ámbitos que presenten especiales dificultades de cobertura, permaneciendo la contratación temporal restringidas a supuestos excepcionales y urgentes (DA 20, 21 y 22).

En definitiva, también a efectos de la tasa de reposición será importante la opción organizativa por la que se pretenda desarrollar la gestión directa del servicio recuperado. Y, en todo caso, pese a ser más flexible, es evidente que la tasa de reposición sigue siendo un freno al aumento de plantillas, desde el momento en que las nuevas incorporaciones no pueden ser superiores a las bajas precedentes producidas, siendo harto probable que este límite pueda quedar rebasado con facilidad en la reversión de un servicio externalizado. Salvo que, como se ha dicho, fueran declarados indefinidos no fijos en una Administración Pública por sentencia judicial (art. 19. Uno. 6.c), o tuvieran una relación preexistente fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que esté incluida la entidad pública empresarial, sociedad, fundación o consorcio a través del cual se asuma la actividad tras la recuperación de su gestión desde una concesionaria privada –circunstancia que se daría cuando antes de la externalización de la actividad hubiesen tenido la condición de empleado público o trabajador de alguna de las entidades de derecho privado del sector público mencionadas– (DA 20 y ss. LPGE 2021).

1.2. La tasa de reposición como límite real y efectivo a la subrogación

Expuesto lo anterior, la cuestión que interesa a efectos de este estudio es determinar si los límites presupuestarios al incremento de plantillas sujetos a la tasa de reposición pueden constituir un verdadero obstáculo a la integración con autonomía propia. Es decir, en el caso en que el procedimiento selectivo y el respeto a los principios de acceso no se considerara un freno a la reversión (interpretación conforme Directiva), si todavía estas previsiones limitativas pueden considerarse un impedimento a la subrogación del personal.

A) Con carácter previo debe apuntarse que la aplicación de la tasa de reposición ha tenido un notable efecto en la estructura y composición del empleo público²²¹. De un lado, porque el número de empleados públicos de las Administraciones se vio especialmente reducido a consecuencia de la aplicación de la tasa de reposición, especialmente, en aquellos años en los que el porcentaje era reducido o incluso «cero». Así las cosas, cada vez que se omitía esta obligación presupuestaria en las correspondientes OEP, estas eran impugnadas –con frecuencia por la Abogacía del Estado–, prosperando y obteniendo sentencia favorable en la mayor parte de los casos que anulaba la oferta o la convocatoria.

Del otro lado, porque ante tal panorama, para poder satisfacer sus necesidades de personal, las Administraciones Públicas –especialmente las locales– recurrían a ciertas fórmulas de prestación de servicios habilitadas por el legislador (planes de empleo, trabajos colaboración social, programas en prácticas, etc.), pero que luego eran judicialmente cuestionadas. Asimismo, con frecuencia, se hacía un uso excesivo y, en ocasiones, abusivo o fraudulento de la contratación laboral temporal para suplir aquellos puestos de trabajo que no podían convocarse: utilización de los trabajadores en funciones ajenas a la obra o servicio objeto del contrato; asignación de tareas estructurales de la entidad contratante; prórrogas sucesivas de los contratos de duración determinada; e, incluso, asignación a puestos de trabajo que, por el tipo de tareas realizadas, corresponderían a funcionarios públicos, por su participación en el ejercicio de potestades públicas (art. 9.2 EBEP y 92.2 LRBL). Tanto es así, que en algunos estudios se ha intentado demostrar la relación directa que existe entre la tasa de reposición de efectivos y el incremento de la temporalidad en el sector público²²² o la cesión ilegal de trabajadores²²³.

A resultas de estas dos dinámicas, ante la Jurisdicción Social proliferaron numerosos conflictos que finalizaron con la declaración de la incorporación del personal afectado a las plantillas públicas como «trabajador indefinido no fijo» implicando, de facto, un crecimiento de la plantilla al margen del límite de la tasa de reposición y evidenciando, una vez más, una tensión entre el derecho administrativo y el laboral que cristalizaba en los pronunciamientos dictados por ambas jurisdicciones, en sí mismos contradictorios²²⁴. Pero no solo entre el ordenamiento laboral y administrativo, sino también dentro de este último pues, una vez incorporado el trabajador, debería aplicarse el plazo de 3 años para la convocatoria de la plaza tal (art. 70 EBEP), cosa que

²²¹ Véase: L. MORATE MARTÍN, “Trabajadores indefinidos no fijos en las plantillas públicas y tasa límite de reposición de efectivos: Ley de Presupuestos Generales del Estado 3/2017”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 17, 2017, p. 1/6 y ss., fecha de consulta en la BD Smarteca el 12 noviembre 2017.

²²² E. COMELLAS BATET, “La incidència de la Llei de Pressupostos Generals de l’Estat en el dimensionament de les plantilles locals. Taxes de reposició i processos d’estabilització”, cit., pp. 5-8/25 pdf descargado.

²²³ AA.VV., *Actuación preventiva en materia de cesión ilegal de trabajadores*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014, fecha de consulta en <https://app.vlex.com/#sources/12621> el 24 noviembre 2020.

²²⁴ L. MORATE MARTÍN, “Trabajadores indefinidos no fijos en las plantillas públicas y tasa límite de reposición de efectivos: Ley de Presupuestos Generales del Estado 3/2017”, cit., p. 3 y 4/6 pdf descargado.

resultaría materialmente imposible a no ser que en los siguientes ejercicios presupuestarios la tasa de reposición fuese considerablemente más permisiva, cosa que no ocurrió.

En este contexto pretendió incidir la LPGE de 2017. Primero, declarando expresamente – como se dijo– que no computan dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial. Y segundo, mediante la introducción de la DA 34 LPGE 2017 – después se analizará con mayor detalle– que pretende evitar la situación no poco frecuente en la práctica de que en sede administrativa se reconozca la condición de indefinido no fijo mediante la imposición de responsabilidades a los órganos en materia de personal que adopten la decisión.

Aunque también se reconoce que la aplicación de la tasa de reposición, en la práctica ha tenido que ver más con el equilibrio presupuestario de las AAPP que con las restricciones presupuestarias «teóricas». De hecho, alguna autora ha señalado que aquellas administraciones financieramente sostenibles y no sometidas a un plan de ajuste han hecho una interpretación maximalista de las tasas aprobadas cada año por el legislador estatal, en el sentido de que casi todas las actividades prestacionales han tenido cabida dentro de la definición de sectores prioritarios y esenciales que permitían una restricción más laxa, además de haber recurrido con frecuencia a nombramientos interinos y recurso al personal laboral temporal para cubrir las necesidades del servicio, algunas veces, incluso ampliando el número total de efectivos²²⁵.

B) La doctrina científica laboralista y administrativista se ha mostrado más unida en este tema. Desde los primeros estudios sobre la reversión de contrata públicas en un contexto de contención del gasto público y reducción del déficit de las Administraciones, se viene apuntando que la aplicación del límite presupuestario de la tasa de reposición podría ser un inconveniente a la incorporación de nuevo personal proveniente de las empresas contratistas privadas ante una sucesión de empresa²²⁶. Y es que, si se entiende que la incorporación de personal a causa de una

²²⁵ E. COMELLAS BATET, “La incidència de la Llei de Pressupostos Generals de l’Estat en el dimensionament de les plantilles locals. Taxes de reposició i processos d’estabilització”, cit., p. 4 y 7/25 pdf descargado.

²²⁶ J. C. GARCÍA QUIÑONES, “Líneas de actuación jurídicas y sindicales en torno a la remunicipalización de servicios”, *Informe n.º 363 realizado en el marco del Convenio de Asesoramiento UGT-UCM*, 2015, p. 32, fecha de consulta 21 septiembre 2016, en <http://portal.ugt.org/actualidad/2015/diciembre/oinf-01.pdf>; C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 40; F. NAVARRO NIETO, “Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva”, cit., p. 330; J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 31/33 pdf descargado; M. J. FEIJÓO REY, “La integración como empleados públicos del personal de las empresas contratistas”, en AA.VV. (ed. María José Feijóo Rey; Manuel Pimentel Siles) *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2017, p. 164. L. E. FLORES DOMÍNGUEZ, “Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla”, cit., p. 63. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 5/28 pdf descargado. L. MORATE MARTÍN, “Trabajadores indefinidos no fijos en las plantillas públicas y tasa límite de reposición de efectivos: Ley de Presupuestos Generales del Estado 3/2017”, cit., p. 4/6 pdf descargado; A. TODOLÍ SIGNES, “Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresa según la entidad receptora del servicio”, cit., p. 235.

sucesión de empresa supone un incremento de efectivos de personal, la tasa de reposición se convertirá en un límite cierto a los procesos de reversión de contrataciones públicas²²⁷. Sin embargo, la práctica totalidad de autores ha formulado importantes argumentos –o, al menos, se ha hecho eco de ellos– por los que la tasa de reposición no puede impedir la subrogación e integración del personal laboral provenientes de la reversión de un servicio antes externalizado.

En primer lugar, se defiende que dichas limitaciones presupuestarias a la incorporación de personal no pueden ser interpretadas de forma abstracta y unilateral sin tomar en consideración las circunstancias concretas. Así, ha de distinguirse entre la incorporación de personal de nuevo ingreso vinculado a una OEP y a la convocatoria del correspondiente procedimiento selectivo, de la incorporación derivada de los supuestos en los que una Administración debe absorber el personal por subrogación, bien por un cambio en la personalidad jurídica de la entidad del sector público empleadora, bien porque asume un servicio que estaba siendo gestionado de forma indirecta. Se argumenta que dichos límites no pueden ser un obstáculo a los procedimientos de reorganización y reestructuración en los que se producen trasvases de personal entre entidades públicas y privadas del sector público a causa de transformaciones, fusiones, disoluciones o extinciones de entidades del sector público. De hecho, la propia normativa presupuestaria excepciona estos casos de la tasa de reposición en la medida en que preexiste una relación laboral con el sector público²²⁸. Y, aunque no se cumpla este último presupuesto, también se argumenta que limitar su aplicación a los supuestos de reestructuración de empresas del sector público y excluir la reasunción de servicios adjudicados a concesionarios privados, implica obviar que la gestión de servicios públicos puede acometerse lícitamente tanto a través fórmulas de descentralización directa como indirecta o contractuales²²⁹, posibilitando que la tasa de reposición sea una traba para estas últimas cuando se pretende modificar la gestión de una actividad. En resumen, como se viene manifestando sobre otros aspectos relacionados con este trabajo, es crucial diferenciar entre lo que constituye una «contratación» o un «acceso» al empleo público y la «continuidad» de las relaciones laborales derivada de una subrogación laboral²³⁰.

En segundo lugar, ha de recordarse que la finalidad de las limitaciones de contratación a la tasa de reposición anual responde al objetivo de contención o reducción de gasto público. En consecuencia, parece poco lógico acogerse a un criterio estrictamente formalista que impida el cambio de forma de gestión de las actividades públicas si con ello se alcanza un uso más

²²⁷ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 102.

²²⁸ Lo cual parece coherente porque no supone en rigor un incremento de plantilla (R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 181).

²²⁹ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 105 y 106.

²³⁰ A mayor abundamiento, el incremento de plantilla no deriva de una decisión directa de la Administración, que es lo que limitan las Leyes presupuestarias, sino que es una consecuencia indirecta de la decisión de cambiar el modo de gestión del servicio que no puede quedar condicionada por las normas presupuestarias (J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 110).

sostenible y eficiente de los recursos financieros²³¹, pues implicaría obviar la propia finalidad de la norma presupuestaria. Es más, debe repararse que tanto si el servicio se dispensa de forma indirecta como si se asume su gestión, su coste es sufragado por el presupuesto público de la entidad, con independencia del capítulo en que se encuadre el gasto²³². Incluso, en algunos casos la gestión directa puede propiciar una reducción de gasto público derivado del ahorro del margen de beneficio del concesionario, ahorro del IVA, por el distinto régimen fiscal aplicable a las sociedades públicas en el impuesto de sociedades, etc.²³³.

En tercer lugar, entre la doctrina administrativista hay algunos autores que han puesto de manifiesto que las tasas de reposición pueden colisionar con otras normas públicas aplicables. Así, de forma directamente conectada con lo expresado en el párrafo anterior, se apunta que no tiene sentido que aun respondiendo a la misma finalidad de alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad, las Leyes de Presupuestos puedan constituir un verdadero freno para adoptar un cambio que persiga la forma de gestión que resulte más eficiente y sostenible (en términos de rentabilidad económica y recuperación de la inversión) tal y como preceptúa el artículo 85.2 LBRL –en la redacción dada por la LRSAL en desarrollo de la LOEPSF y del art. 135 CE–. Igualmente, para el ámbito local, contradice lo dispuesto en el artículo 126.1 TRRL, según el cual, la plantilla de personal puede ser ampliada siempre que el incremento de las dotaciones sea consecuencia del establecimiento o ampliación de servicios de carácter obligatorio que resulten impuestos por disposiciones legales. Además, los límites al incremento de la masa salarial requieren una comparación con el ejercicio anterior en «términos de homogeneidad», circunstancia que no puede darse cuando se establezca un nuevo servicio²³⁴. Incluso afecta a normas de rango superior como puede ser el principio de autoorganización (art. 103.1 CE) o de autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE)²³⁵. Por eso, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ señala la necesidad

²³¹ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 105 y 106. En el mismo sentido: J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 10/19 pdf descargado. E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 233.

²³² Comparten esta opinión: J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 2/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 110; E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 234, señala que el incremento de gasto del Capítulo 1 del presupuesto de la entidad se verá absorbido por la disminución del Capítulo 2 en el que se cargan los contratos de servicios; por su parte, J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 5/28 pdf descargado. Entiende que el incremento de la masa salarial es meramente formal, compensado por el cese del abono de tarifas a empresas contratistas, teniendo en cuenta además que es probable que aun cuando las AAPP asuman directamente el coste salarial de los trabajadores esto suponga un ahorro en cómputo global.

²³³ J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 10/19 pdf descargado. Con mayor detalle: D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cit., p. 147 y ss.

²³⁴ J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., pp. 9-11 pdf descargado.

²³⁵F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 45; J. MAURI MAJÓS, “L’assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics”, cit., p. 334. Más recientemente: J. QUESADA LUMBRERAS Y OTROS, “Título III. Aspectos jurídico-administrativos”, cit., p. 134.

de realizar una interpretación sistemática sobre todas estas normas que persiguen la racionalización del gasto para evitar una aplicación contraproducente de las mismas.

En tercer lugar, las tasas de reposición no incluyen una prohibición absoluta, sino que la propia legislación presupuestaria contempla excepciones. Entre otras, las restricciones de contratación se pueden exceptuar cuando se pretenda cubrir necesidades urgentes e inaplazables de personal. Pues bien, algún autor entiende que la recuperación de un servicio público y la necesidad de dispensación sin solución de continuidad y con carácter permanente pueden subsumirse en esta excepción legalmente prevista²³⁶.

En cuarto lugar, otra excepción relevante a estos efectos es la que contempla que si el personal subrogado se integra como indefinido no fijo en cumplimiento de una sentencia judicial no computa para la tasa de reposición. En todo caso, la doctrina también entendió, incluso con anterioridad que se incluyeran estas dos excepciones en la LPGE 2017, que no debería computar dicha figura por cuanto que no supone la integración como personal laboral fijo y por ello no incumple la normativa presupuestaria²³⁷. Así como que tampoco debería ser necesario esperar a la condena judicial si concurren los presupuestos del artículo 44 ET, aunque se supera el límite de la tasa aplicable²³⁸. Por otro lado, la DA 26. Dos LPGE 2017 –que después se analizará– estableció que en el supuesto en que la reversión de un servicio se produjese en virtud de una sentencia judicial y se incorporase el personal a una sociedad mercantil pública no computaría como personal de nuevo ingreso a efectos del cómputo de la tasa de reposición. Eso sí, en este caso no requiere que el personal deba integrarse necesariamente como indefinido no fijo.

Y en quinto lugar, se aduce que dicha regla presupuestaria no puede conducir a la omisión del cumplimiento de otras obligaciones derivadas de la legislación laboral. Por ejemplo, no pueden suponer un freno al cumplimiento de las normas legales que actúan sobre el fraude en la contratación laboral o la cesión ilegal (aunque tuviese que integrarse de forma que no vulnere la prohibición de consolidación del empleo público sin superar el procedimiento reglado de acceso). Con mayor fuerza si cabe cuando la confrontación se plantea con una Directiva, pues el conflicto debería resolverse por la primacía y eficacia directa del Derecho comunitario. Debiendo prevalecer el ordenamiento europeo y la aplicación directa de sus normas en el ámbito público, la única

²³⁶ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 106.

²³⁷ C. L. ALFONSO MELLADO, “La reversión de la gestión pública de servicios públicos: problemas laborales”, en AA.VV. (Coord. Joaquín Aparicio Tovar) *Externalización y reversión de contratos en Castilla-La Mancha*, Bomarzo, Albacete, 2017, p. 269; A. TODOLÍ SIGNES, “Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresa según la entidad receptora del servicio”, cit., p. 236.

²³⁸ J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 10/19 pdf descargado. Se enfatiza que si la incorporación se produce por un mandato legal de inexcusable cumplimiento no debería ser necesario que lo dictamine una sentencia (M. GARCÍA PÉREZ, “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao [Ref. BIB 2020/9230]”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 203, 2020, p. 28/44 pdf descargado), fecha de consulta en en la BD Aranzadi Insignis el 1 abril 2020.

solución viable será la aplicación de las reglas sobre sucesión de empresas laborales²³⁹. En este sentido, se defiende que ni el principio de estabilidad presupuestaria constitucional en el que se amparan estas normas (art. 135 CE) es suficiente para incumplir la obligación de subrogación derivada del también principio de estabilidad en el empleo constitucional (arts. 35.1 y 40.1 CE) y, sobre todo, de la Directiva 2001/23/CE²⁴⁰ –con sustento a su vez en la CDSFT y la CDFUE–. Y es que, como con acierto afirma CASTILLO BLANCO, la introducción de requisitos añadidos como los derivados de la legislación presupuestaria o de empleo público inviabilizaría la recuperación de la gestión directa de los servicios externalizados y supondría la creación de nuevos límites y requisitos de dudosa validez a la aplicación de la Directiva²⁴¹.

C) Ahora bien, la Administración General del Estado, en diversas resoluciones y notas informativas declara aplicable la tasa de reposición a los supuestos de reversión de contratos por cuanto que indirectamente suponen un incremento de plantilla que afecta igualmente a la masa salarial de la entidad²⁴². Así, entiende que dicha institución es un verdadero límite a la reversión de contratos públicos.

En el mismo sentido se mueven las enmiendas que los Grupos Parlamentarios Socialista, Ciudadanos y el Grupo Mixto (PdCat) presentaron –sin éxito, por cuanto que fueron rechazadas– a la tramitación parlamentaria de la LCSP 2017. Se pretendía añadir una disposición adicional que, además de condicionar la subrogación a una previa modificación de la RPT y a la convocatoria del procedimiento selectivo para que la incorporación se realice desde un principio conforme a los principios de mérito y capacidad, imponían el respeto a los límites derivados de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el empleo público. Esto es, se trataba de condicionar la incorporación de personal a la cifra permitida por la tasa de reposición, ya que esta podía constituir a su vez la imposibilidad de modificar la RPT²⁴³. Entendían dichos grupos políticos

²³⁹ También: C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 40. El mismo autor en otras obras: “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, en AA.VV. (ed. María José Feijóo Rey; Manuel Pimentel Siles) *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2017, p. 134; “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, *Revista de Derecho Social*, n.º 82, 2018, p. 25. En el mismo sentido: M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, *Ciudad del Trabajo: actualidad iuslaboralista*, n.º 3, 2018, p. 59; J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 110.

²⁴⁰ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 107.

²⁴¹ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 45.

²⁴² Informe de 14 de octubre de 2016, en respuesta a una consulta del Ayuntamiento de Ciudad Real; Informe de 24 de julio de 2017, en respuesta al Ayuntamiento de Alcantarilla; Nota Informativa de 4 de julio de 2017 de la Secretaría General de Coordinación Territorial. No localizadas, extraídas de F. CASTILLO BLANCO, “La problemática reversión de los servicios públicos locales a la gestión directa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 14, 2019, p. 21.

²⁴³ Enmiendas n.º 799, 422 y 964, respectivamente (BOCG, Congreso de los Diputados, n.º 2-2 de 16-3-17). Con idéntico tenor literal. **Disposición adicional XX (nueva). Garantía de la calidad del empleo en los supuestos de internalización de servicios o actividades.**

que las limitaciones o restricciones presupuestarias al incremento de empleados públicos o de su masa salarial podían «imposibilitar» una sucesión de empresa ex artículo 44 ET.

Diversamente, la enmienda n.º 161, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal Unidos-Podemos-En Comú Podem-En Marea a la misma Ley, y que pretende la introducción de un nuevo apartado 5ª al artículo 293 LCSP, apunta en una dirección opuesta, en el sentido de permitir la incorporación cuando, ante el rescate de una concesión que desencadene una sucesión empresarial, se pueda subrogar a la plantilla a pesar de los límites introducidos por la LPGE²⁴⁴

D) Por su parte, los tribunales no han dado una respuesta clara y uniforme sobre las trabas que suponen a la reversión las tasas de reposición.

a) Una inicial aproximación requiere dar cuenta de la doctrina casacional que ha entendido que la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos no requiere la preceptiva autorización prevista en las Leyes presupuestarias autonómicas para la contratación de nuevo personal (en este caso de la Consejería pertinente). El Tribunal Supremo considera que la modificación de la naturaleza del contrato amparada en la estabilidad en el empleo no supone un incremento de plantilla real -se trata de convertir en fijos contratos por obra o servicio que cumplen los requisitos establecidos para su transformación; más concretamente, en indefinido no fijo, por cuanto que los trabajadores fueron subrogados desde una sociedad participada por una Agencia pública (STS de 3 de febrero de 2015, rec. 37/14, con cita de la anterior STS de 18 de diciembre de 2012, rec. 185/11)²⁴⁵-. La Sala 4ª interpreta de forma restrictiva las limitaciones presupuestarias al incremento de plantillas porque suponen una excepción a la regla general contenida en el artículo 70 EBEP acerca de la OEP, y porque es una norma limita de derechos (laborales). Así, indica que, en dichas normas presupuestarias, *“donde dice «contratación», «nuevo ingreso», «incorporación», no podemos entender comprendido un supuesto de cambio en*

“1. Las entidades que integren el sector público sólo podrán acordar la gestión directa, con sus propios medios o a través de una entidad vinculada o dependiente de las mismas con personalidad jurídica propia, de servicios públicos que viniera gestionando con anterioridad un operador económico al amparo de un contrato de servicios, de concesión de obras o de concesión de servicios, en caso de que no existan limitaciones o restricciones de índole presupuestaria en materia de incremento del número de empleados públicos o de su masa salarial que imposibiliten la sucesión de empresa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la subrogación de dichas entidades en los contratos de trabajo celebrados por el operador económico que pueda contemplar el convenio colectivo de aplicación. A tal efecto, previamente a la adopción del correspondiente acuerdo, deberá recabarse informe favorable de la Intervención General correspondiente acerca de la existencia de dichas limitaciones y restricciones y de sus consecuencias. [...]”

²⁴⁴ *“5. En el supuesto de que, previos los trámites legales correspondientes, se produzca el rescate de la concesión previsto en la letra c) del artículo 292, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, [...] con independencia de las limitaciones que respecto de las plantillas de personal pueda establecer la Ley de Presupuestos Generales del Estado.*

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

²⁴⁵ En el mismo, SAN de 10 de febrero de 2016, proc. 335/15.

la calificación jurídica de un contrato ya existente, aunque dicho cambio conlleve un cierto –pero muy limitado– aumento de costes”. Numerosas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia siguen este planteamiento, también cuando se trata de contrataciones temporales celebradas en fraude de ley (art. 15.3 ET)²⁴⁶. Pues bien, un sector de la doctrina entiende que tales consideraciones pueden trasladarse *mutatis mutandi* a la subrogación *ope legis*²⁴⁷.

b) Ahora bien, en aquellos supuestos se discutía en sede judicial social si la aplicación de las normas laborales puede ser condicionada por las analizadas tasas de reposición. Pero la determinación del alcance de la normativa presupuestaria se una materia atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa y aquí se pueden encontrar pronunciamientos muy diversos²⁴⁸.

Lo cierto es que la mayoría de las resoluciones encontradas entienden que no puede constituir un obstáculo a la incorporación del personal por subrogación laboral, pero no faltan otras que consideran tales limitaciones presupuestarias en materia de personal son un motivo para declara la nulidad del acuerdo público por el que se revierte el servicio.

Pueden destacarse entre estas últimas dos de las sentencias ya analizadas: la STSJ (CA) Aragón de 15 de mayo de 2018 (rec. 285/17), sobre la reversión del servicio de atención telefónica 010 por el Ayuntamiento de Zaragoza; y la STSJ (CA) Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013 (rec. 304/12) sobre el traspaso del servicio público “Centro de la Mujer”. Bien es cierto que en ninguna de estas era el motivo único que determinaba la nulidad, sino que concurría con cuestiones del proceso selectivo antes analizadas. En la última de las resoluciones, la Sala descarta que tal incorporación pueda producirse al amparo de la previsión normativa que exceptúa la aplicación de la tasa en «casos excepcionales» y para cubrir «necesidades urgentes e inaplazables» en sectores prioritarios. Y es que estima que tal excepcionalidad se refiere a la contratación de personal temporal e interino y en consecuencia “no puede justificar la creación de plazas y puestos de trabajo que responden a necesidades permanentes e indefinidas y que habría por ello de ser cubiertas mediante contratos indefinidos y fijos de plantilla. Es un fraude a dicha norma ampararse en ella para crear puestos que precisan una cobertura permanente y pasar a cubrirlos, con vocación real de indefinición e integración en plantilla”. Así concluye que “no se

²⁴⁶ Entre otras: SSTSJ Andalucía, Granada, de 28 de noviembre de 2013, rec.1882/13; de 10 de abril de 2014, rec. 456/14; de 5 de febrero de 2015, rec. 2453/14; de 12 de junio de 2014, rec. 827/14; de 19 de febrero de 2015, rec. 2463/14; de 19 de febrero de 2015, rec. 2519/14; de 6 de mayo de 2015, rec. 389/15; de 30 de abril de 2015, rec. 251/15; de 29 de octubre de 2015, rec. 1363/15; de 28 de enero de 2016, rec. 1975/15; STSJ Cantabria de 7 de marzo de 2017, rec.48/17.

²⁴⁷ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 105;

²⁴⁸ En algunos casos, la jurisdicción contencioso-administrativa también ha entendido –al igual que las sentencias sociales antes citadas– que la transformación del régimen jurídico del vínculo no interfiere con las tasas de reposición. Así, en la STSJ (CA) Aragón 23 de marzo de 2016 (rec. 44/15; confirmada por STS (CA) de 21 de abril de 2017, rec. 1688/16), se afirma que, en la medida en que el fin fundamental de la norma presupuestaria es la reducción del gasto, no hay razón para no incluir en la OEP una plaza de funcionario interino ya creada y dotada presupuestariamente. Es más, considera el Tribunal que incluso podría suponer un ahorro de costes pues su mantenimiento como plaza interina conllevaría que su ocupante comenzara a devengar retribuciones por antigüedad, mientras que si se convoca el nuevo funcionario no las tendría.

comprende cómo una norma que permite cubrir un puesto con carácter puramente temporal y urgente puede justificar la creación «ex novo» de plazas de plantilla y puestos de trabajo».

También la SJCA n.º 4 Oviedo de 21 de diciembre de 2016 (rec. 342/16) resuelve la impugnación de un Sindicato contra el acuerdo del Ayuntamiento de Oviedo, por el que se aprueban las Bases para la provisión de plazas como funcionarios interinos del personal que prestaba servicio en el servicio de recaudación externalizado tras su remunicipalización. El juez anula la convocatoria por no considerar válido el recurso a la vía excepcional que contempla el artículo 20. Dos de la LPGE 2016 (contratación o nombramiento de personal temporal para satisfacer necesidades urgentes e inaplazables en sectores y funciones prioritarias o que afecten a servicios públicos esenciales). La corporación recurrió a la integración como funcionario interino en el entendido de que la imposibilidad de nombrar funcionario de carrera (art. 20. Uno LPGE) se acomodaba a los supuestos que contempla el artículo 10 EBEP. Considera el órgano judicial que la interpretación del citado artículo 20. Dos no puede vaciar de contenido lo dispuesto en el artículo 20. Uno, por lo que de admitirse la validez de la convocatoria se abriría una vía que dejaría sin efecto la finalidad de la disciplina presupuestaria.

Muy recientemente, la STSJ (CA) C. Valenciana de 16 de julio de 2020 (rec. 179/18) que enjuicia un supuesto de reversión y posterior encomienda de gestión a una Sociedad municipal a causa de la impugnación por la Abogacía del Estado que consideraba que se vulneran los límites que para la contratación de nuevo personal de la DA 15.1 LPGE 2016 así como de la DA 1EBEP por la incorporación de personal. La sentencia apelada (STJCA n.º 1 Alicante de 31 de julio de 2017, proc. 495/16) entendía que no se había producido una nueva contratación sino una sucesión de empresas por imperativo legal, por lo que no puede considerarse vulnerada la norma presupuestaria, toda vez que se había producido una cuantiosa reducción del déficit público con el cambio de gestión y que se trataba de una decisión organizativa amparada por los arts. 137 y 140 CE y 85 LBRL. Se anula esta resolución entendiendo que la norma presupuestaria no recoge, entre sus posibles excepciones a la tasa de reposición, el supuesto por el que se incrementa la plantilla al incorporar al personal subrogado desde un concesionario privado, por lo que vulnera lo dispuesto en la LPGE tanto en este aspecto como por el incremento evidente de la masa salarial.

Pero como se adelantaba, en la mayoría de asuntos el órgano judicial hace una interpretación conforme y armonizadora con la norma laboral o con el resto del ordenamiento administrativo. Esto ocurre, por ejemplo, en las numerosas sentencias que conocen el complejo proceso judicial de la reversión del servicio de Aguas de Valladolid. Por ejemplo, la SJCA n.º 3 de Valladolid de 14 de noviembre de 2017 (rec. 14/17)²⁴⁹, basándose en la doctrina social mencionada sobre la interpretación restrictiva de las normas presupuestarias y su inaplicación para permitir las consecuencias impuestas por la legislación social en supuestos de contratación temporal (STS de 18 de diciembre de 2012, rec. 185/11) afirma –como la doctrina científica– que *“este criterio del Tribunal Supremo es perfectamente aplicable en los supuestos de sucesión de empresas a los*

²⁴⁹ En el mismo sentido, la STSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 21 de mayo de 2019, rec. 339/18.

que se refiere el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores". Así, entiende que la DA 15 LPGE 2017, que es la que sería aplicable al caso en virtud de su ámbito temporal y porque la asunción del servicio se produce a través de una entidad pública empresarial, ha de desplegar efectos ante contrataciones voluntarias pero no para aquellas incorporaciones impuestas por una norma laboral, especialmente, si dicha norma tiene base en el Derecho europeo, que debe primar sobre el interno. En síntesis, desestima el recurso porque *"los límites establecidos en las Leyes de Presupuestos sobre la contratación de personal no constituyen un impedimento para hacer eficaz el acuerdo adoptado ni, por lo tanto, hacen que dicho acuerdo carezca, por imposibilidad de llevarlo a cabo, de la sostenibilidad y eficiencia exigidas por la Ley"*.

En algunos casos, también se considera que la subrogación no es contraria a las limitaciones presupuestarias, pero con matices: por ejemplo, si encuentra acomodo en alguna de las excepciones previstas, como que el personal sea integrado como indefinido no fijo en cumplimiento de sentencia judicial (STSJ (CA) Asturias de 17 de febrero de 2020, rec. 365/19).

Por su parte, la STSJ (CA) Andalucía, Sevilla de 23 de octubre de 2019 (rec. 1025/18), que conoce la impugnación contra el acuerdo del Ayuntamiento de Cádiz que aprueba la gestión directa del servicio de limpieza, recogida de residuos y mantenimiento de infraestructuras en las playas a través de una sociedad de capital público, resuelve el recurso interpuesto por el Abogado del Estado cuyo objeto es esencialmente la aplicación de los límites presupuestarios a la contratación de nuevo personal en estas empresas del sector público. El TSJ andaluz confirma la sentencia de instancia al entender que el acuerdo impugnado no adopta decisión alguna sobre la asunción del personal necesario para la gestión de los servicios, sino que es una consecuencia consustancial a la decisión de reversión e impuesta por el artículo 44 ET. Además, al personal subrogado no se le considera empleado público por lo que no le resultarían de aplicación las limitaciones establecidas por la LPGE 2017.

En el mismo sentido, la STSJ (CA) Andalucía, Sevilla de 29 de enero de 2020 (rec. 983/18), pero estimando –esta vez– el recurso contra la sentencia de instancia que anulaba el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera de reversión del servicio de limpieza de colegios públicos, dependencias municipales y el servicio de ayuda a domicilio para ser gestionado por una empresa pública al considerar que la incorporación como «indefinido no fijo» supone la contratación de nuevo personal con carácter temporal eludiendo las prohibiciones que las normas presupuestarias han establecido. Y es que la sentencia impugnada entendía que tanto si se opta por la subrogación como por la contratación de nuevo personal no podría llevarse a cabo la gestión directa al superar la tasa de reposición, lo que provoca la imposibilidad de continuar un servicio básico y obligatorio. En cambio, la Sala del TSJ indica que la decisión del pleno queda amparada en la potestad autoorganizativa y en que es la opción más ventajosa y rentable desde la perspectiva económica. Así pues, la cuestión se circunscribe a si la integración de la plantilla se debe considerar contratación de nuevo personal. Pues bien, estima que resultando aplicable el artículo 44 ET –cuestión que, en este caso, podría ser discutible por el tipo de actividad– no puede hablarse de nuevas contrataciones, por lo que no incumple la LPGE 2016 al no contemplar los límites previstos en su DA 15 las incorporaciones por subrogación.

2. La «fugaz» cláusula anti-reversión de la LPGE 2017

2.1. El contenido de la Disposición Adicional 26 de la LPGE

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 introdujo una nueva y específica norma que pretendía atajar frontalmente la cuestión de la reversión de contrataciones públicas, aunque lejos de producir el efecto presumiblemente deseado²⁵⁰, contribuyó a complejizar y crear confusión sobre una situación previa bastante complicada *per se*, por cuanto que aumenta el número de normas y reglas que concurren sobre los procesos de reversión²⁵¹ y obliga a realizar un “generoso esfuerzo de sistematización y armonización”²⁵².

Así, la Disposición Adicional 26 –que se conoció como DA 27 en el Proyecto de Ley²⁵³ y que fue muy comentada antes de su aprobación definitiva²⁵⁴–, con carácter de norma básica aplicable a todas las Administraciones territoriales, venía a recoger la siguiente regulación bajo el título “limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público”.

“Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

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

²⁵⁰ El preámbulo de la LPGE 2017 reza: “para regular situaciones de cambio de modalidad de gestión indirecta a directa de servicios públicos y también de obras públicas de titularidad de la Administración se establecen limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público”.

²⁵¹ C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, cit., p. 135.

²⁵² Cfr. D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. RR-7.2.

²⁵³ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A n.º 6-1 de 06-04-17, pp. 142 y 143.

²⁵⁴ Entre otros: E. ÁVILA CANO, “El Gobierno imposibilita la remunicipalización de servicios públicos e impide el ahorro de millones de euros a los Ayuntamientos”, *Diario Público* [25 abril], 2017, fecha de consulta en <https://blogs.publico.es/otrasmiradas/> el 25 abril 2017. E. ROJO TORRECILLA, “La afectación del principio constitucional de autonomía local por la disposición adicional vigesimoséptima del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017”, en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo* [14 mayo 2017]), fecha de consulta 14 mayo 2017, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>. E. ROJO TORRECILLA, “Proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado 2017. Texto comparado (PL, ponencia, comisión de presupuestos, pleno del Congreso de los Diputados) de la disposición adicional vigésima séptima (“Limitaciones a la incorporación de personal laboral al”, en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo* [06 junio 2017]), fecha de consulta 6 junio 2017, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.ª y 18.ª, así como del artículo 156.1 de la Constitución”.

2.2. La exégesis normativa

Su interpretación requiere identificar el ámbito subjetivo y objetivo de la norma y cuáles son las consecuencias previstas. Para ello hay que distinguir dos situaciones previstas: cuando el servicio haya sido externalizado por una Administración Pública y, a consecuencia de la reversión, vaya a ser asumido directamente con sus propios medios materiales y personales (ap. Uno); y cuando vaya a ser asumido también directamente pero a través de un medio propio de naturaleza societario, ya fuese en origen una actividad externalizada por la empresa pública o, simplemente, le sea encomendada por la Administración matriz tras recuperar su gestión (ap. Dos).

2.2.1. Recuperación de la actividad y gestión directa por la Administración Pública

La disposición presupuestaria establece que cuando una Administración revierta un servicio público externalizado tras la finalización del contrato público o realice una reordenación de sus entes dependientes que afecte al personal de sociedades y fundaciones del sector público, no podrá incorporar o considerar al personal afectado como empleado público. Si bien, a dichos trabajadores les resultarán aplicables las normas laborales sobre sucesión de empresas.

A) En cuanto al ámbito subjetivo, habrá que entender por Administración Pública aquellas referidas en el artículo 2.1 EBEP. Esto es, Administraciones territoriales –central, regional y local (letras a, b y c del precepto)–, organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia pero dependiente de las anteriores (letra d) y Universidades Públicas (letra e). De nuevo parecen trasladarse aquí las dudas existentes también sobre si las entidades públicas empresariales se incluyen en el ámbito de aplicación del EBEP. Algunos órganos judiciales han entendido que no quedan comprendidas en el ámbito de la DA 26. Uno LPGE al considerar que tampoco lo están en artículo 2 EBEP porque no tienen naturaleza pública, forman parte del sector público pero son personificaciones jurídicas de Derecho

Privado²⁵⁵. Además, el apartado Dos se refiere únicamente a un tipo de entidad jurídico-privada: las sociedades. Y un sector de la doctrina también ha considerado que la prohibición que contiene el apartado Uno la norma presupuestaria no abarca a las empresas del sector público, entre las que se incluyen sociedades públicas y entidades públicas empresariales²⁵⁶.

En mi opinión, debe descartarse de nuevo el argumento porque (1) quedan claramente incluidas dentro del concepto «organismo público» (art. 84.1.a.2 LRJSP); 2) son entidades de Derecho Público, aunque puedan financiarse con ingresos de mercado como contraprestación a la realización de actividades prestacionales –bien con carácter de servicio público o de producción de bienes de interés público (art. 103 LRJSP)– y aunque se rijan por el ordenamiento privado en sus relaciones con terceros (104 LRSP); y 3) están sujetas al ordenamiento administrativo en ciertas materias como la formación de la voluntad de sus órganos, por ejemplo, el cumplimiento del procedimiento selectivo establecido para poder prestar un consentimiento válido en la contratación laboral. Y es que, si quedan incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2), sus trabajadores son a todos los efectos empleados públicos contratados (art. 8). Por tanto, no hay duda alguna sobre su inclusión en la DA 26. Uno, como no hay duda de la exclusión del mismo de las Sociedades y Fundaciones sometidas a un régimen de personificación jurídico-privado²⁵⁷.

B) Por lo que respecta al ámbito objetivo, la norma comprende operaciones que impliquen un trasvase de personal tanto desde empresas contratistas o concesionarias –cualquiera que sea la forma de extinción del contrato público– (Uno. a), como de sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público o consorcios –a causa de su disolución, extensión o fusión con otras entidades del sector público– (Uno. b). En ambos casos, se requiere que la entidad cesionaria sea una Administración Pública y también que el personal se rige íntegramente por la legislación laboral común, pues no han sido contratados conforme al procedimiento de selección de personal regulado por el EBEP, por mucho que en las entidades privadas pertenecientes al sector público hayan accedido mediante un procedimiento selectivo *ad hoc* respetuoso con los principios de igualdad, mérito y capacidad (DA 1 EBEP)²⁵⁸.

Ahora bien, lo previsto para este último caso, en el que personal procede de entidades jurídicas societarias o fundacionales del sector público, debe complementarse con lo dispuesto en la DT 3 de la misma Ley de Presupuestos. Esta última norma, también de carácter básico, establece una excepción para ciertas reorganizaciones del sector público que afecten a su

²⁵⁵ SSTSJ (CA) Andalucía, Sevilla de 23 de octubre de 2019, rec. 1025/18; de 29 de enero de 2020, rec. 983/18. SJCA n.º 3 Valladolid de 14 de noviembre de 2017, rec. 14/17.

²⁵⁶ L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 132. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 57.

²⁵⁷ También entiende que solo estas dos entidades queda excluidas: J. MAURI MAJÓS, “L’assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics”, cit., p. 333.

²⁵⁸ En sentido contrario, se ha considerado extraño que los supuestos enunciados en las letras a) y b) del apartado Uno se sometan al mismo régimen en la medida en que los segundos no plantean problemas desde el punto de vista de los principios (J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 109).

personal cuando se cumplan dos requisitos: primero, que se trate de personal laboral fijo seleccionado con la garantía de los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad y que disponga la titulación requerida para el acceso a la categoría en la que se produzca la integración; y segundo, que dicha integración de personal haya sido articulada mediante una Ley aprobada con anterioridad a la entrada en vigor de la LPGE 2017²⁵⁹.

Así las cosas, aunque formalmente la DA 26 vaya dirigida a los tres niveles de Administración Pública en que se organiza la división política y territorial del Estado, en realidad, parece más orientado a impedir las reversiones de contrata y reestructuraciones en el sector público autonómico y local, habida cuenta de que son los ámbitos en que con más frecuencia se dan las primeras, y que las segundas ya fueron acometidas previamente en el sector público central mediante la LRSP de 2014 –que regulaba numerosas incorporaciones del personal procedente de extintas entidades de derecho privado–. No en vano, se ha llegado a considerar que esta disposición instruye una suerte de «amnistía previa», pues aunque en aquellos casos la incorporación se producía con ciertas limitaciones –sin integrar como empleado público (sino «personal a extinguir») y sin que se incremente el gasto público– la administración central tuvo la oportunidad de acometer estas operaciones que ahora veta a las administraciones regional y local²⁶⁰. En efecto, en el debate parlamentario se planteó incorporar idénticas limitaciones que las aplicadas en la LRSP para la AGE y fueron rechazadas como se verá más adelante.

C) En cuanto a las consecuencias jurídicas previstas, la DA 26 LPGE establece que dicho personal no podrá «considerarse» como empleado público ex artículo 8 EBEP, ni podrá «incorporarse» en dicha condición en una «Administración o en una entidad de derecho público».

a) Evidentemente la referencia al concepto de empleado público y al artículo 8 incluye cualquier modalidad de empleado público, funcionario y laboral; y dentro de este último grupo, se incluye al personal laboral fijo, pero también al temporal y al indefinido. Veta así, la solución que judicial y doctrinalmente se había postulado como la opción –si bien «imperfecta», también la «menos mala»– para integrar el personal, esto es, el recurso a la figura del indefinido no fijo creada para solventar los problemas derivados de la compatibilidad entre la norma laboral que sanciona las irregularidades en la contratación temporal y los principios de acceso al empleo público²⁶¹.

²⁵⁹ Para mayor detalle sobre su origen y tramitación parlamentaria: E. ROJO TORRECILLA, “Ley 3/2017 de 28 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. Una breve nota sobre la disposición transitoria tercera (“Reorganizaciones del sector público y recursos humanos”).”, en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo [11 julio 2017]*), fecha de consulta 15 julio 2017, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

²⁶⁰ M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contrata en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., pp. 75, 76 y 78.

²⁶¹ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017 y procesos de reversión: incertidumbres preocupantes”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [29 junio 2017]*), fecha de consulta 29 junio 2017, en <https://ignasibeltran.com>. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “El TC declara inconstitucional el apartado UNO de la DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017: impacto en los procesos de reversión de la Administración Pública”, cit.

b) Por otra parte, LÓPEZ CUMBRE apunta que la diferencia entre «considerar» e «incorporar» y el ámbito subjetivo en que cada una se desarrolla –la primera en AAPP, la segunda en AAPP y entidades de derecho público– no es casual, sino que se pretende proscribir dos situaciones diversas: de una parte, impide que se «considere» empleado público de una Administración a aquel trabajador cuyo vínculo contractual temporal carecería de validez desde antes de operar la subrogación y por ello adquiriría la condición de indefinido. Tal y como afirma, “*apunta más a un problema de consolidación en el empleo que de incorporación al mismo por cuanto que podrá ser «considerado» empleado público sin integrarse en su plantilla, tras la creación de la astuta figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla*”. De la otra parte, con la «incorporación» –no solo en una Administración sino también en entidades de derecho público– entiende que lo perseguido es «neutralizar» la obligación de subrogar *ope legis* derivada del artículo 44 ET. Con todo, aunque presume esta intención del legislador, reconoce que la distinción carece de relevancia práctica, por cuanto que su «consideración» como empleado público pasa necesariamente por su «incorporación» como en dicha condición²⁶².

Bajo mi punto de vista, la norma va mucho más allá de prohibir la mera consolidación como empleado público, ya que si ello fuese así, no plantearía problemas incorporar o considerar al personal como empleado público temporal o indefinido no fijo según sea el caso. En cambio, parece que la subrogación queda imposibilitada *de facto* y con ello, claro está, de forma muy discutible también imposibilita la continuidad de las relaciones laborales, abocando como única alternativa, al cumplimiento de los requisitos previstos en su apartado Dos²⁶³. Así pues, la norma regula no solo aspectos presupuestarios sino también sustanciales como son las relaciones laborales en la Administración y en el sector público, por lo que cabe calificar la técnica legislativa como pésima en la medida en que hubiese sido más razonable normar este contenido en el EBEP o en el ET antes que en una norma presupuestaria²⁶⁴.

En el mismo sentido: X. BOLTAINA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, *La Administración Práctica*, n.º 12, 2017, p. 6/12 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi ProView el 4 abril 2021. Aunque con el matiz de que este último autor no considera que el personal indefinido mentado en el art. 8 EBEP se refiera al indefinido no fijo, como luego se expondrá.

²⁶² L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., pp. 131-132. En el mismo sentido, se señala que restringe la condición de empleados públicos también a trabajadores que ya eran empleados por la Administración. Es decir, se aplica tanto *ad futurum* como retroactivamente, lo cual parece aun más cuestionable (X. BOLTAINA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 4/12 pdf descargado).

²⁶³ Por todos, C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, cit., p. 133. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 109. D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. RR-7.6.

²⁶⁴ X. BOLTAINA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 1/12 pdf descargado.

iii) Tal conclusión lleva de inmediato a cuestionar cuál es el fin pretendido por el Ejecutivo al introducir con semejante previsión normativa en el Proyecto de Ley de Presupuestos. Y aquí tampoco hay división doctrinal al respecto. En efecto, de forma casi unánime, las autoras y autores vienen entendiendo que el fin es, simple y llanamente, frenar la creciente tendencia de re-centralizar actividades concesionadas o previamente encargadas a empresas privadas de propiedad pública, impidiendo jurídicamente que puedan aplicarse las consecuencias laborales que se derivarían al perfeccionarse dichas operaciones²⁶⁵.

Como con acierto se afirma, una intervención normativa más contundente, que prohibiera directamente la subrogación laboral por una Administración en lugar de dificultar la aplicación de sus efectos, supondría un choque frontal con la legislación laboral y, sobre todo, comunitaria sobre sucesión de empresas, que habría condenado al fracaso la actuación del legislador presupuestario. Se apunta a que, detrás de esta decisión legislativa, podría haber una acción política de *lobbies* de contratistas o concesionarios de las AAPP para mantener su estatus²⁶⁶.

²⁶⁵ EDUARDO ROJO entiende que la norma parece pretender “evitar que los trabajadores de las actividad privadas remunicipalizadas puedan acceder a la función pública por una vía que no pasaría el filtro del acceso a ésta previsto en el art. 23 de la Constitución y su normativa de desarrollo, pero si tal fuera la finalidad no casa bien con la mención a la imposibilidad de adquirir la condición de empleado público según que de la definición de los mismos se contiene en el art. 8 del EBEP, ya que dicho precepto no sólo se refiere a los “funcionarios de carrera”, sino también al restante personal que presta sus servicios para la Administración, como son “funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y personal eventual”. Así se cuestiona si la verdadera finalidad de los redactores del precepto es evitar que se integren como indefinidos no fijos para que no puedan consolidar posteriormente su empleo mediante una convocatoria pública (E. ROJO TORRECILLA, “La afectación del principio constitucional de autonomía local por la disposición adicional vigesimoséptima del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017”, cit.).

Con idéntico razonamiento se afirma “el objetivo no disimulado de esta norma es limitar, obstaculizando hasta el extremo de facto, la reversión de los servicios públicos municipales” (cfr. R. VELA DÍAZ, “La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en materia de políticas de empleo: una visión de conjunto desde la perspectiva laboral”, cit., p. 152. O que “el interés es claro y radica en un intento de contener –quizá hasta llegar a anular– las decisiones locales y/o autonómicas (o, en su caso, estatales) que intenten revertir el desempeño de actividades y la gestión de servicios desarrollados por el sector público” (Cfr. M. TREVIÑO PASCUAL, “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, cit., p. 162.).

En el mismo sentido: D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. RR-7.2 recurso online; E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos (Ref. BIB 2018/11491)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 193, 2018, p. 10/20 pdf descargado; C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, “Subrogación de la Administración y aplicación de las normas sobre limitación de incorporación de personal al sector público en los supuestos de reversión de contrataciones o concesiones administrativas”, en AA.VV. (AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 5/12 pdf descargado. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 51, 2018, p. 33/45 pdf descargado, fecha de consulta en la BD lustel el 3 diciembre 2018. X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 2/9 pdf descargado. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 58.

²⁶⁶ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 110.

Por tanto, parece obvio, y así se ha destacado en la literatura jurídica, que la DA 26 LPGE es una norma fundamentalmente «ideológica» que establece unilateralmente una fórmula legal que impide las reversiones de contratas públicas y perpetúa su externalización. Tanto es así, que en lugar de regular el régimen del personal como *a priori* pudiera parecer o establecer límites a la incorporación de personal como reza el título de la norma, en realidad, lo que hace es influir en las posibilidades de que las AAPP decidan cómo prestar sus servicios, imponiendo un concreto modelo de gestión sin atender al complejo debate que hay detrás de estos fenómenos, a los diversos intereses legítimos en juego o a los importantes argumentos jurídicos que sustentarían cada una de las posturas enfrentadas²⁶⁷.

Una muestra del carácter ideológico que fue impuesto por el Ejecutivo y sus apoyos parlamentarios en aquel momento son las numerosas enmiendas introducidas por otros grupos durante la tramitación de la Ley rechazadas casi en su totalidad. Así las cosas, la disposición recibió un total de 7 enmiendas de 5 grupos parlamentarios diferentes: enmiendas n.º 63 (Esquerra Republicana); n.º 2.712, 2.713 y 2.714 (Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea); n.º 2.387 (Grupo Socialista); n.º 4.836 (Grupo Mixto-Partit Demòcrata Europeu Català); n.º 5.846 (Grupo Mixto-Compromís)²⁶⁸. La única de ellas aceptada fue la introducida por el Grupo Socialista que afecta únicamente al apartado Dos de la disposición.

En efecto, el contenido de aquellas, su motivación y su final rechazo darán algunas pistas de la verdadera finalidad de la norma estudiada²⁶⁹. Los motivos que fueron alegados por los diferentes grupos parlamentarios hacían referencia a la contradicción con otras normas legales y constitucionales. Estos mismos motivos han sido ampliamente respaldados por la doctrina científica convirtiéndose en las principales críticas formuladas a la DA 26 LPGE.

Así, en primer lugar, la LPGE contraviene la Ley de Bases del Régimen Local y la normativa sobre Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF, LRSAL), porque impide adoptar la forma de gestión del servicio que resulte más eficiente y sostenible, anteponiendo los intereses de grandes empresas prestadoras de servicios al interés general, pues se ven beneficiadas al mantener en sus manos los derechos de explotación de ciertas actividades adjudicadas mediante concesiones y contratas públicas²⁷⁰.

²⁶⁷ Con mayor detalle: M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratas en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., pp. 75-78.

²⁶⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A n.º 6-8 de 11-05-17. Una síntesis en: E. ROJO TORRECILLA, “La afectación del principio constitucional de autonomía local por la disposición adicional vigesimoséptima del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017”, cit.

²⁶⁹ S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “Reversión de contratas públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, cit., pp. 4-5/15 pdf descargado.

²⁷⁰ L. LÓPEZ CUMBRE, “Inconstitucionalidad de normas presupuestarias sobre sucesión de empresas en el ámbito público”, *Gómez-Acebo & Pombo, Análisis*, 2018, p. 130, fecha de consulta en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/11/Inconstitucionalidad-de-normas-presupuestarias-sobre-sucesion-de-empresas-en-el-ambito-publico.pdf> el 02-03-19. J. MAURI MAJÓS, “L’assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics”, cit., p. 334.

En segundo lugar, es claro que no es conforme al ET porque impide el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de sucesión de empresa, sin que haya justificación alguna para que una Ley de naturaleza presupuestaria habilite para eludir el mandato impuesto por el Derecho europeo y apartarse de los objetivos marcados por la Directiva 2001/23/CE²⁷¹ ²⁷².

En tercer lugar, vulnera la Ley de Contratos del Sector Público, por cuanto que limita las posibilidades de rescatar un servicio público por razones de interés general.

En cuarto, contradice el Estatuto Básico del Empleado Público, en la medida en que no permite la aplicación de los tipos de empleado público que reconoce y sin que se defina alternativamente la condición laboral en que quedarían los trabajadores en casos de ser incorporados (en sentido estricto, la DA 26 no prohíbe la subrogación). En particular, se destaca que la proscripción de emplear la figura del indefinido no fijo que, hasta el momento, permitía adoptar una solución provisional que cohonestara la heterogénea normativa aplicable y los intereses que tutela con cada una de las Leyes referidas: la continuidad del servicio, los derechos de los trabajadores afectados, el respeto a los principios de acceso al empleo público, etc.

Y en fin, también se alude a la confrontación entre la DA 26 y normas de rango constitucional como el principio de autoorganización administrativa y de autonomía local, así como los preceptos constitucionales destinados a la regulación de los Presupuestos Generales del Estado.

En cuanto a aquellos, se critica que la nueva disposición se suma la prolija normativa administrativa y presupuestaria que refuerza la gestión indirecta, toda vez que obstaculiza que los entes públicos puedan decidir el modo de gestión más apropiado para la prestación de los servicios públicos atendiendo también a estándares de calidad, de mejor control de su gestión, de los fondos

²⁷¹ Por todos, I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, "DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017 y procesos de reversión: incertidumbres preocupantes", cit. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 113. M. TREVIÑO PASCUAL, "Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos", cit., p. 165. R. VELA DÍAZ, "La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en materia de políticas de empleo: una visión de conjunto desde la perspectiva laboral", cit., p. 153. C. L. ALFONSO MELLADO, "Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública", cit., p. 25. M. Á. FALGUERA BARÓ, "La reversión de contratistas en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados", cit., p. 78 y 79. E. ÁVILA CANO, "La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua", cit., p. 246. J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reversión por la administración de las contratistas: perspectiva desde el derecho del trabajo", cit., p. 58.

Parece que el legislador presupuestario olvida que "las reglas de la transmisión de empresa juegan en una división superior a la de la legislación presupuestaria" (cfr. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, "Aspectos laborales de la reversión de contratistas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)", cit., p. 110) y que también afecta al principio constitucional de estabilidad en el empleo que se vería alterado cuando se tratase de la continuidad de los trabajadores que desarrollen su prestación laboral en actividades y servicios de titularidad pública (M. TREVIÑO PASCUAL, "Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos", cit., p. 166).

²⁷² También la doctrina judicial: STSJ (CA) Castilla y León, Valladolid de 21 de mayo de 2019, rec. 339/18.

públicos asignados a tal fin, etc. En definitiva, obstaculiza la persecución del interés general y las facultades organizativas de las AAPP²⁷³.

Y en cuanto al alcance temporal y material de la Ley de Presupuestos se alude que la aprobación de una norma con vocación de permanencia no parece compatible con su natural carácter anual (por ello, la enmienda n.º 2.712 pretendía la supresión de la expresión «con vigencia indefinida»). Tampoco su ámbito material parece el lugar más idóneo para tratar este fenómeno que afecta a tantos órdenes normativos diversos (la enmienda n.º 4.836, proponía trasladar el debate jurídico al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se encontraba también en pleno proceso de tramitación; en este sentido también en la enmienda n.º 63).

D) Sin embargo, sorprendentemente, a continuación la disposición estudiada indica que “*al personal referido en los apartados anteriores -provenientes de concesionarios privados y de sociedades y fundaciones del sector público- le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral*”. Está claro que este último inciso no tiene un carácter constitutivo y generalizable, sino que se refiere a los supuestos en los que la operación describe el supuesto de hecho de la norma laboral. Se ha llegado a entender que dicho inciso es el que salva la norma pues, sin él, el alcance de la prohibición formulada no habría sido sostenible a la luz de la Directiva 2001/23/CE²⁷⁴.

No obstante, la lectura conjunta con la prohibición de integrar al personal como empleado público ex artículo 8 EBEP se antojaba complicada. De nuevo, en la literatura jurídica parecía converger pacíficamente esta idea, entendiendo que la DA 26 “*no es un modelo, ni mucho menos, de seguridad jurídica*”²⁷⁵ o, más directamente, que es “*extraordinariamente contradictoria*”²⁷⁶,

²⁷³ Por todos, E. ROJO TORRECILLA, “La afectación del principio constitucional de autonomía local por la disposición adicional vigesimoséptima del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017”, cit. M. TREVIÑO PASCUAL, “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, cit., p. 162 y 169. R. VELA DÍAZ, “La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en materia de políticas de empleo: una visión de conjunto desde la perspectiva laboral”, cit., p. 152. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 110. L. LÓPEZ CUMBRE, “Inconstitucionalidad de normas presupuestarias sobre sucesión de empresas en el ámbito público”, cit., p. 130.

²⁷⁴ C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, “Subrogación de la Administración y aplicación de las normas sobre limitación de incorporación de personal al sector público en los supuestos de reversión de contratos o concesiones administrativas”, cit., p. 7/12 pdf descargado.

²⁷⁵ E. ROJO TORRECILLA, “La afectación del principio constitucional de autonomía local por la disposición adicional vigesimoséptima del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017”, cit.

²⁷⁶ Cfr. C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, cit., p. 133. O, “*evidentemente contradictorio*”. Cfr. M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 77.

En este sentido: X. BOLTAINA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 5/12 pdf descargado. M. LÓPEZ BALAGUER, “Reversión de la contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTs de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016) [Ref. BIB 2018/5868]”, cit., p. 7/8 pdf descargado. C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, “Subrogación de la Administración y aplicación de las normas sobre limitación de incorporación de personal al sector público en los supuestos de reversión de contratos o concesiones administrativas”, cit., p. 6/12 pdf descargado. Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia)

carente de “coherencia reguladora”²⁷⁷, con “inconsistencias importantes”²⁷⁸ y dificultades interpretativas susceptibles de “generar más problemas que soluciones”²⁷⁹. En definitiva, se concluye que constituye un verdadero “despropósito legislativo”²⁸⁰.

Y es que no pueden ser aplicables las normas sobre sucesión de empresas si es imposible la subrogación, pues no puede incorporarse al personal en ninguna de las categorías de empleo público conocidas y reconocidas legalmente, dejando al trabajador en una suerte de “limbo jurídico”²⁸¹, porque “¿y si no son empleados públicos, que régimen jurídico tendrán?”²⁸². Por tanto, debe cuestionarse de nuevo la finalidad del Ejecutivo cuando declaró aplicables las reglas sobre transmisión de empresa. A mi juicio, creo que admite solo dos interpretaciones posibles²⁸³.

a) Por un lado, que lo que se pretendía, con buen criterio, era impedir las reversiones cuyo objeto era integrar a los trabajadores de las empresas contratistas en la estructura de personal de las entidades del sector público de forma voluntaria y unilateral, esto es, sin verse constreñidas a hacerlo por ser aplicable el artículo 44 ET. En cambio, no sería un obstáculo la integración ante una real transmisión de empresa, debiendo en tal caso, asumir sin más al personal afectado por imperativo legal, sin que haya obstáculos –siguiendo esta tesis– para integrarlo como empleado público, por ejemplo, de carácter indefinido. Parecía razonable esta lectura si se tiene en cuenta que en el momento de tramitarse la LPGE 2017, la tendencia a revertir o recuperar la gestión

Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 307. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 58.

²⁷⁷ Y que “solo puede generar más conflictos, añadiendo fuego a un sector, el del empleo público, ya de por sí «muy caliente»”. Cfr. R. VELA DÍAZ, “La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en materia de políticas de empleo: una visión de conjunto desde la perspectiva laboral”, cit., p. 153.

²⁷⁸ Cfr. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 109.

²⁷⁹ Cfr. L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 103. En el mismo sentido, el profesor BELTRÁN afirma que “en la medida que los efectos de la Directiva 2001/23 no pueden eludirse, en aquellos casos en los que se acabe produciendo una reversión o una integración, esta disposición probablemente contribuirá a acrecentar los problemas asociados a los mismos”. Cfr. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017 y procesos de reversión: incertidumbres preocupantes”, cit.

²⁸⁰ Cfr. E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 244.

También ha sido calificada como “abstrusa y polémica” por algunos tribunales: SSTSJ Islas Canarias, Tenerife de 5 de noviembre de 2018, rec. 281/18; de 19 de julio de 2019, rec. 162/19.

²⁸¹ Cfr. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa”, cit.

²⁸² Cfr. E. ROJO TORRECILLA, “La afectación del principio constitucional de autonomía local por la disposición adicional vigesimoséptima del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017”, cit.

En el mismo sentido, BOLTAINA BOSCH señala que la norma no definía la naturaleza jurídica de la integración de personal pero dejaba claro que el personal subrogado debía incorporarse a la Administración, pero sin ser empleado público “lo que ciertamente era un oxímoron”. Cfr. X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 4/9 pdf descargado.

²⁸³ S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “Reversión de contratas públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, cit., p. 4/14 pdf descargado.

directa de servicios externalizados se encontraba en su máxima expresión, subsistiendo detrás de muchos de los procesos únicamente razones ideológicas o políticas, no necesariamente ligadas al uso eficiente de los recursos públicos o al interés general, y cuyas circunstancias fácticas no eran susceptibles de desencadenar una transmisión legal de empresas.

En este sentido se sitúa la «interpretación finalista» que hace FALGUERA BARÓ, que argumenta que la misma permitiría entender que lo que realmente se prohíbe es que la Administración decida la subrogación de una parte esencial o total de la plantilla de personal, pero que si hay una transmisión patrimonial deberá hacerse cargo del personal como indefinido no fijo²⁸⁴. Evidentemente, en la mayoría de servicios en los que la actividad se basara principalmente en la mano de obra, las empresas contratistas se verían abocadas a despedir al personal, por las mayores dificultades para que concurren los presupuestos necesarios para la transmisión. En la misma dirección se mueven las profesoras LÓPEZ BALAGUER, ORTIZ DE SOLÓRZANO y RODRÍGUEZ ESCANCIANO. La primera afirma que no se puede discutir la subrogación del personal ante una reversión constitutiva de transmisión legal de empresa, pero lo que se trata de evitar es que en supuestos no constitutivos de dicha transmisión la Administración adquiera el compromiso voluntario de integrar a la plantilla mediante un pacto colectivo o individual²⁸⁵. El mismo alcance tiene la «interpretación integradora» de la norma presupuestaria que formula la segunda de las autoras, que entiende que lo que se pretende evitar de raíz es la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas en el ámbito de la reversión de servicios públicos: “*esta imposibilidad de incorporación de personal, al venir recogida en una norma legal, se impondría sobre cualquier convenio colectivo o acuerdo que estableciera lo contrario*”²⁸⁶. Y, finalmente, la tercera remarca que no puede la norma presupuestaria impedir el juego de las reglas laborales sobre sucesión de empresa, pero pretende recordar a los gestores públicos que si desatienden el mandato de la DA 26 y acaban contratando voluntariamente una parte esencial de la plantilla, pueden derivarse responsabilidades sobre los sujetos actuantes²⁸⁷.

Por su parte, GOERLICH PESET y NORES TORRES, subrayan que esta tesis permitiría un encaje armónico de la norma presupuestaria con el resto del ordenamiento jurídico, tanto laboral como con otras disposiciones de orden público. En particular, resultaría coherente con la DA 34 LPGE, que imputaría responsabilidades a quienes incumplan la prohibición de incorporar personal al

²⁸⁴ M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 77.

²⁸⁵ La autora llama la atención sobre los tiempos verbales empleados: al usarse el futuro del verbo «poder» daría a entender que no se trata de una prohibición absoluta, sino que parece hacer referencia a casos en los que intervendría la voluntad de las AAPP («no podrán» incorporar como empleados públicos). Esto es, no podrán decidirlo voluntariamente ni pactarlo en convenios o acuerdos colectivos. Véase: M. LÓPEZ BALAGUER, “Reversión de la contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016) [Ref. BIB 2018/5868]”, cit., pp. 7-8/8 pdf descargado.

²⁸⁶ Cfr. C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, “Subrogación de la Administración y aplicación de las normas sobre limitación de incorporación de personal al sector público en los supuestos de reversión de contratos o concesiones administrativas”, cit., p. 10/12 pdf descargado.

²⁸⁷ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 36/45 pdf descargado.

sistema de empleo público como indefinido no fijo al margen de los supuestos en los que se transmite real y efectivamente una entidad económica. Y también con la legislación sobre contratos administrativos que establece una prohibición de consolidación tras finalizar ciertos tipos contractuales (art. 308.1 LCSP). Finalmente, es compatible con el reconocimiento legal de la obligación de subrogación cuando se produzca una sucesión de empresa legal o convencional que predica el artículo 130.3 de la LCSP, aprobada tan solo unos meses después. Además, los autores realizan una interpretación sistemática de los apartados Uno y Dos, entendiendo que, en todo caso, la continuidad de las relaciones laborales quedaría condicionada al éxito de una reclamación judicial o a la tramitación de un proceso selectivo previo a la decisión de reversión, aunque el apartado Uno no lo disponga expresamente²⁸⁸.

Pero si se piensa bien no habría sido necesario que se hubiese aprobado la meritada disposición con el único fin de evitar incorporaciones voluntarias de plantilla en el sector público, pues la normativa reguladora del acceso al empleo público y sus mecanismos de tutela jurisdiccionales habrían sido suficientes para contener estos actos fraudulentos. Además, aun aceptando plenamente esta tesis no puede obviarse un obstáculo difícil de sortear: la interdicción expresa de incorporar al personal como empleado público.

b) Y por otro lado, también se ha señalado que los redactores de la norma, en un intento de conciliar la sucesión laboral y las garantías de acceso al empleo público, querían impedir que los trabajadores afectados adquirieran la condición de empleado público pero sin oponerse a su subrogación y al mantenimiento del empleo. Ello requeriría reconducir el régimen jurídico de del personal integración a dos alternativas: que el personal que pase a depender de la Administración deba quedar comprendido en una modalidad o categoría de trabajador al servicio de las AAPP de «nueva creación» o en alguna fórmula ya ensayada en otros supuestos como la del «personal a extinguir»; o bien que quede sometido íntegramente al ordenamiento laboral, sin aplicar ninguna de las especialidades recogidas en el EBEP y en la normativa del sector público²⁸⁹. En realidad,

²⁸⁸ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 108 y 110.

²⁸⁹ Por todos, C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, cit., p. 257, aunque sin una intervención legal puede resultar una solución bastante insegura. Con anterioridad a la aprobación de la LPGE el autor ya defendía la aplicación de dicha figura en C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 41 y ss. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017 y procesos de reversión: incertidumbres preocupantes”, cit. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 113. L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 145. J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 11/19 pdf descargado. C. MOLINA NAVARRETE, “Transmisión de empresa y sucesión de contratos: Límites a la autonomía colectiva y dudas de los Tribunales de «última palabra»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 47, 2017, p. 238. M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 77. J. MAURI MAJÓS, “L’assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics”, cit., p. 333. Aunque también con anterioridad defendía la aplicación de esta figura en J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 114. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 59. R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 182.

aunque se suele diferenciar, estas dos posibilidades son la misma cosa, como se analizará en el siguiente capítulo. En definitiva, de esta manera se entiende que la DA 26 no impide la subrogación sino que solo reduce sus efectos para evitar que el personal incorporado por sucesión de empresa se considere empleado público²⁹⁰. Según BOLTAINA BOSCH, la plantilla subrogada sería una “*suerte de personal no integrado en la Administración, esto es, una categoría específica de personal no funcionario, que a nuestro juicio sería laboral pero extra muros del EBEP*”²⁹¹. Da la impresión de que tal postura responde a tratar de facilitar una posterior externalización, aunque si esta fuera la única justificación sería censurable por ser arbitraria²⁹².

Ahora bien, esta misma interpretación apuntada fue planteada durante la tramitación parlamentaria a través de dos enmiendas de modificación que siguieron la misma suerte que el resto: n.º 2.714 y 5.846, del Grupo Parlamentario confederal Unidos Podemos y del Grupo Mixto-Compromís, respectivamente²⁹³. Ambas, con idéntico tenor literal, aunque la primera acompañada de la correspondiente justificación mientras que la segunda no. Debe reseñarse que el texto de la enmienda propuesta era, esencialmente, el mismo que el de la redacción original de la disposición,

²⁹⁰ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contrata: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 58.

²⁹¹ Cfr. X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 4/9 pdf descargado. Ello permite entender que en realidad la DA 26 no pretende el desplazamiento del art. 44 ET, sino solo su modalización. Con mayor detalle: X. BOLTAINA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 5/12 pdf descargado.

²⁹² J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrata y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 110.

²⁹³ Enmienda n.º 2.714, Grupo Parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (la enmienda n.º 5.846 del Grupo Mixto-Compromís solo difiere en la numeración de los apartados):

“DA vigésima séptima. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y las demás entidades del sector público, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público o sociedad mercantil pública, salvo por aplicación de las normas laborales sobre sucesión de empresas, en los casos en que proceda la aplicación de las mismas:

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

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Dos. El personal referido en el apartado anterior que no haya accedido al empleo en un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad permanecerá vinculado a la prestación del servicio en el que estaba encuadrado, y podrá tener la consideración de “a extinguir”. Las vacantes que se produjeran en dicho servicio serán cubiertas cumpliendo con los principios legales de acceso al empleo público.

Tres. El personal integrado en alguna administración o ente del sector público de los referidos en el artículo 18 de la presente Ley en virtud de la aplicación de las normas laborales sobre sucesión de empresa, cuando proceda la aplicación de las mismas, no computará a efectos de las tasas de reposición establecidas en esta Ley.

[Los subrayados son míos]

Cuatro. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13a y 18a, así como del artículo 156.1 de la Constitución.”

pero introducía ciertas matizaciones que permitían interpretarla de una forma coherente e integrada junto con el resto de normas aplicables. Esta redacción alternativa incluía cuatro importantes precisiones en su contenido normativo.

En primer lugar, se proponía un tratamiento único tanto si la integración se llevaba a cabo en una entidad de derecho público como si se realizaba en una sociedad mercantil pública. En ambos casos, quedaba prohibida la «incorporación» de personal proveniente de empresas concesionarias y de reestructuración de entidades de derecho privado y su «consideración» como empleado público a los efectos del artículo 8 EBEP (sin diferenciar entre los apartados Uno y Dos).

En segundo lugar, se introduce una importante y lógica excepción a la regla general descrita en el punto anterior: se prohíbe la incorporación o la consideración como empleados públicos, “salvo –aquí el matiz relevante– *por aplicación de las normas laborales sobre sucesión de empresa*”. De esta manera queda claro que la asunción voluntaria de trabajadores procedentes de empresas contratistas, sociedades o fundaciones del sector público queda tajantemente prohibida. Ahora bien, si la operación describe el supuesto de hecho del artículo 44 ET, no puede impedirse su integración como trabajadores públicos en la medida en que el Derecho europeo impone la subrogación. Y es que, la redacción original de la disposición, tal y como se expone en la motivación a la enmienda, “*resulta en extremo confusa y contradictoria*” y “*no se entiende bien qué se pretende con el apartado uno; pues no pueden excluirse esas reglas [sucesión de empresa] y las mismas conducen, precisamente, a lo que aparentemente se empieza prohibiendo*”. Se defiende que el objetivo perseguido con esta nueva fórmula es que se mantenga el supuesto dentro del ámbito de aplicación del EBEP, sin que puedan considerarse empleados públicos cuando no haya una efectiva transmisión empresarial o no hayan accedido de forma reglamentaria.

En tercer lugar, no obstante lo anterior, todavía se proponía un método para ponderar la norma laboral con los principios de acceso al empleo público, determinando el régimen jurídico del personal subrogado de la siguiente manera: “*El personal [...] que no haya accedido al empleo en un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad permanecerá vinculado a la prestación del servicio en el que estaba encuadrado, y podrá tener la consideración de «a extinguir». Las vacantes que se produjeran en dicho servicio serán cubiertas cumpliendo con los principios legales de acceso al empleo público*”.

Y en cuarto lugar, se aclaraba que el personal subrogado de acuerdo con las reglas anteriores no computaría a efectos de la tasa de reposición tanto si la integración se producía en una Administración como en un ente del sector público. Se entendía que no debería computar en dicha tasa por cuanto que no hay un incremento del gasto público globalmente considerado.

En definitiva se calificaba la redacción original de la DA 27 del Proyecto de LPGE como «ociosa», en la medida en que no añadía nada al marco jurídico precedente, sino que solo servía para generar confusión y dudas jurídicas, y pretendía excepcionar la normativa comunitaria y nacional sobre sucesión de empresas. En cambio, con la nueva redacción propuesta se defendía

el respeto al resto de legislación aplicable y a las facultades de organización que la Constitución reconoce a las administraciones públicas.

A mi parecer, esta enmienda podría haber constituido, tal y como defienden los grupos parlamentarios firmantes, una solución razonable y pacífica para ordenar estos fenómenos de reversión. Quizás no fuera la óptima, pero sí una respuesta medianamente satisfactoria con todos los intereses enfrentados. Por tanto, con su rechazo, parece quedar claro que la norma tenía una finalidad más disruptiva que las interpretaciones a las que se ha intentado reconducir, esto es, el incumplimiento de los mandatos de la Directiva 2001/23/CE de dar continuidad a los contratos de trabajo en curso cuando, a resultas de una reversión de contrata públicas, se transmite una entidad económica que mantiene su identidad. En este sentido, debe reseñarse que la STJUE de 19 de octubre de 2017, *Securitas* (asunto C-200/16, ap. 35-38) declara la falta de validez de cualquier disposición nacional que se oponga al objetivo de la norma comunitaria: proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular, para garantizar el mantenimiento de sus derechos. Si bien, la norma conflictiva en el asunto citado era un convenio colectivo nacional que excluía del concepto traspaso la pérdida de un cliente a consecuencia de la adjudicación del servicio a otro operador económico, sus consideraciones son perfectamente extrapolables a las previsiones normativas comentadas y a las operaciones de traspaso en que se pretenden aplicar.

Sin embargo, algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia han seguido esta tesis para aplicar los efectos previstos por la normativa laboral a pesar de las previsiones de la LPGE 2017, tanto en sede social como contencioso-administrativa²⁹⁴. Incluso alguna Ley autonómica ha integrado al personal proveniente de contrata del sector público como «personal a extinguir», influida por las previsiones de la DA 26 LPGE²⁹⁵.

c) Por otro lado, algunas autoras y autores han señalado otras posibles lecturas a esta compleja norma. Así, también se señaló que quizás lo que se pretendía era que cuando una Administración recupere un servicio los trabajadores deban ser despedidos por las empresas

²⁹⁴ Así, por parte de la doctrina social: STSJ Castilla y León, Burgos de 20 de diciembre de 2018, rec. 891/18; de 17 de enero de 2019, rec. 916/18; de 6 de febrero de 2019, rec. 1/19.

Pero también por parte de los tribunales de lo contencioso-administrativo. La SJCA n.º 3 Valladolid de 14 de noviembre de 2017, rec. 14/17 dispone: *“En cualquier caso, lo que prohíbe el artículo es que ese personal pueda ser considerado empleado público en los términos del artículo 8 del Estatuto Básico del Empleado Público no pudiendo incorporarse como tal a una Administración Pública o a una entidad de derecho público. Nada impide que ese personal pueda tener otra vinculación diferente de la de empleado público, máxime si se tiene en cuenta que a ese personal, porque así se establece expresamente en la Disposición Adicional que se está analizando, le es aplicable lo previsto sobre sucesión de empresas en la normativa laboral. Dicho de otra manera, ese personal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 44 ET, aplicado atendiendo a los criterios establecidos por la jurisprudencia, puede tener una relación jurídica con el sujeto que sucede en la actividad anterior, ya sea una Administración u otra entidad de derecho público, aunque nunca, porque lo prohíbe expresamente la Disposición Adicional, será la propia de un empleado público en los términos del artículo 8 EBEP. Hay que insistir en que la Disposición Adicional no prohíbe la incorporación del trabajador sino que éste adquiera la condición de empleado público”*. En el mismo sentido: SSTSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 5 de julio de 2018, rec. 168/18; de 21 de mayo de 2019, rec. 339/18 (que confirma la SJCA n.º 4 Valladolid de 9 de abril de 2018, rec. 11/17).

²⁹⁵ DA 8 Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (DOGV n.º 8202 de 30-12-17; BOE n.º 38 de 12-02-18).

contratistas salientes o las empresas públicas que se van a extinguir. Esta opción distaría de ser pacífica habida cuenta de la jurisprudencia existente sobre despidos colectivos en el sector público y sucesión de empresas, y que abocaría a las AAPP al conflicto social y a asumir el coste político y social que comportaría. Tampoco debe subestimarse el coste estrictamente económico, pues tal opción acabaría con la imputación de responsabilidades laborales al ente público, incluida la derivada del despido que podrían comportar incluso la obligatoria readmisión²⁹⁶.

También se ha barajado la posibilidad de que la norma presupuestaria constituyese una suerte de *lex specialis* del artículo 44 ET cuyo fin sería prohibir la subrogación e integración del personal en el sector público, toda vez que garantiza la continuidad de las relaciones laborales y el mantenimiento de sus derechos. Ello sucedería así si se entiende que la DA 26 LPGE estaría «blindando» los contratos de trabajos celebrados con la empresa contratista cedente, con la que continuaría prestando servicios en las mismas condiciones que lo venía haciendo antes de que la Administración decidiera recuperar la gestión del servicio. Quien defiende esta posibilidad entiende que *“resultaría esta una solución simple, sencilla y coherente con los nuevos términos legales: los trabajadores no se incorporan o no son considerados empleados de la Administración o de las entidades públicas pero se aplican las garantías del art. 44 ET”*²⁹⁷. A mi parecer esta lectura del precepto no tendría ningún recorrido judicial en sede nacional y mucho menos ante el TJUE. Si la operación es constitutiva de transmisión de empresa no cabe admitir otra solución que no sea la subrogación del empresario cesionario en las relaciones laborales desde la misma fecha del traspaso, quedando desvinculado, en este preciso momento, el empresario cedente del vínculo contractual de forma automática e imperativa. Así, no sería admisible el uso de disposiciones legales, reglamentarias o convencionales internas que no permitieran mejorar el objetivo de tutela de la Directiva (art. 8), y no se conseguiría si no hay subrogación de la plantilla. Se anticipa la autora advirtiendo que en este caso el trabajador estaría sometido a idénticos riesgos de pérdida del empleo o de modificación de sus condiciones de trabajo tanto si es subrogado como si mantiene su contrato con la concesionaria, en la medida en que ambas pueden adoptar idénticas medidas de reestructuración de plantillas. Pero lo cierto es que si la empresa cesante pierde la actividad que venía desarrollando difícilmente podrá mantener el volumen de empleo, abocando a los trabajadores al despido. Este es uno de los principios básicos sobre los que se construye la institución laboral de la sucesión de empresa: se mantiene el empleo con quien continúa la actividad haciéndose cargo de una empresa. Por otro lado, se reconoce al formular esta posible solución hermenéutica que no sería necesario aplicar las reglas sobre la sucesión de empresas porque, realmente, no hay una sucesión desde el momento en que la ley especial lo prohíbe. Lo que esta hace es imponer idénticas garantías que derivarían de una sucesión empresarial sin que

²⁹⁶ M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratistas en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 76.

²⁹⁷ L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 139.

la misma se lleve a cabo. De nuevo cabe decir que una disposición nacional que prevea un efecto diverso a una norma de *ius cogens* como la Directiva supondrá un incumplimiento de la misma.

Curiosa es la interpretación que ha mantenido el Tribunal Superior de Justicia Vasco en no pocos pronunciamientos. Por ejemplo, en todos los asuntos que conoce sobre la reversión del servicio de municipal de grúa del Ayuntamiento de Rentería ha llegado mucho más lejos, al considerar que el personal debe tener exactamente la misma condición laboral que tenía cuando trabajaba para la contratista antes de la reversión del servicio, pues no puede conducir a otra solución el conjunto de normas aplicables. En consecuencia, si *“antes del despido era trabajador por cuenta ajena indefinido y si esto no puede cambiar por la subrogación, se ha de deducir que igualmente ha de mantener esa condición indefinida luego de esa subrogación, salvo excepción normativa que, desde luego, ni tiene su asiento en tal artículo 44 ni alcanzamos a ver se deduzca de esa disposición adicional vigésimo sexta”*. Y es que el tribunal entiende que esta no prohíbe la incorporación como empleado público *“de forma incondicional y sin excepciones”*, sino al contrario, la propia disposición sujeta su regulación a la normativa sobre sucesión de empresas y *“al respeto de un valor superior, cuál es el acatamiento de lo decidido previamente por la jurisdicción, que se ha de cumplir en todo caso, según allí se lee”* (SSTSJ País Vasco de 5 de junio de 2018, rec. 1042/18; de 11 de septiembre de 2018, rec. 1402/18; de 11 de diciembre de 2018, rec. 2260/18).

Así como también en los casos judiciales sobre la reversión del servicio de estacionamiento-OTA del mismo municipio que declaran igualmente la fijeza de los trabajadores con contrato indefinido en la empresa concesionaria tras la reasunción del servicio por el Ayuntamiento: *“si la demandante es una trabajadora indefinida como tal debe ser sucedida, pues la subrogación del art. 44 ET alude expresamente a la permanencia de todos los derechos, y entre ellos la estabilidad en el empleo. La irregularidad en la conducta administrativa no puede imponer un perjuicio a quien es sujeto pasivo de la misma. En tal sentido, estimamos que la demandante adquiere la condición de trabajadora fija en la entidad local”*. En estos casos, argumenta además que la interpretación de las leyes debe atender primero, de acuerdo con el artículo 3 Código Civil, a la literalidad de sus términos, y en ese sentido la DA 26 LPGE declara aplicables las previsiones sobre sucesión de empresas, por lo que no pueden excluirse sus efectos, máxime cuando los mismos vienen impuestos por resolución judicial (SSTSJ País Vasco de 19 de junio de 2018, rec. 1168/18; de 3 de julio de 2018, rec. 1264/2018; de 17 de julio de 2018 (2), rec. 1386 y 1429/18; de 18 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 25 de septiembre de 2018, rec. 1538/18; de 9 de octubre de 2018, 1780/18; de 23 de octubre de 2018, rec. 1915/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; de 20 de noviembre de 2018, rec. 2047/18). En algunas de las resoluciones citadas, además, la administración recurrente alega tanto la DA 26 como el artículo 103.3 CE para oponerse a la readmisión del trabajador despedido antes de la reversión del servicio sea *“con la condición de indefinido no temporal sino con la condición de indefinido no fijo o hasta la cobertura de vacante”*. La Sala de lo Social del TSJ descarta tal argumento recordando que la figura del indefinido no fijo fue creada para supuestos de irregularidades cometidas por la Administración Pública en la contratación temporal, mientras que, no habiendo naturaleza fraudulenta en la contratación laboral

originaria no podría adquirir tal condición, sino la de trabajador fijo²⁹⁸. A mayor abundamiento, también indica que la declaración del despido improcedente debe aplicarse con las exigencias requeridas por los artículos 108 y 110 LRJS. En concreto, el artículo 110.1 LRJS señala que la condena de la readmisión deberá cumplirse en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, por lo que no cabe duda alguna, de acuerdo con la legalidad vigente, de que el personal ha de incorporarse como fijo.

Sin embargo, la STSJ de 26 de octubre de 2018 citada incluye un Voto Particular en la que el Magistrado discrepante²⁹⁹ expresa su desacuerdo respecto a la integración como personal fijo, que no satisface –argumenta– los principios propios de la Función Pública contenidos en las Norma Fundamental y en el Derecho Administrativo. Por tanto, no discrepa con la posición mayoritaria en la aplicación del artículo 44 ET pero sí en alguna de las consecuencias de aquel aplicado a un ente público, en la medida en que vulnera los artículos 23.2 y 103.3 CE y 55 EBEP. Así pues, defiende que la integración del trabajador a consecuencia de la readmisión obligatoria por el ente público no puede ser otra que no sea la del indefinido no fijo hasta su cobertura reglamentaria, sin que deban diferenciarse los supuestos de contratación temporal irregular de la sucesión de empresa. Cita varios precedentes judiciales que la aplican y recuerda que cuenta con respaldo legal (art. 8 EBEP y DA 15 ET). Si bien, tampoco parece descartar la aplicación de la figura del personal a extinguir prevista en la LRSP y que se ve reforzada por la DA 26 LPGE. A lo que se opone, en definitiva, es a la integración como personal laboral fijo de plantilla.

E) En otro orden de cosas, tampoco aclara la DA 26. Uno LPGE si en estos casos sería de aplicación la tasa de reposición vigente. Sería complejo resolver esta incógnita a la luz de las dificultades para interpretar la citada norma de forma certera. Lógicamente, si no pueden integrarse como empelados públicos cae fuera del campo de aplicación de las normas presupuestarias que limitan el incremento de plantillas públicas. También se ha indicado que el cambio en la forma de gestión no supone un incremento del gasto público, por lo que no debería computar. No obstante, la aceptación de una enmienda que únicamente introducía en el apartado Dos el adverbio «no» a efectos del cómputo de la tasa parecía dificultar incluso más la integración en el caso del resto de entidades públicas, puesto que da lugar al entendido de que en tal caso sí computaría, reafirmando la misma como un obstáculo efectivo a la sucesión de empresa³⁰⁰.

En cualquier caso, no sería problemática la integración de los supuestos previstos en la letra b) del apartado primero, porque quienes tuvieran previamente una relación de empleo público no computan a efectos de la tasa. Así por lo que hay quien ha entendido que este precepto solo

²⁹⁸ Parece alinearse este planteamiento con la tesis sostenida por la profesora LÓPEZ CUMBRE en torno al alcance de los diferentes términos expresados por la DA 26 sobre la prohibición de «incorporación» o «consideración» como empleado público.

²⁹⁹ Ilmo. Sr. Magistrado. D. Juan Carlos Benito Butrón Ochoa.

³⁰⁰ C. L. ALFONSO MELLADO, "Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos", cit., p. 257. En el mismo sentido: E. ÁVILA CANO, "La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua", cit., p. 243.

incluiría a quienes no tengan la condición de fijos e indefinidos en las personas jurídicas públicas y privadas del sector público³⁰¹. Pero sí los supuestos de reversión del apartado a), no pudiendo, además, acogerse a la exención que la Ley presupuestaria prevé para los supuestos en el trabajador sea declarado indefinido no fijo por sentencia judicial³⁰² (sin perjuicio de que aquellos ya fueran personal público antes de la externalización del servicio y se encuentren en situación de excedencia forzosa, en cuyo caso, tampoco computarían). Con todo, algunos autores defienden que no computaría tampoco en estos casos a efectos de la tasa de reposición³⁰³.

2.2.2. *Recuperación de la actividad y gestión directa a través de un medio propio personificado de carácter societario*

El apartado dos regula un supuesto excluido del apartado Uno, por cuanto que no afecta a AAPP ni a entidades de derecho público en el sentido de los arts. 2.1 EBEP y 2.3 LRJSP. Ordena un régimen «excepcional» mediante el que permite la incorporación el personal afectado en sociedades mercantiles de propiedad pública sin que compute a efectos de la tasa de reposición, siempre y cuando se haga en cumplimiento de una sentencia judicial o previa tramitación de un proceso de selección objetivo ex DA 1 EBEP.

A) El ámbito subjetivo de la norma parece claro: es aplicable a sociedades de capital público. Pero, aunque expresamente no se diga, no parece que haya obstáculos para aplicar mismo régimen a otras entidades de derecho privado que pertenezcan al sector público, especialmente, las Fundaciones. Por lo que respecta al ámbito objetivo, en la medida en que expresamente señala “*al personal referido en el apartado 1.a) anterior*”, comprende únicamente las operaciones de reversión de la actividad desde una empresa contratista o concesionara privada. No lo dice expresamente, pero no suscita dudas: es indiferente que la externalización se hubiese realizado *ab origine* por la sociedad o que fuese un servicio de una Administración o entidad pública gestionado indirectamente que, a consecuencia de su recuperación, se encomienda la gestión a un medio propio y servicio técnico de aquella sometido al derecho privado.

B) *A priori* la DA 26. Dos LPGE se muestra más flexible respecto a la integración en estas sociedades públicas³⁰⁴. Así, la consecuencia prevista parece clara: se permite la subrogación e incorporación del personal afectado sin que compute a efectos de la tasa de reposición. Este tipo de integración ya era menos problemática antes de la norma, en la medida en que el personal de estas sociedades no es –como se ha expuesto anteriormente– empleado público, ni su acceso está condicionado a los mismos requisitos materiales y procedimentales que el de aquellos, porque

³⁰¹ R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 181.

³⁰² S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “Reversión de contratos públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, cit., p. 3/15 pdf descargado.

³⁰³ J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 10/19 pdf descargado.

³⁰⁴ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 44.

la normativa reguladora contenida en el EBEP no es aplicable (DA 1)³⁰⁵. Por lo demás, también se ha contado que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, el régimen jurídico del personal incorporado por sentencia judicial y que no ha superado un proceso selectivo de acceso conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad es el del «trabajador indefinido no fijo de plantilla», por muy discutible que sea en tanto en cuanto es una categoría reservada para quienes tienen la condición de empleado público laboral. En cualquier caso, este pasaje de la norma contenida en la Ley de Presupuestos también entraña varias incógnitas.

a) Así pues, se puede comenzar por tratar de dilucidar cual es en este caso la intención del legislador al incluir esta vía de integración aparentemente más flexible³⁰⁶. Podría pensarse que lo que se pretende es reconducir todos los supuestos de subrogación de personal proveniente de empresas contratistas para que se incorporen únicamente en sociedades públicas³⁰⁷. Aunque, por de pronto, ya debería suscitar dudas desde la perspectiva de los principios de autonomía local y de autoorganización, porque no parece razonable que la LPGE predetermine una concreta forma gestión que corresponde decidir al ente público. También debe llamarse la atención sobre el hecho de que, en el momento de su redacción, todavía subsistían importantes trabas administrativas para la creación de nuevos entes instrumentales, especialmente de derecho privado, o para dotar presupuestariamente los ya existentes, por aplicación de la legislación sobre Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y que afectaban a todas las administraciones inmersas en un «plan de ajuste» o en un «plan económico-financiero». En fin, a mayor abundamiento, se ha de valorar que la continuidad del personal no parece posible en todo caso, sino que está condicionada por “*peculiares exigencias procedimentales*”³⁰⁸, esto es, a un proceso judicial que finalice con sentencia condenatoria o a un procedimiento de selección previo a la integración de personal. Por tanto, no resulta esta vía de incorporación de personal del apartado Dos tan flexible como en principio pudiera parecer, pues queda condicionada a múltiples requisitos que contravienen las normas imperativas sobre sucesión de empresa.

³⁰⁵ En este sentido: L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 143. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contratatas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 59.

³⁰⁶ En la motivación de la enmienda de modificación n.º 2.714 presentada por el grupo confederal Unidos Podemos se decía que “*el apartado Dos es igualmente confuso pues no se sabe lo que se pretende con él; si se quieren excepcionar las reglas laborales sobre sucesión de empresas en las entidades mercantiles públicas, es obvio que estaría actuando contra normas de la Unión Europea cuya aplicación a las sociedades mercantiles públicas es evidente como confirman la doctrina y jurisprudencia a la que se ha hecho mención; si por el contrario quiere abrirse una vía de integración del personal distinta a la derivada de la sucesión de empresas lo que se dice es ocioso, porque, parece evidente, que la misma no solo no podría hacerse, salvo sentencia judicial, respetando un proceso selectivo ajustado a los principios constitucionales y, lógicamente, si se incorpora personal de nuevo ingreso -que no sería el caso si existe sucesión de empresa- computando a efectos de la tasas de reposición legalmente establecidas*”.

³⁰⁷ En este sentido, por ejemplo: J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contratatas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 59.

³⁰⁸ Cfr. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratatas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 108.

b) En otro orden de acontecimientos, aun cuando se cumplan estos requisitos pueden aparecer problemas prácticos adicionales³⁰⁹. Así, en caso de exigirse una sentencia judicial³¹⁰ para incorporar al personal, surge un problema de disponibilidad de personal y de continuidad del servicio, pues en el lapso temporal que necesariamente habrá desde que se produce la reversión del servicio hasta que se resuelve la impugnación de los trabajadores que declare la ilicitud del despido, habrá un déficit de efectivos de personal para poder continuar con la dispensación del servicio sin que se vea interrumpido. En consecuencia, salvo que se trate de un servicio público de prestación no obligatoria y del que pueda prescindirse provisionalmente, la entidad deberá reclutar nuevos trabajadores mediante vínculos de naturaleza temporal para su normal desarrollo y que, a su vez, pueden plantear otros problemas jurídicos si en el momento de su cese impugnan y obtienen una sentencia favorable que los declare indefinidos no fijos. Además, la declaración de improcedencia del despido no comporta en todos los casos una necesaria incorporación, por lo que no garantiza la subrogación laboral. Eso sí, la condena recaerá sobre la sociedad pública cesionaria que deberá hacer frente a las consecuencias del acto extintivo.

Más compleja incluso es la otra alternativa: habilitar un proceso selectivo previo a la integración, pues este puede concluir con la incorporación de trabajadores que no pertenecieran a la empresa contratista en caso de que fuera personal ajeno a la contrata y no estos quienes superen las pruebas³¹¹. Y es que la convocatoria debe ser como regla general pública y abierta, lo que podría conducir igualmente al incumplimiento de las reglas de la transmisión de empresa porque los trabajadores afectados no estarían conservando sus derechos³¹².

c) Por lo demás, en este apartado sí que se delimitan los efectos de la incorporación sobre la tasa de reposición. Recuérdese que las tasas de reposición son aplicables en todo el sector público, incluyendo las personificaciones de derecho privado como sociedades, fundaciones o consorcios. Aunque como se expuso en el epígrafe anterior, resulta harto discutible que deban operar sobre supuestos en los que la incorporación es coactiva y por un mandato legal, toda vez que no parece que no incrementa el gasto global de la corporación.

La redacción original del apartado Dos de la DA 27 del Proyecto de Ley determinaba expresamente que sí que computarían dichas integraciones de personal. Con todo, ya se dijo que la única enmienda aceptada a esta compleja norma presupuestaria (Grupo Socialista) introdujo el adverbio «no» a efectos del cómputo de la tasa de reposición. Se alegaba que, si bien las

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 109.

³¹⁰ Parece evidente que una mera declaración judicial de existencia de una sucesión empresarial sería suficiente (M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratas en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 77). Alguna autora considera que se refiere únicamente a procesos iniciados con anterioridad a la LPGE (E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos (Ref. BIB 2018/11491)”, cit., p. 12/20 pdf descargado).

³¹¹ X. BOLTAÑA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 8/12 pdf descargado.

³¹² Recuérdese la STJUE de 13 de junio de 2019, *Correia Moreira*, asunto C-317/18, ap. 63.

responsabilidades para los supuestos de cesión ilegal eran reguladas en la LPGE por cuanto que suponen una lesión a los principios de acceso al empleo público, no deberían penalizarse igual las decisiones sobre la gestión de los servicios ya que, si computara el personal para la tasa, se alteraría o impediría cualquier planificación de recursos humanos en el sector público.

De esta forma, al prever expresamente que no computarían las subrogaciones producidas por reversiones de contrata en sociedades públicas hacía recobrar fuerza la duda sobre si en los supuestos enunciados en el apartado Uno debía computar³¹³.

En otro orden de cosas, la referencia explícita a la tasa de reposición también podía alterar el sentido hermenéutico de este apartado Dos. Así las cosas, junto a la interpretación anterior – solo puede realizarse la integración de personal en el sector público de acuerdo con las previsiones de este apartado– cabe entender también que el verdadero alcance de la norma se limita a los únicos efectos del cómputo de la tasa de reposición y no a condicionar la subrogación³¹⁴. Desde este punto de vista podría entenderse que cuando recaiga sentencia condenatoria o se realice un proceso selectivo mediante convocatoria pública para regularizar la subrogación del personal afectado, las incorporaciones no tendrán la consideración de incremento de plantilla a efectos de la tasa. En cambio, cuando no medien estos requisitos procedimentales sí que computarán. Este entendimiento de la norma casa mejor con el ámbito material de la Ley de Presupuestos, de modo que se trataría, simplemente, de una excepción más a las previstas para las tasas de reposición en la ordenación general de estas. La SJCA n.º 3 de Valladolid de 14 de noviembre de 2017 (rec. 14/17) entiende en este sentido que *“esa no contabilización ocurrirá cuando nos encontremos en el supuesto recogido en el apartado 1 a) (trabajadores de concesiones cuando se ha extinguido el contrato) donde la incorporación se produzca como consecuencia de la tramitación de un procedimiento administrativo que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad o como consecuencia de una resolución judicial. Ninguno de los dos supuestos excluye, por sí mismo, la aplicación de la sucesión de empresas entendiendo, además, que esos supuestos son compatibles con la sucesión de empresas”*. Pero, incluso así, debe destacarse que si en los supuestos no excepcionados la tasa de reposición constituye un verdadero obstáculo para la integración, o si se condiciona su cómputo a la superación de un proceso selectivo, la norma está añadiendo límites de dudosa validez a los ojos de la Directiva sobre sucesión empresarial³¹⁵.

³¹³ En este sentido: X. BOLTAINA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 8/12 pdf descargado. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 112.

³¹⁴ M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contrata en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 76 y 77. También parece compartir esta tesis: F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 45.

³¹⁵ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 45. También es partícipe de esta opinión R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 184.

En resumen, las previsiones del apartado Uno excluyen la integración en entidades públicas y las del apartado Dos condicionan la integración en sociedades públicas a las posibilidades de contratación que permita la tasa de reposición, salvo que exista sentencia judicial o proceso de selección respetuoso con los principios de acceso al empleo público, lo que a la postre supone acabar con el mayor margen de flexibilidad que proporcionaba la integración del personal en estas sociedades antes de la aprobación de la LPGE³¹⁶.

2.2.3. *La posible vinculación entre la DA 26 y la DA 34 LPGE 2017*

La Ley de presupuestos del año 2017 también incorporaba otra innovación normativa en su Disposición Adicional 34 intitulada “*Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral*”, también de vigencia indefinida y de carácter básico³¹⁷.

La norma dispone que los contratos de trabajo del personal laboral, con independencia de su duración, deberán formalizarse por escrito y siguiendo las prescripciones de la normativa laboral, así como observar aquellas otras de la legislación administrativa (límites presupuestarios, normativa de acceso al empleo público, incompatibilidades del personal al servicio de las AAPP...). Así mismo establece que los órganos competentes en materia de personal serán responsables del cumplimiento de la citada normativa “*y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato*

³¹⁶ C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, cit., pp. 147-148.

³¹⁷ **DA 34 LPGE. Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.**

“*Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.*

Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1. 18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”.

temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial". Como se ha destacado lo novedoso es que la LPGE toma partido en una problemática creciente en los últimos años: la autodeclaración de indefinido no fijo por la propia Administración empleadora o por la Inspección de Trabajo, como fruto de sus actuaciones. Y por de pronto, se advierte que la DA 34 puede suponer un obstáculo a la aplicación de todas las normas previstas en el Estatuto de los Trabajadores que, como respuesta a una irregularidad, establecen como sanción la adquisición de fijeza por el trabajador y que en el ámbito público se viene aplicando mediante la figura del indefinido no fijo. En consecuencia, podría constituir "*una modificación indirecta pero clara*" de la normativa laboral³¹⁸.

A mayor abundamiento, en la medida en que la disposición hace alusión a que los órganos competentes en materia de personal de las entidades del sector público no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo al personal de las empresas contratistas o concesionarias de las AAPP, no fueron pocos los autores que entendieron que también se refería al supuesto de reversión de contratos³¹⁹. De esta forma se venía entendiendo que de la lectura conjunta de las ambas disposiciones adicionales se desprendía que, salvo las limitadas excepciones previstas en los procesos de reversión producidos desde la entrada en vigor de la DA 25 LPGE 2017, el personal no podrá integrarse como empleado público, con la imposición de responsabilidades a la Administración que incumpla dicho mandato³²⁰.

Ahora bien, un sector mayoritario entre la doctrina científica defendía que su aplicación debe circunscribirse al ámbito de la contratación temporal irregular, mientras que la referencia al personal de las empresas concesionarias y contratistas a efectos de evitar la declaración de indefinido no fijo debe aplicarse en el ámbito de la cesión ilegal de trabajadores o en supuestos de

³¹⁸ Cfr. X. BOLTAÑA BOSCH, "El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)", cit., p. 9/12 pdf descargado.

³¹⁹ Entre otros, D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, "Reversión e internalización de contratos en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?", cit., p. RR-7.3. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral", cit., p. 35/45 pdf descargado.

E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos [Ref. BIB 2018/11491]", cit., p. 12/20 pdf descargado. Á. CEINOS SUÁREZ, "La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas", cit., p. 306.

³²⁰ M. Á. FALGUERA BARÓ, "La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados", cit., p. 75. Incluso, se ha llegado a afirmar que esta última disposición establece responsabilidades para quien incurra en la infracción de incorporar al personal por sucesión de empresa en reversiones de servicios, ya que el legislador es consciente de que en vía judicial todavía se puede alcanzar el efecto que la DA 26 pretende evitar, pese que sería censurable puesto que los órganos judiciales están vinculados ella y deben acatarla, a menos de que se trate de procesos judiciales iniciados con anterioridad a la aprobación de la LPGE 2017 (E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos [Ref. BIB 2018/11491]", cit., p. 13/20 pdf descargado.).

relaciones laborales encubiertas mediante un contrato administrativo, evitando un mal uso de las facultades empresariales que acarren las consecuencias del artículo 43 ET.

En definitiva se aplica únicamente en supuestos en que los que la experiencia muestra que constituyen una vía de acceso al empleo público por aplicación fraudulenta o irregular de la legislación laboral y que alarmantemente ha producido un notable incremento de la figura del indefinido no fijo en el empleo público³²¹. En cambio, aquellos casos en que la integración de personal tiene lugar por sucesión de empresa se produce precisamente por un estricto cumplimiento de la legalidad y en observancia de la normativa laboral aplicable³²². Una mera interpretación literal de esta norma permite alcanzar esta conclusión, por cuanto que el uso de los tiempos verbales que se hace es revelador: la norma dice empresas que «tengan» un contrato administrativo con AAPP y no que «hayan tenido», lo que permitiría subsumir en tal caso aquellos asuntos que, a resultas de la extinción del contrato y reasunción de la gestión, pueda derivar la incorporación como personal indefinido. Así las cosas, las únicas reglas relevantes para dichas operaciones son las de la DA 26 LPGE³²³.

2.3. Análisis de la evolución normativa posterior

La disposición, que fue aprobada con vocación de permanencia, entro en vigor el 29 de junio de 2017. Pero con posterioridad sucedieron una serie de acontecimientos normativos y jurisprudenciales que conviene tomar en consideración a la hora de determinar los efectos que despliega la disposición, y que evidencian la «volatilidad» sobre el estado actual de la materia³²⁴.

2.3.1. La aprobación de la LCSP y su lógica contraria a la LPGE

El primer hito importante que tuvo lugar poco después de la entrada en vigor de la LPGE fue la aprobación de la LCSP 2017, cuyo artículo 130.3 también trataba de abordar la normación de los supuestos de reversión. La interpretación de este último se ha ligado estrechamente a la de disposición presupuestaria analizada en el sentido de entender que permitía una lectura integradora o, diversamente que, como norma posterior, producía su derogación tácita³²⁵.

³²¹ R. VELA DÍAZ, "La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en materia de políticas de empleo: una visión de conjunto desde la perspectiva laboral", cit., p. 156.

³²² Cfr. C. L. ALFONSO MELLADO, "Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos", cit., p. 135.

³²³ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, "Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)", cit., p. 109.

³²⁴ D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, "Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?", cit., p. RR-7.5.

³²⁵ C. L. ALFONSO MELLADO, "Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública", cit., pp. 28-29. También por parte de algunos tribunales ha existido una tendencia a interpretar conjuntamente ambas normas. Entre otras: SSTSJ Castilla y León, Burgos de 17 de enero de 2019, rec. 923/18; de 6 de febrero de 2019, rec. 1/19; de 20 de febrero de 2019, rec. 68/19; de 27 de febrero de 2019 (2), rec. 63 y 70/19; de 10 de abril de 2019, rec. 176/19.

Y es que la doctrina ha apuntado que las lógicas finalistas de ambas normas son opuestas. Si la LPGE parece obstaculizar los procesos de reversión impidiendo que se apliquen las garantías laborales de la sucesión de empresa, la LCSP parece normalizar estas decisiones organizativas, además sin sujetarla a ningún requisito procedimental como realización de un procedimiento de selección con carácter previo a la transmisión o la declaración judicial de sucesión de empresa.

Así, la aprobación posterior de la LCSP puede entenderse como una derogación tácita de la LPGE 2017 en la medida en que declara la plena aplicación de las reglas sobre transmisión de empresas³²⁶. Se argumentan varios motivos por los cuales el carácter obstructivo de la DA 26 LPGE debería quedar superado al entenderse derogado por la norma sobre contratación pública³²⁷: 1) por el principio de modernidad normativa en virtud del cual la norma posterior deroga a la anterior contraria (art. 2.2 Código Civil)³²⁸; 2) por una cuestión de pertinencia material, en la medida en que la intervención de legislador encaja mejor con la regulación sobre contratación pública que con la presupuestaria³²⁹; y 3) porque parece que la finalidad de la norma posterior es más sensible a la aplicación de los efectos de la sucesión de empresa a juzgar por las motivaciones dadas en las enmiendas por las que se introdujo la previsión normativa³³⁰.

Sin embargo, entre la literatura jurídico-laboral es más frecuente encontrar opiniones que se posicionen a favor de una lectura conjunta e integradora, aunque con diferentes matices. Algunos autores consideraron que el artículo 130 LCSP clarificaba el estado de cosas de la cuestión jurídico-laboral, desautorizando la disruptiva interpretación que podía realizarse sobre la DA 26ª LPGE, en la medida en que advierte de que el régimen de la sucesión de empresa resulta indisponible en cuanto a sus efectos, lo que permitiría entender que la integración del personal no podría hacerse a título de fijo, pero sí como indefinido, aunque expresamente no se utilizara tal denominación³³¹. Esta lectura se ha mantenido aun cuando se discrepe en las consecuencias, admitiendo que la solución a la que aboca la subrogación es a la admisión de una figura híbrida que es la del personal subrogado, cuyo régimen jurídico deriva de la legislación laboral ordinaria y

³²⁶ SSTSJ Islas Canarias, Tenerife de 5 de noviembre de 2018, rec. 281/18; de 19 de julio de 2019, rec. 162/19. SJS Málaga de 30 de marzo de 2020, proc. 928/19, confirmada por STSJ Andalucía, Málaga de 28 de octubre de 2020, rec. 994/20 (sobre el mismo caso pero cuya sentencia de instancia no ha sido localizada: STSJ Andalucía, Málaga de 9 de diciembre de 2020, rec. 1376/19).

³²⁷ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, "Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)", cit., p. 112.

³²⁸ Al tratarse de dos normas con idéntico rango jerárquico, el principio de modernidad haría que la discrepancia entre ambas se resolviera en favor de la norma posterior. Véase: C. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, "Subrogación de la Administración y aplicación de las normas sobre limitación de incorporación de personal al sector público en los supuestos de reversión de contratos o concesiones administrativas", cit., pp. 11-12/12 pdf descargado.

³²⁹ F. J. GÁRATE CASTRO, "Descentralización productiva y Derecho del Trabajo", en AAVV (AEDTSS) *Descentralización productiva. Nuevas formas de trabajo y organización empresarial XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 1*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. 34.

³³⁰ Véase capítulos X y X

³³¹ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, "Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa", cit. En el mismo sentido: M. R. VALLECILLO GÁMEZ, "Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 417, 2017, p. 189.

no se aplica el EBEP en ninguna materia³³². En apoyo de esta última idea se defiende que las normas aparentemente enfrentadas no se excluyen sino que se complementan, reafirmando la LCSP que se produce la subrogación pero sin que se pueda considerar empleado público como ya se desprendía de la LPGE. La subrogación laboral garantiza la compatibilidad con el artículo 44 ET, la Directiva 2001/23/CE y ahora la LCSP; mientras que la prohibición de considerar personal fijo haría lo propio con las reglas de acceso al empleo público³³³.

A nuestro juicio, no la LCSP introduce ninguna novedad al respecto de la sucesión legal y menos aun puede deducirse tal efecto de coherencia sus previsiones con la LPGE, más allá de prever expresamente su aplicación a la reversión, lo que resulta de todo punto innecesario a la luz de la Directiva y de la hermenéutica del TJUE³³⁴. Y es que ambas leyes de 2017 se desenvuelven en planos diversos. La primera, pretende actuar sobre la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 44 ET (apartado 1 segundo inciso y apartados 3 y ss.). Mientras que la segunda, se centra en la determinación del supuesto de hecho. Si puede entenderse que introdujo alguna innovación normativa esta sería la referida a la posible modificación de la jurisprudencia sobre aplicación convenio colectivo sectorial a las Administraciones Públicas³³⁵.

2.3.2. La modificación operada por la DF 42 LPGE 2018

En segundo lugar, mediante la Disposición Final 42 de la LPGE 2018 se introdujo una alteración en el texto de la DA 26 LPGE 2017, eliminando el último párrafo del apartado Uno referido a la aplicación de la legislación laboral sobre sucesión de empresas. Por tanto, subiste todo su contenido regulador a excepción del inciso que declara expresamente el juego del artículo 44 ET. Conviene apuntar que tanto su primera incorporación a la Ley presupuestaria como esta modificación contaron con numerosas enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios, lo que a la postre pone de relieve una vez más el importante trasfondo político-

³³² M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 77.

³³³ A la luz de esta aplicación integrada de ambas normas sería irrelevante que la LPGE 2018 mantuviese parte del texto de la DA 26 LPGE 2017 pero elimine la declaración expresa de la aplicabilidad de la norma subrogatoria laboral, pues su virtualidad encontraría su fundamento en la propia Directiva y en la LCSP, siendo innecesaria la previsión sobre su aplicabilidad en la normativa presupuestaria. Véase: C. L. ALFONSO MELLADO, “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, cit., pp. 28-29.

³³⁴ S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “Reversión de contratos públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, cit., p. 6/15 pdf descargado.

³³⁵ Véase Capítulo sexto, apartado II.3.2.

ideológico que subsiste en torno a esta cuestión³³⁶, incrementa la inseguridad jurídica y dificulta el mantenimiento de los derechos de los trabajadores ante una sucesión de empresa³³⁷.

El sentir general que se desprende entre los comentaristas de la norma es que, si bien dicha supresión no puede afectar a la aplicación de la norma laboral general sobre transmisión (art. 44 ET), permite confirmar que el fin originario del legislador fue dificultar dichos procesos y la continuidad de las relaciones laborales³³⁸. O también, presumiendo una intención más bondadosa, que refuerza la hipótesis de que la DA 26 se refería únicamente a aquellas reversiones de servicios en los que no se produzca una sucesión de empresas, evitando la incorporación voluntaria de personal por parte del ente público³³⁹. Alguna autora estima que como no pueden excluirse las imperativas reglas sobre transmisión de empresas ex Directiva 2001/23/CE y artículo 130.3 LCSP, no puede descartarse de ningún modo la integración, si bien la voluntad del legislador al suprimir dicha previsión debe limitarse a que ahora sí que computa para la tasa de reposición³⁴⁰.

En sentido contrario, otra autora ha considerado que la contradicción que en origen entrañaba la DA 26 LPGE 2017 queda superada con la aprobación de la DA 42 LPPGE 2018, puesto que el legislador se inclina claramente a favor de la no subrogación. Dicha autora valora positivamente el quehacer del legislador presupuestario de 2018 y afirma que todas las cuestiones problemáticas que se suscitaban en torno a la norma han quedado solventadas desde que se suprimió este inciso. Así, concluye que ya no sería aplicable la institución en los supuestos de reversión de contrata públicas³⁴¹. No obstante, la autora, que analiza la cuestión desde la óptica del derecho administrativo, parece olvidar la incidencia de la Directiva 2001/23/CE.

2.3.3. *La anulación parcial de las DDAA 26 y 34 LPGE 2017 mediante la STC n.º 122/2018, de 31 de octubre y sus consecuencias*

Finalmente, la STC n.º 122/2018, de 31 de octubre anuló buena parte de su contenido. El recurso fue presentado por 50 diputados del Grupo Confederal Unidos Podemos contra la DA 26

³³⁶ X. BOLTAINA BOSCH, "Función pública. La inconstitucionalidad de un oximoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]", cit., pp. 1-2/9 pdf descargado.

Es muy aconsejable la lectura del proceso de tramitación parlamentaria de la LPGE 2018 y de las enmiendas que se introdujeron por los grupos parlamentarios, tal y como la expone E. ROJO TORRECILLA, "La doble difícil tarea del jurista: investigar qué normas cambian con la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y además qué significa el cambio (o qué pretenden sus redactores). Una nota a la disposición final cuadragésima segunda de la LPGE 2018 ¿No", en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo [13 julio 2018]*), fecha de consulta 20 julio 2018, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

³³⁷ E. ÁVILA CANO, "La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua", cit., p. 246.

³³⁸ J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reversión por la administración de las contrata: perspectiva desde el derecho del trabajo", cit., p. 58.

³³⁹ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, "Aspectos laborales de la reversión de contrata y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)", cit., p. 111.

³⁴⁰ R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 182 y 184.

³⁴¹ E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, "Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos [Ref. BIB 2018/11491]", cit., p. 10 y 13/20 pdf descargado.

y DA 34 poco después de la aprobación de la LPGE 2017. Respecto a la primera, se pretende la declaración de inconstitucionalidad del apartado Uno a) y B); respecto a la segunda, del inciso final del apartado Dos, referido a la prohibición de atribuir la condición de indefinido no fijo “*al personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva*”.

A) El motivo del recurso es la posible valoración de los artículos 66.2 y 134.2 CE al considerar que la regulación impugnada excede el contenido propio de una Ley de Presupuestos³⁴². Los promotores del recurso consideran que ambas disposiciones pretendían impedir la aplicabilidad del artículo 8 EBEP ante una sucesión de empresa por «remunicipalización» o «internalización», sin que pueda considerarse que el cambio en la forma de gestión de un servicio tenga una incidencia en los presupuestos públicos. Así, se argumentaba que el verdadero cometido de la DA 26 era definir la naturaleza jurídica de la relación laboral tras la subrogación, lo que supondría modificar indirectamente la legislación sobre función pública (EBEP), toda vez que causaría un vacío jurídico por la indefinición del régimen de personal aplicable que vulneraría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Eso sí, con independencia del régimen aplicable, el gasto de la entidad pública no se vería alterado por la integración del personal, por lo que no hay relación directa o indirecta con la materia presupuestaria. Y como el inciso impugnado de la DA 34 tiene el mismo fin, idénticos motivos pueden alegarse.

B) El Alto Tribunal entiende que ninguna de las dos normas impugnadas integra el «contenido esencial» o «propio» de las Leyes presupuestarias, o sea la previsión de ingresos y la habilitación de gastos. En cuanto al «contenido eventual» o no «imprescindible», la sólida jurisprudencia constitucional viene exigiendo dos requisitos: que la materia esté conectada de forma directa e inmediata con el núcleo esencial de la Ley, aunque no forme parte de aquel (realizando una interpretación restrictiva para no desnaturalizar sus límites materiales, ya que rara vez habrán medidas que resulten neutrales con la imputación de gastos o ingresos); y que tenga una justificación basada en la ordenación de la política económica general a cuyo fin sirven los presupuestos. En otro caso, se trataría de una mera modificación sustantiva del ordenamiento jurídico vetada a las Leyes presupuestarias. Pues bien, tampoco pueden encuadrarse ninguna de las normas dentro de este, por cuanto que los trabajadores serán retribuidos por la Administración –en cualquier caso– por aplicación del régimen legal de la sucesión de empresa y, aunque ello pudiera tener algún efecto sobre el gasto público, no sería ni inmediato ni directo. Y tampoco se trata de una medida vinculada a la política económica del Gobierno, ni un complemento necesario de esta que permita una mejor ejecución del presupuesto. En definitiva, para la Sala “*resulta claro que el establecimiento de reglas para limitar la incorporación, como personal al servicio de la Administración pública, de determinados trabajadores, no integra el núcleo mínimo, necesario e*

³⁴² **Artículo 66.2 CE.** “*Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución*”.

Artículo 134.2 CE. “*Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado*”.

indisponible de la Ley de Presupuestos, sin que tampoco pueda considerarse que se trate de materias propias del contenido eventual, al no concurrir las condiciones exigidas por nuestra jurisprudencia". Por tanto, el TC declara inconstitucionales y nulos los pasajes impugnados en el bien entendido de que *"lo que hace estrictamente la norma es incorporar una precisión a lo dispuesto en el artículo 8 [EBEP], lo que conduce a la conclusión de que se trata de una medida regulatoria, de carácter sustantivo, que de acuerdo con la doctrina consolidada de este Tribunal no puede encontrar acomodo en una ley de presupuestos"* (FJ 4)³⁴³.

C) Aunque el objeto del recurso y su solución se limitaran a analizar el contenido material de una Ley presupuestaria, del debate de los diferentes actores intervinientes se desprenden ciertos argumentos –explícitos o no– que aportan nuevos elementos de debate a la cuestión analizada. Además de la posición de los recurrentes, merece la pena formular algunas consideraciones a las argumentaciones del Abogado del Estado y del propio TC.

a) En cuanto al primero, llama la atención la defensa que hace de las disposiciones impugnadas por considerar que la finalidad de aquellas era *"plasmear en un orden jurídico positivo un criterio jurisprudencial consolidado en relación con la figura del empleado público indefinido no fijo"*. En efecto, entiende que no trataba de excluir la aplicación del artículo 8 EBEP sino, más bien al contrario, aportar seguridad jurídica a la integración del personal incluyendo en dicho precepto al indefinido no fijo, condición en la que quedarían encuadrados jurídicamente los trabajadores tras la reversión. En este sentido, como recuerda un sector de la doctrina, originariamente la inclusión del empleado público laboral «indefinido» en el EBEP obedecía a la inclusión de la relación laboral especial de los profesores de religión y no a la figura jurisprudencial para los supuestos de fraude en la contratación. No obstante, con posterioridad, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia ha normalizado y asumido que, fuere cual fuere la voluntad del Parlamento en su día, el artículo 8.2 EBEP incluye al indefinido no fijo de plantilla³⁴⁴.

Pero si el Gobierno y su representación procesal partían de la premisa de que el indefinido no fijo no es personal laboral público, no habría sido necesaria la prohibición formulada por la DA 26. Además, tampoco parece que lo tuviese tan claro a la luz de la letra de la DA 34 LPGE, en la que específicamente prohíbe la conversión de empleados públicos temporales y del personal subcontratado en indefinido no fijo. Sin perjuicio de que sea cuestionable que esta última se refiera a la sucesión de empresa, o con mayor probabilidad a una cesión ilegal de trabajadores, lo que interesa al legislador es evitar la conversión en indefinido no fijo en el entendido de que constituiría *"determinadas clases de accesos a la función pública por procedimientos distintos de aquellos que hubieran tenido lugar por la concurrencia de las circunstancias de mérito y capacidad"*. De esta

³⁴³ Con carácter previo entiende que la supresión del fragmento de la DA 26 LPGE que declara aplicables las reglas sobre sucesión de empresa por la DF 42 LPGE no determinan la pérdida de objeto del proceso, pues lo controvertido es su inclusión en una ley de presupuestos.

³⁴⁴ X. BOLTAINA BOSCH, "El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la ley de presupuestos del estado para 2017 (primera parte)", *La Administración Práctica*, n.º 11, 2017, p. 4/11 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi ProView el 4 abril 2021.

manera la Abogacía del Estado se refiere a las “*asunciones efectivas de personal que las normas proscriben*”. Además añade que “*se trata con estas disposiciones de evitar la generación de un gasto de personal por «asunción» de dicho personal, al margen de las categorías del artículo del artículo 8 EBEP*”. Es decir, de forma implícita el legislador presupuestario sí que lo consideraba empleado público y su representación procesal incurre ahora en contradicción al intentar defender una novedosa interpretación de la norma.

Además, como destaca BOLTAINA BOSCH esta inicial consideración de que el personal indefinido no fijo no es empleado público y que, a consecuencia de la DA 26 sí que pasa a serlo, da lugar a dos tipos de indefinido no fijo «disfuncionados». Y es que si lo que pretendía la DA 26 era incluir en el artículo 8 EBEP al indefinido no fijo procedente de contratas y empresas públicas, ¿qué ocurre con el resto indefinidos no fijo que adquirieron la misma condición pero por otras causas (art. 15.1.a, 15.3, 15.5, 43 ET...)? ¿Estos eran ya «indefinidos no fijos-empleados públicos» o, como el primer tipo aludido «indefinidos no fijos-no empleados públicos»? Y en ese caso, si todos eran «indefinido no fijo-no empleado público», tras la DA 26 LPGE ¿Hay, por tanto, dos tipos de indefinido no fijo, uno sometido al EBEP y el otro no?³⁴⁵

Es un sinsentido que cada vez crea complejiza más la situación jurídica de los trabajadores subrogados. En mi opinión, coincidente con la del autor, en realidad lo que la norma pretendía – con independencia de lo que se defiende luego en el proceso– era evitar la integración de personal y no –como se defiende ahora– que las normas presupuestarias fueran un marco jurídico para tutelar la situación laboral del personal afectado. Por tanto, el argumentario de la Abogacía del Estado es “*muy débil y quizá escasamente estudiado por parte de quien elaboró el documento de respuesta ante el Tribunal Constitucional, con la única finalidad de «salvar los muebles»*”³⁴⁶.

b) También son interesantes las consideraciones que implícitamente realiza el Alto Tribunal sobre el fondo de la cuestión, más allá del núcleo esencial del recurso centrado en la materia presupuestaria³⁴⁷. La primera, es que el TC no duda de cual fue la finalidad del legislador: evitar la incorporación de personal, algo que puede deducirse –como afirma– de la breve referencia incluida en preámbulo de la LPGE 2017. La segunda idea es que tampoco parece albergar dudas de que con la DA 26 LPGE se pretendiera “*incorporar una precisión de los dispuesto en el artículo 8 EBEP*” y, aunque evidentemente no se pronuncia sobre el contenido que pudiera tener la nueva modalidad de trabajador creada, deja claro que se trata de una medida regulatoria que requiere un proceso de tramitación parlamentaria que no podía ser en ningún caso el de la aprobación de una Ley de presupuestos. Y la tercera idea, es que asume con absoluta normalidad la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresa a las AAPP y la obligación de subrogación que

³⁴⁵ X. BOLTAINA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 7/12 pdf descargado.

³⁴⁶ Cfr. X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 6/9 pdf descargado.

³⁴⁷ Magistrado ponente D. Fernando Valdés Dal-Ré.

conlleva sin que puedan oponerse la voluntad del legislador o la de Administración³⁴⁸, pues “*lo cierto es que tales trabajadores serán retribuidos por la Administración pública en cualquier caso, pues no a otra conclusión conduce la aplicación del régimen laboral (sucesión de empresas)*”.

D) La doctrina también se ha pronunciado, aunque de forma no uniforme, sobre el panorama jurídico después de la declaración de inconstitucional de ambas normas. Previamente, debe precisarse que, tal y como han puesto de manifiesto las ya citadas SSTSJ (CA) Andalucía, Sevilla de 23 de octubre de 2019 y de 29 de enero de 2020, la declaración de inconstitucionalidad de las DA 26 y 34 LPGE desplegará efectos *pro futuro*, en procesos administrativos y judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme, para garantizar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que desarrolla para estos casos el artículo 40 LOTC³⁴⁹ –toda vez que *obiter dicta* señalan que no podría excluir la aplicación del art. 44 ET y su consolidada jurisprudencia social–³⁵⁰.

a) Con carácter general, puede entenderse, con mayor fuerza si cabe que tras la anulación de parte de su contenido, que la DA 26 LPGE no puede impedir de ningún modo la subrogación del personal y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores. Ahora bien, cuestión diferente es cómo estos deban integrarse. Alguna autora en ningún caso la incorporación será como empleado público, ni siquiera como indefinido no fijo puesto que dicha figura requiere la constatación judicial de una irregularidad en materia laboral, circunstancia que no puede producirse en una sucesión de empresa. Así entiende que la figura que debe ser aplicable es la del «personal a extinguir»³⁵¹. Algo más numerosos son aquellos otros que entienden que, si bien no podría «consolidarse» la condición de empleado público (fijo), no hay ningún impedimento en volver a la figura del «indefinido no fijo»³⁵², en la medida en que la declaración de inconstitucionalidad abre una “*nueva ventana de oportunidad*” para ello³⁵³. O, que tanto antes de la STC 122/2018 como tras su anulación, los trabajadores subrogados son igualmente indefinidos no fijos, cuyo acceso solo puede producirse en virtud de sentencia judicial³⁵⁴. Así como también

³⁴⁸ En este sentido: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “El TC declara inconstitucional el apartado UNO de la DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017: impacto en los procesos de reversión de la Administración Pública”, cit. X. BOLTAÍNA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 7/9 pdf descargado.

³⁴⁹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE n.º 239 de 05-10-79)

³⁵⁰ Rec. 1025/18 y 983/18, respectivamente. De modo que su vigencia temporal es del 29 de junio de 2017 hasta el 6 de diciembre de 2018 (momento de la publicación en el BOE n.º 294 de 06-12-18).

³⁵¹ Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, cit., p. 311 y 318.

³⁵² I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “El TC declara inconstitucional el apartado UNO de la DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017: impacto en los procesos de reversión de la Administración Pública”, cit.

³⁵³ D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. RR-7.5. en el mismo sentido: L. LÓPEZ CUMBRE, “Inconstitucionalidad de normas presupuestarias sobre sucesión de empresas en el ámbito público”, cit., p. 4/4 pdf descargado.

³⁵⁴ X. BOLTAÍNA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 8/9 pdf descargado.

hay quienes piensan que tras la Sentencia del TC no queda resuelto qué figura debe aplicarse, si el «indefinido no fijo» o el «personal a extinguir», ni si esta última se puede aplicar judicialmente³⁵⁵.

Por su parte, algunos tribunales consideran que la integración será mediante el estatus de «indefinido no fijo»³⁵⁶, mientras que otros descartan que los trabajadores sean empleados públicos, por lo que su vínculo será fijo pero se sujetará íntegramente al derecho laboral³⁵⁷.

b) El único apartado que se ha visto inalterado desde la entrada en vigor de la DA 26 LPGE es el número Dos, mediante el que se dispone que el personal integrado por reversión de una contrata pública en una sociedad mercantil mediante sentencia judicial o proceso previo de selección no computará a efectos de la tasa de reposición. El hecho de que no fuese objeto del recurso de constitucionalidad refuerza la tesis de que su único objetivo era regular la tasa de reposición. Así las cosas no pretendía dicho apartado condicionar la subrogación e integración a la existencia previa de un proceso judicial o de selección de personal, sino que solo cuando estos se produzcan las incorporaciones de plantilla quedarán exceptuadas de computar como personal de nuevo ingreso. En cualquier caso me gustaría apuntar dos ideas adicionales: la primera es que ya no tiene sentido el mantenimiento de dicho apartado Dos con carácter indefinido y de norma básica, pues en la medida en que su alcance se circunscribe meramente a delimitar la tasa de reposición, por cuestiones de técnica legislativa y de mayor seguridad jurídica, sería más oportuno incluir dicha excepción en la regulación general de la tasa de reposición anual prevista para las sociedades mercantiles (en la correspondiente disposición adicional de la Ley presupuestaria vigente). A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que parte de su contenido es redundante, en la medida en que ya se prevé una excepción para supuestos de declaración judicial de incorporación de personal indefinido no fijo, mientras que la realización de un proceso selectivo es prácticamente inviable con carácter previo a la sucesión de empresa. Y la segunda idea es que, como también se apunto, aunque la limitación a efectos de la tasa de reposición sea su único sentido posible, la consecuencia inmediata que se desprende es que cuando no se cumplan los citados requisitos para que no compute como personal del nuevo ingreso, la tasa será un obstáculo a la subrogación de la plantilla por cuanto que excederá las posibilidades de contratación del ente del sector público correspondiente. Y en este sentido, aunque de momento no hay una respuesta judicial clara, como se vio en el análisis de sentencias anterior, no parece sostenible que así sea a la luz del resto de interés públicos y privados que se verían afectados (mantenimiento de las relaciones laborales, facultad del ente para optar por la forma de gestión que considere más oportuna para alcanzar el interés general, ahorro de costes y estabilidad presupuestaria, etc.).

³⁵⁵ E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 248.

³⁵⁶ STSJ (CA) Castilla y León, Valladolid de 21 de mayo de 2019, rec. 339/18; SSTSJ Islas Canarias de 4 de junio de 2020, rec. 105/20; de 11 de junio de 2020, rec. 263/20; de 7 de julio de 2020, rec. 307/20; de 27 de julio de 2020, rec. 359/20.

³⁵⁷ STSJ (CA) Andalucía, Sevilla de 29 de enero de 2020, rec. 983/18.

c) En última instancia, puede parecer más compleja, siquiera formalmente, la situación de la DA 34 LPGE. Para empezar, si había dudas sobre la posible aplicación de esta norma a los supuestos de reversión al prever la imposibilidad de que se reconozca la condición de indefinido no fijo al personal de las empresas contratistas, no es difícil aceptar que tras la declaración de inconstitucional es claro que si efectivamente lo era, deja de desplegar efectos sobre los supuestos que se están analizando³⁵⁸. Sin embargo, hay quienes consideran que su anulación por inconstitucional no modifica la situación de que los órganos en materia de personal siguen si estar facultados para otorgar dicha consideración sin que medie un proceso judicial declarativo³⁵⁹. Pero además, debe tenerse en cuenta que la DA 43.2 LPGE 2018 tiene idéntico tenor literal y que en la STC n.º 122/2018 no se nombra ni, por tanto, se declara inconstitucional. Esta última norma continúa, al menos formalmente, vigente. A pesar de ello, a mi juicio, no debería resultar problemática por cuanto que el inciso que declara su aplicabilidad al personal de las empresas contratistas o concesionarias de las AAPP ha sido materialmente declarado inconstitucional³⁶⁰. En consecuencia, ante un eventual conflicto judicial, el tribunal que resuelve debería plantear una cuestión de inconstitucionalidad que, casi con toda certeza, finalizaría con su anulación formal³⁶¹.

III. LA PROHIBICIÓN DE «CONSOLIDACIÓN» DEL EMPLEO AL FINALIZAR LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS

El artículo 308.2 párrafo segundo LCSP de 2017 establece para el contrato público de servicios, en términos idénticos a los que contemplaba el artículo 301.4 TRLCSP-2011, que *“a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante”*. Además, el nuevo precepto de la legislación básica sobre contratos del Estado añade que *“a tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”*.

A) La doctrina científica ha formulado ciertas precisiones sobre el precepto que conducen a descartar su aplicación en casos de sucesión de empresa por una Administración Pública o, al menos, a entender que su alcance en estos supuestos es muy limitado³⁶²:

³⁵⁸ D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contratos en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. RR-7.5.

³⁵⁹ Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, cit., p. 311 y 318.

³⁶⁰ En este sentido, se afirma que el *“reproche material sobre la falta de naturaleza presupuestaria sigue siendo el mismo”*. Cfr. L. LÓPEZ CUMBRE, “Inconstitucionalidad de normas presupuestarias sobre sucesión de empresas en el ámbito público”, cit., p. 4/4 pdf descargado.

³⁶¹ E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 248.

³⁶² Siguiendo la argumentación dada por ALFONSO MELLADO y CASTILLO BLANCO, en tanto que fueron los primeros en pronunciarse sobre la cuestión: C. L. ALFONSO MELLADO, “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las Entidades Locales y a las sociedades mercantiles de capital

a) En primer lugar se destaca que su ámbito material de aplicación solo se refiere al contrato público de servicios, tanto el regulado por los artículos 10 y 301 y ss. TRLCSP-2011 como el nuevo regulado por los artículos 17 y 308 y ss. LCSP –tégase en cuenta que el ámbito de aplicación y el régimen jurídico de ambos no son plenamente coincidentes y que pueden convivir en el tiempo (DT 1 LCSP)–. En cualquier caso, solamente estos dos tipos de contratos públicos quedan sujetos a la prohibición y no así el resto de contratos públicos regulados en ambas leyes. Además, este contrato no es el que con mayor probabilidad desencadenaría una sucesión de empresas en caso de reversión³⁶³ habida cuenta de que el tipo de prestaciones que se encauzan en él se suelen ser actividades basadas esencialmente en la mano de obra³⁶⁴.

b) En segundo lugar debe hacerse notar que, en todo caso, lo que se estaría prohibiendo es que el personal que prestaba servicios en la empresa adjudicataria vinculada mediante este tipo contractual «consolide» su empleo en la entidad del sector público, pero no parece que haya objeción alguna para que dicho personal continúe prestando servicios en caso de producirse una eventual subrogación de los contratos de trabajo por transmisión de empresas³⁶⁵.

Siendo esto así, cabría plantear alguna duda adicional. De un lado, si se atiende a la prescripción realizada por las normas presupuestarias, y antes de perfeccionarse la operación de recuperación de la gestión se convoca un proceso selectivo para que los trabajadores de las empresas contratistas concurren y tengan la oportunidad de adquirir la plaza en condición de fijeza ¿el artículo estudiado sería un impedimento por cuanto que prohíbe la consolidación? Es decir, ¿puede alegarse para oponerse a la participación de estos trabajadores en una selección de personal público que va a conducir inevitablemente a la consolidación de la plaza? La respuesta ha de ser negativa por cuanto que vulneraría el derecho a la igualdad (art. 14 CE) al impedirles el acceso al empleo público sin que exista una razón objetiva y razonable que lo justifique. Del otro

público)”, cit., pp. 37-38. F. CASTILLO BLANCO, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, p. 90 y ss. Ambos autores reiteran estos argumentos en sus obras posteriores, todas ellas citadas en este estudio.

³⁶³ C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, cit., p. 142. En el mismo sentido: J. QUESADA LUMBRERAS Y OTROS, “Título III. Aspectos jurídico-administrativos”, cit., p. 218.

³⁶⁴ A modo ejemplificativo véanse las actividades propias de este contrato en el Anexo II TRLCSP-2011. En cambio, con mayor probabilidad desencadenarían una sucesión empresarial el «contrato de gestión de servicio público» ex TRLCSP-2011 y el «contrato de concesión de servicios» ex LCSP 2017.

³⁶⁵ En este sentido, la STSJ Galicia de 5 de mayo de 2017, rec. 551/17.

Se afirma que «consolidación» podría interpretarse como una prohibición de incorporar con carácter definitivo en la plantilla pública, pero no es como un obstáculo insalvable por subrogación (A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, cit., p. 6/11 pdf descargado.). O que tampoco puede impedir la subrogación, pero implica que no podrán convertirse en empleados públicos (I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa”, cit.). De forma muy similar se dice que la subrogación/no consolidación permite una interpretación pacífica con el art. 130.3 LCSP (M. R. VALLECILLO GÁMEZ, “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos”, cit., p. 190.). Igualmente, se arguye que parece evidente que lo que se prohíbe es la plena estabilización como empleado público con plaza en propiedad (M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contrataciones en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 58). También: F. J. GÁRATE CASTRO, “Descentralización productiva y Derecho del Trabajo”, cit., p. 34. R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 183.

lado, también cabe plantear qué pasaría si unos trabajadores superaran el eventual proceso selectivo y otros no. Habida cuenta de que la doctrina sobre sucesión de plantillas determina que si la actividad descansa básicamente sobre la mano de obra y el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial de la plantilla del anterior, ¿podría impedir este artículo que los trabajadores que no hubieran superado las pruebas se integren en la Administración? La respuesta de nuevo ha de ser negativa, puesto que contravendría las reglas laborales sobre sucesión de empresas, pero probablemente la integración se realizaría mediante regímenes diferentes: quienes superen el concurso consolidarían la plaza y para quienes no habría que buscar una alternativa.

c) En tercer lugar, de nuevo habría que recurrir a los principios de coordinación del derecho nacional con el comunitario para concluir que el mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por un traspaso de empresas contenido en la Directiva 2001/23/CE no podría verse limitado por una Ley interna. Así las cosas, si no fuese susceptible de una interpretación conforme a la Directiva 2001/23/CE debería entenderse contraria al Derecho de la Unión Europea y esta última se desplazaría a la norma interna en virtud del principio de primacía³⁶⁶. Además, debe tenerse en cuenta que, aunque la LCSP transpone la cuarta generación de Directivas en materia de contratación pública, las normas comunitarias adaptadas no acogen ningún tipo de previsión similar o equiparable a la que viene formulando la LCSP desde hace ya algunos años.

Y en cuarto lugar, mayoritariamente la doctrina laboralista viene entendiendo que la razón de ser del precepto se orienta más a prevenir una cesión ilegal de trabajadores que a impedir una sucesión de empresas³⁶⁷. Si bien al amparo del TRLCSP-2011 podría haber algunas dudas, las

³⁶⁶ También consideran que contravendría la Directiva y debería ceder en virtud de la primacía del Derecho de la Unión Europea: J. L. MONEREO PÉREZ, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, cit., p. 302. M. TREVIÑO PASCUAL, “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, cit., p. 160. J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, cit., p. 111. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 8/28 pdf descargado. R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 183.

No puedo compartir la interpretación que realiza F. A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, “El contrato de trabajo y la finalización de las contrataciones: el caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas”, cit., p. 97. Si bien comienza reconociendo que difícilmente se coherencia el art. 308.2 LCSP con la Directiva 2001/23/CE, opina que sí que podría ser compatible con el art. 44 ET en virtud del principio de especialidad. Así, afirma que el precepto podría ser válido si se entiende que no está sometido a la Directiva. A su parecer, las Directivas obligan a alcanzar un objetivo, y como dicho objetivo ya queda suficientemente garantizado por el art. 44 ET, el art. 308.2, como norma especial, podría desvincularse de la subrogación acogiéndose a la excepción prevista en el art. 1.1.c de la Directiva (entende que la recuperación de un servicio sería equiparable a las reestructuraciones administrativas). A mayor abundamiento, como entiende que el «quid de la cuestión» es el término «consolidación» critica que la previsión se limite solo a los contratos de servicios y no al resto de contratos públicos. Sostiene que si el legislador limitó su aplicación solo a estos es porque es consciente que en estos contratos no suele requerirse una entidad económica basada en infraestructura patrimonial para ejecutar la actividad, por lo que trataba de impedir es una asunción voluntaria de plantilla. Coinciden con este último en el entendido de que las tres normas pertenecen al mismo bloque de normas «anticonsolidación»: D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. RR-7.5.

³⁶⁷ También: D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p.

mismas quedarían despejadas desde el momento en que el nuevo artículo 308.2 incluye un mandato de abstención al personal responsable de la Administración del ejercicio de facultades propias del poder de dirección empresarial sobre los trabajadores de las empresas contratistas, que claramente conecta con la institución laboral regulada en el artículo 43 ET.

Con todo, puede admitirse una exégesis del precepto que se desarrolle en dos planos diversos³⁶⁸. Por un lado, aplicado específicamente a la transmisión de empresa podría significar una prohibición de asumir voluntariamente a la plantilla en supuestos en los que no concurren los presupuestos aplicativos de la institución, permitiendo una lectura armónica con otras normas recientes como las DA 26 y 34 LPGE (ya derogadas) y el art. 130.3 LCSP. Es importante destacar que, en todo caso, no podría impedir el efecto subrogatorio si se dan los requisitos necesarios para aplicar el artículo 44 ET y la Directiva, aun en el caso de que se llevara a cabo una asunción voluntaria de personal fraudulenta que desencadenara la sucesión de plantillas (sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran recaer sobre quienes adoptasen la decisión). Y sin perjuicio también –a mi parecer– de que pueda aplicarse el artículo 6.4 Código Civil, pues sería un claro ejemplo de Fraude de Ley en el que se utiliza la subrogación para eludir las normas de acceso al empleo público, sin que preexista una obligación legal que la imponga y sin que presumiblemente pueda justificarse con una razón objetiva basada en el interés general. Se afirma, por consiguiente, que el objetivo del artículo 308.2 LCSP es más modesto y se limita a recordar a los gestores públicos que no procede llevar a cabo la asunción de personal si no viene impuesta legal o convencionalmente. Y por otro lado, en sintonía con el grueso de la doctrina, también se comprende que su eficacia se desarrolla en el terreno de la cesión ilegal de trabajadores.

RR-7.3 recurso online. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 34/25 pdf descargado. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 105. En sentido contrario: A. L. BLANCO HIGUERA, “Reversión con subrogación: cuatro anomalías y una contradicción”, *Auditoría Pública*, n.º 70, 2018, p. 102.

³⁶⁸ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, cit., pp. 111-112. De una manera muy cercana a esta interpretación entiende el precepto J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 7/28 pdf descargado. Afirma que del análisis conjunto con las normas presupuestarias derogadas podría extraerse la conclusión de que existe un “*principio de no consolidación*” idéntico en todas ellas, sin que la prohibición de «consolidación» implicara en absoluto un impedimento para la subrogación. Si bien, ante la anulación de aquellas y la constatación de que la literalidad del precepto preexiste a estas últimas, debe entenderse que, más que la consolidación, lo que limita simplemente son las subrogaciones voluntarias de plantilla. También apunta esta doble lectura: E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos [Ref. BIB 2018/11491]”, cit., pp. 14-15/20 pdf descargado. Con todo, esta última autora formula una interpretación supremacista de la LCSP mediante la cual esgrime que si a pesar de existir dicho precepto todavía se produce una sucesión de empresa es porque o bien los gestores públicos han desatendido la proscripción que formula o bien el art. 44 ET va en contra de esta norma y de las previsiones de la LPGE y, en esta dialéctica, la norma laboral debería ceder y los órganos judiciales no deberían poder reconocer la existencia de sucesión empresarial evitando la subrogación de personal. Es más, afirma que estas últimas normas impedirían que se den los requisitos básicos de la sucesión de empresa (p. 19/20 pdf descargado). Lógicamente, los argumentos jurídicos vertidos anteriormente en este trabajo me llevan a discrepar frontalmente con lo que la autora defiende.

En este último escenario habría que ubicar también el primer párrafo del precepto, que reza así: “*En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores*”. Así como también el artículo 312.f) LCSP que indica: “*Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones*”.

Y es que el tipo de actividades que, normalmente, la Administración encomienda a terceros por medio del contrato de servicios ha constituido un caldo de cultivo idóneo para el ejercicio de malas prácticas por parte de la comitente pública que conduzcan a la aplicación de la institución laboral de la cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET)³⁶⁹. Sin embargo, estas nuevas incorporaciones a la legislación sobre contratos públicos no son en absoluto una novedad, si no que vienen a recoger criterios previstos en normas y recomendaciones cuyo objeto era evitar las graves consecuencias que la cesión ilegal tiene en las AAPP y que la práctica judicial muestra a menudo, constituyendo una importante vía de acceso mediante la figura del indefinido no fijo³⁷⁰. A tal fin responde la *Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales*³⁷¹. Y la posterior DA 1 del *RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*³⁷², que recogía algunas de las recomendaciones de la Resolución anterior dotándolas de carácter vinculante. En particular, siguiendo el punto 5 de aquella, se establecía una fecha tope para que las entidades del sector público incluidas en el artículo 3.1 TRLCSP-2011 dictaran unas instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externalizados que evite el ejercicio de facultades empresariales que determinen la declaración judicial de cesión ilegal y

³⁶⁹F. CASTILLO BLANCO, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, cit., p. 90. En este sentido puede consultarse un estudio realizado en 2014 que analiza el riesgo de cesión ilegal existente en los diversos contratos públicos: AA.VV., *Actuación preventiva en materia de cesión ilegal de trabajadores*, cit., p. 55 y ss.

³⁷⁰S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 34/25 pdf descargado. Con cita de las SSTs de 23 de noviembre de 2016, rec. 91/16; de 21 de febrero de 2017, rec. 2720/15; de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/15.

³⁷¹BOE n.º 15 de 18-01-11.

³⁷²BOE n.º 168 de 17-04-12.

clarifiquen la relación entre el personal de las contratistas y los gestores públicos en el ejercicio de sus funciones de control y fiscalización durante la ejecución de los contratos públicos.

Quizás lo que resulta más interesante de estas disposiciones, por cuanto que pueden ser criterios extrapolables a la integración por subrogación, son las consecuencias previstas para el caso en que un órgano judicial declarara la incorporación de personal en la Administración. En tal caso, se afirma, se haría con la condición de personal laboral de la Administración (entiéndase empleado público), cuyo salario será el que corresponda para su clasificación profesional aplicable al personal laboral y sometido al cumplimiento de las exigencias determinadas por las leyes presupuestarias. Además, el punto 6 de la Recomendación dictamina, eso sí, sin carácter vinculante, que la integración no se haga mediante una adscripción definitiva al puesto de trabajo, sino mediante la figura del indefinido no fijo en los términos contemplados por la DA 15 ET.

Pues bien, todo este cuerpo normativo debía completarse con la DA 34 LPGE 2017, cuya interpretación resultaba más coherente con la lógica de las normas ahora expuestas. Aunque finalmente el inciso relativo la prohibición de considerar personal indefinido no fijo (sin sentencia judicial) al personal de las empresas contratistas y concesionarias de la Administración fue anulado por la STC n.º 122/2018 (aunque la DA 43.2 LPGE 2018 siga formalmente vigente).

En fin, se ha planteado la duda de si estas previsiones pueden resultar aplicables a sociedades públicas y la respuesta de nuevo es negativa³⁷³. Y ello es así porque las sociedades de capital, de acuerdo a la configuración del ámbito de aplicación subjetivo establecida por el artículo 3 LCSP tienen encaje en la misma bien como «poder adjudicador» o bien como «mera entidad del sector público». Los criterios considerados para incluirlas en la primera categoría, más exigente en la aplicación de las normas previstas en la Ley para la preparación y adjudicación de los contratos, es que realicen una actividad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil y que el porcentaje de capital público se mayoritario o que otro poder adjudicador ejerza un control efectivo sobre la sociedad (a muy grandes rasgos). Ahora bien, este sometimiento a las reglas previstas en la LCSP para la preparación y adjudicación de los contratos no implica que sean aplicables también los contratos de naturaleza administrativa regulados en la Ley, entre los que se encuentra el contrato de servicios y que queda reservado solo para las AAPP ex art. 3.2 – en relación con los arts. 12 y 24 a 26– LCSP. Así las cosas, los contratos que pueden realizar estas entidades son siempre de naturaleza privada y sus efectos y extinción se rigen por el Derecho Privado (de ahí proviene la doctrina antes explicada de los «actos separables»)³⁷⁴, pese a que progresivamente se hayan ido introduciendo ciertas matizaciones cuando se trata de

³⁷³ C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 40.

³⁷⁴ Con mayor detalle: D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cit., p. 161 y ss. G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo II*, cit., p. 147.

«poderes adjudicadores» que asimilan su régimen al de los contratos administrativos³⁷⁵. En definitiva, el artículo 308.2 LCSP no será aplicable a las sociedades mercantiles públicas, por cuanto que los contratos de servicios por ellas celebrados se regirán por el Derecho privado³⁷⁶.

B) Estas aportaciones realizadas por la doctrina científica que, en líneas generales, muestran cierto consenso, no se han visto plasmadas en la jurisprudencia. Bien es cierto que por parte del Tribunal Supremo no se ha producido ningún pronunciamiento directo sobre el precepto de la LCSP, y la interpretación que se ha hecho de él no ha sido determinante para decidir si hay sucesión de empresa o cuál es el alcance de la prohibición de consolidación.

En primer lugar, en las SSTs de 21 de abril de 2015 (rec. 91/14) y de 19 de mayo de 2015 (rec. 358/14) el Alto Tribunal se hizo valer del tenor literal del entonces artículo 301.4 TRLCSP-2011 como argumento adicional de refuerzo a la consolidada jurisprudencia en torno a la inaplicación del convenio sectorial a las AAPP cuando estas recuperan los servicios públicos externos. En este contexto sostenía que con mayor motivo se debía inaplicar la cláusula de subrogación convencional al ente público que revierte el servicio en tanto que *“tales prescripciones además se oponen frontalmente a contundentes –e imperativas– previsiones legales, como es la razonablemente establecida por el art. 301.4 LCSP [...] Y no hay que olvidar que la Ley ocupa en la jerarquía normativa una posición superior a la del Convenio Colectivo, razón por la cual –se trata de una exigencia lógica– éste debe respetar lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, imponiéndolo así los arts. 9.3 CE y el art. 85.1 en relación con el 3.3 ET”*.

Más adelante, mediante la STS de 19 de diciembre de 2017 (rec. 2800/16) reiterada por, entre otras, la STS de 19 de enero de 2019 (rec. 2637/16)³⁷⁷ su interpretación evoluciona relativamente descartando su aplicación en actividades basadas en equipamiento patrimonial, afirmando que cuando este se transmite *“determina que estemos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 y del art. 44 ET; sin que, por otra parte, resulte de aplicación el artículo 301.4 TRLCSP que se refiere a supuestos distintos –que se caracterizan, precisamente, por la ausencia de una transmisión empresarial– de los aquí contemplados en los que, como se avanzó, existe una sucesión de empresa en los términos que establece tanto la Directiva como el art. 44 ET”*.

³⁷⁵ Con mayor detalle: J. J. GUIMERÁ RICO, *Las sociedades públicas. Fundamento y límites a la huida del Derecho Privado [Ebook]*, cit., p. 612 y ss. En el caso de los contratos privados celebrados por sociedades mercantiles que no tengan consideración de poder adjudicador, se estará a lo dispuesto en el art. 321 LPSP que, básicamente, consiste en la aprobación de unas instrucciones que regulen los procedimientos de contratación en la que se garanticen los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación que deben regir en la contratación pública.

³⁷⁶ De cuyos planteamientos se han hecho eco numerosas sentencias de instancias inferiores, como por ejemplo: STSJ Madrid de 2 de noviembre de 2015, rec. 573/15; de 23 de noviembre de 2015, rec. 537/15; de 6 de abril de 2016, rec. 115/16; STSJ Cataluña de 17 de junio de 2016, rec. 1677/16; de 27 de septiembre de 2016, rec. 3992/16; STSJ Castilla y León, Burgos de 13 de diciembre de 2018, rec. 817/18; STSJ Extremadura de 11 de diciembre de 2020, rec. 469/20.

³⁷⁷ STSJ País Vasco de 2 de octubre de 2018, rec. 1668/18; de 6 de noviembre de 2018, rec. 1937/18.

Lo que parece claro es que el Tribunal Supremo relaciona la aplicación del precepto y, por ende, del contrato de servicios, con actividades basadas en la mano de obra. Algo que, si bien es harto frecuente que así sea, no ocurre en todos los casos y, sobre todo desde la aprobación de la LCSP de 2017 y la nueva tipología de contratos en la cual, la diferencia entre el contrato de servicios y el de concesión de servicios no es el tipo de actividad que pueden canalizar sino el riesgo operacional asumido por parte del contratista –a diferencia de lo que ocurría con el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicio público de la LCSP–. Con todo, pese a circunscribirlo a un tipo contractual se echa en falta un pronunciamiento acerca de su compatibilidad con la Directiva comunitaria o sobre lo que significa la prohibición de consolidación que refiere. Si bien es cierto que no ha considerado que la prohibición que formula sea un obstáculo en supuestos en que los que se determina la laboralidad de un contrato administrativo y el trabajador continúa prestando servicios como indefinido no fijo de plantilla³⁷⁸.

Entre la doctrina judicial también se ha empleado dicho precepto como un argumento adicional para negar la subrogación, eso sí, tampoco determinante para el fallo³⁷⁹. En cambio, no es infrecuente encontrar sentencias que reparen en el alcance del término «consolidación»³⁸⁰. En este sentido, se apunta que la prohibición que formula el artículo analizado solo quedaría vulnerada si, frente a la imposición judicial de subrogación de un contrato previamente extinguido por la adjudicataria cesante, la entidad pública decidiera hacer efectiva la opción por la readmisión de los trabajadores. Por el contrario, si decide optar por la indemnización no se produce ninguna consolidación, como tampoco si integra al personal como personal indefinido no fijo hasta que se celebren las correspondientes pruebas selectivas, o si la naturaleza del contrato de trabajo con la empresa concesionaria era temporal y el ente se subroga en idéntica condición³⁸¹.

³⁷⁸ STS de 27 de abril de 2015, rec. 1237/14.

³⁷⁹ STSJ Madrid de 4 de octubre de 2013, rec. 1669/13; de 13 de octubre de 2014, rec. 272/14; de 13 de septiembre de 2018, rec. 486/18.

³⁸⁰ STSJ País Vasco de 25 de abril de 2017, rec. 754/17: “A nuestro juicio, de fijeza, pese a ser norma posterior al art. 44 ET tras Ley 12/2001 y a dichas sentencias (por su carácter de razón añadida), dado: a) su literalidad (“consolidación” y no “subrogación”); b) que esa norma no tiene antecedentes relevantes, expresivos de querer excluir en ese concreto ámbito del sector público la aplicación del art. 44 ET; c) que resultaría inaplicable por colisionar con el art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE”.

³⁸¹ Así se arguye en las numerosas sentencias que conocen sobre el proceso de reversión de un centro ecuestre municipal tras quedar desiertos varios concursos en los que se intenta adjudicar a un nuevo concesionario después de que la relación contractual con el anterior quedara resuelta de mutuo acuerdo: SSTSJ Asturias de 13 de marzo de 2018, rec. 3221/17; de 22 de marzo de 2018 (5), rec. 117, 181, 182, 263 y 297/18; de 10 de abril de 2018, rec. 429/18; de 29 de junio de 2018, rec. 360/18. Y de forma muy similar, sobre la reversión de un servicio de grúa municipal: STSJ País Vasco de 6 de junio de 2018, rec. 1042/18; de 11 de septiembre de 2018, rec. 1402/18; 11 de diciembre de 2018, rec. 2260/18 (cuya doctrina es reiterada en otros supuestos de reversión conocidos por el mismo TSJ: SSTSJ de 19 de junio de 2018, rec. 1168/18), de 3 de julio de 2018, rec. 1264/18; de 17 de julio de 2018 (2), rec. 1386 y 1429/2018; de 18 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; de 9 de octubre de 2018; rec. 1780/18; de 23 de octubre de 2018, rec. 1915/18. Igualmente, la STSJ Galicia de 5 de mayo de 2017, rec. 551/17 establece: “No es óbice para ello que el artículo 301.4 [...] pues en ningún caso se ha solicitado la citada consolidación, no constando en el relato de hechos probados con qué tipo de contrato estaba vinculada la actora con la codemandada Clece S.A., pero si el mismo fuera de naturaleza fija o fija discontinua, la entidad demandada, que para el acceso del personal a su servicio debe convocar las correspondientes pruebas selectivas, mediante procedimientos reglados y con respeto de los principios de igualdad, capacidad y mérito establecidos en los

En el mismo sentido, se ha entendido que en supuestos en los que se detecta una cesión ilegal de trabajadores de la empresa concesionara a la Administración comitente no se considera vulnerado cuando el personal se integra como indefinido no fijo³⁸². Y la misma respuesta se ha dado en casos de relaciones laborales encubiertas mediante contratos administrativos³⁸³. Pero, sorprendentemente, también cuando se enjuician estas materias algunas resoluciones descartan la aplicación del artículo 308.2 LCSP a supuestos de fraude de Ley, tanto de determinación de laboralidad de un contrato administrativo³⁸⁴ como de cesión ilegal³⁸⁵, y apuntan en cambio que la norma solo surte efectos en supuestos de una lícita concesión mediante contratos de servicios. Esto es, relega su aplicación únicamente al eventual supuesto de subrogación a la extinción del contrato y no a fenómenos prohibidos por la legislación laboral durante su vigencia.

Todavía de más difícil inteligencia es la argumentación seguida por la STSJ Cataluña de 4 de febrero de 2020, rec. 6349/19, en la cual, la reversión de un servicio de limpieza de instalaciones públicas por una sociedad municipal no describe una sucesión de empresa, pues no hay una efectiva transmisión de entidad económica en el sentido dado por la jurisprudencia española que cita la Sala (no hay asunción de plantilla legal, convencional o voluntaria). Sin embargo, *obiter dicta* esgrime que esta doctrina podría ser matizada tras la aprobación del artículo 130.3 LCSP únicamente para el «contrato de concesión de servicios» (art. 15 LCSP) que conlleva la transferencia del riesgo operacional, pero no para el «contrato de servicios» (art. 17 LCSP) “en el que no se pasa la gestión de un servicio público con la asunción del riesgo operacional, sino que se limita a contratar un servicio a un empresario particular por insuficiencia de medios, manteniendo la entidad municipal la relación con el usuario, siendo aquí de aplicación su artículo

artículos 14, 23 y 103 de la Constitución, puede integrarla como personal indefinido no fijo o indefinido no fijo discontinuo, vinculación que no produce consolidación, ya que el vínculo contractual perdura tan sólo hasta que se cubra o amortice la plaza, es decir, en cualquier caso la administración demandada vendría obligada a convocar la plaza que ocupe la trabajadora o a amortizarla. Además, lo antes señalado sólo ocurriría si el Concello recurrente procediera a readmitir a la trabajadora, pues caso contrario lo único que tendría que hacer es indemnizarla, impidiendo con ello que se pudiera producir una eventual consolidación, que esta Sala, como ha señalado, niega que nunca se pudiera producir”.

³⁸² STSJ Galicia de 29 de julio de 2019, rec. 1539/19; STSJ Andalucía, Granada de 15 de octubre de 2020, rec. 400/20.

³⁸³ STSJ C. Valenciana de 27 de julio de 2016, rec. 1716/16; SSTSJ Cantabria de 6 de febrero de 2018, rec. 950/17; de 18 de abril de 2018, rec. 145/18; STSJ Cataluña de 8 de octubre de 2019, rec. 2741/19; STSJ Aragón de 1 de febrero de 2021, rec. 2/21.

³⁸⁴ STSJ Islas Canarias, Las Palmas de 30 de octubre de 2015, rec. 820/15: “Dicho artículo ha de analizarse en el ámbito del total ordenamiento jurídico que, entre otras reglas y principios, consagra la prohibición del fraude de Ley y del abuso de derecho, y de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo que analiza y distingue la contratación administrativa y laboral. Desde esta perspectiva hay que entender el precepto citado en el sentido de que para que opere el mismo es necesario en todo caso que el contrato de servicios sea válido y lícito, y, desde luego, que no sea fraudulento, pues en este último caso no existe tal contrato administrativo, sino un contrato laboral encubierto que se rige por la legislación laboral”

³⁸⁵ STSJ Andalucía, Sevilla de 4 de noviembre de 2020, rec. 1286/19: “El motivo debe ser desestimado pues el precepto citado se refiere a un supuesto ordinario de lícita concesión administrativa de servicios, mientras que de lo que aquí se trata es de un supuesto anómalo, en el que los actuantes, bajo la cobertura formal de la apariencia lícita que proporciona la existencia de los correspondientes contratos administrativo, entre la concesionaria del servicio y la adjudicataria del mismo, y mercantil, entre dicha adjudicataria y su subcontratista, ha tenido lugar un fenómeno prohibido por la ley, de cesión de trabajadores al margen de los cauces establecidos para ello por la legislación y que es sancionado por el artículo 43 ET”.

308.2 [...] sin que, por otro lado, se entre en contradicción con la jurisprudencia a favor de la subrogación para las reversiones de servicios externalizados en las que se recuperan elementos productivos e infraestructuras”. Este criterio, aplicado de forma estricta, supondría excluir la subrogación –evidentemente aplicado únicamente al supuesto en que finalice el contrato público de servicios y la actividad sea recuperada para su gestión directa– de forma sistemática en actividades basadas en la mano de obra. Pese a las mayores dificultades para que se produzca una sucesión de plantillas en estos supuestos de reversión, si la misma tuviese lugar, la LCSP no podría ser un obstáculo para el mantenimiento de las relaciones laborales, aun cuando dicha asunción por parte del ente público fuese voluntaria y, por tanto, ilícita, ya que otra conclusión vulneraría la Directiva –sin perjuicio de las eventuales responsabilidades para quienes adopten la decisión o que se considere Fraude de Ley–.

IV. OBSTÁCULOS REFERIDOS A LA PERSONA DEL TRABAJADOR

1. Incumplimiento de los requisitos generales de acceso al empleo público

Ya se señaló anteriormente que para participar en un proceso selectivo de acceso al empleo público, los aspirantes deben reunir una serie de requisitos establecidos legalmente que son condición *sine qua non* para para adquirir la condición de empleado público, funcionario o laboral. Además, también se dio cuenta de que, tanto la doctrina científica como algunos tribunales, habían determinado que su incumplimiento debía comportar la nulidad del proceso selectivo, con las consecuencias que ello acarrea sobre los contratos de trabajo³⁸⁶. En consecuencia, *a priori* su incumplimiento también podría constituir un obstáculo para la subrogación de personal por parte de una Administración o Entidad de derecho público (art. 2 EBEP).

El artículo 56 EBEP recoge estos requisitos que clasifica en generales y específicos. Los primeros son los siguientes: 1) tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57 EBEP para los ciudadanos extranjeros; 2) Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas a las que se refiere el puesto; 3) Ser mayor de 16 años pero menor de la edad de jubilación forzosa legalmente establecida; 4) No haber sido separado mediante expediente disciplinario o inhabilitado por sentencia judicial para el desempeño de empleos o cargos públicos; 5) poseer la titulación exigida; y 6) además, en aquellos territorios con dos lenguas oficiales, en el ámbito de sus competencias, las Administraciones Públicas deberán, “*deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo*” (art. 56.2 EBEP).

Además de estos, el precepto estatutario indica que podrá que se cumplan otros requisitos de carácter específico siempre que se cumplan dos condiciones: de un lado, que se establezcan “*de manera abstracta y general*” y, del otro, que “*guarden relación objetiva y proporcionada con*

³⁸⁶ Véase apartado I.2.1 y I.3.2.3.

las funciones asumidas y las tareas a desempeñar” (art. 56.3 EBEP). A mayor abundamiento, y aunque expresamente no se diga, estos requisitos deben guardar conexión con los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que supondría el tercer condicionante a cumplir, recogiendo así íntegramente los criterios dictados por el TC³⁸⁷.

Según ha entendido la doctrina científica, este segundo bloque de requisitos suele ser más problemático por cuanto que puede llegar a conculcar los principios de igualdad, mérito y capacidad³⁸⁸. Ahora bien, como lo que se analiza en este estudio no es una selección de personal propiamente dicha, en la que la incorporación de personal va precedida de una convocatoria pública que establezca estos requisitos específicos, su importancia pierde virtualidad. Sin embargo, con los requisitos generales cabría plantearse si, de no ser cumplidos por los trabajadores de la empresa contratista, podría anularse su subrogación e integración en la Administración Pública. Así podrían darse algunas circunstancias como las siguientes:

a) En relación a la nacionalidad los problemas podrían venir si algunos puestos de trabajo del servicio recuperado implican directa o indirectamente una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado³⁸⁹. Ciertamente es que estas funciones solo pueden ser desempeñadas por funcionarios públicos de conformidad con el artículo 9.2 EBEP, así como que tampoco pueden encomendarse a sujetos privados mediante contratos de servicios y de concesión de servicios (arts. 17 y 284 LCSP). Pero no es menos cierto que en sede contencioso-administrativa se encuentran numerosos asuntos judiciales en los que la legalidad del objeto del contrato de servicios a la luz de dicha prohibición es ilícita o cuanto menos dudosa. En estos supuestos, la consecuencia es que algunos de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores subrogados tras la reversión pueden requerir ser clasificados como funcionariales en la correspondiente RPT y ello puede implicar que algunos de los trabajadores afectados no cumplan con el requisito de nacionalidad para ocupar puestos que impliquen la participación de facultades inherentes al poder público, tal y como dispone el artículo 57.1, 2 y 3 EBEP³⁹⁰ (véase apartado VII siguiente).

³⁸⁷ J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 92. El establecimiento de dichos requisitos no es discrecional, sino que viene condicionado por las exigencias del puesto de trabajo predeterminado en la RPT (art. 15.1.b LMRFP).

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 91.

³⁸⁹ Sobre las condiciones de acceso de los ciudadanos comunitarios y extracomunitarios: M. MOLINA GARCÍA, “Condiciones de acceso al empleo público. Particular referencia a la nacionalidad, la extranjería y la ciudadanía europea”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2001, p. 143 y ss. Sobre el acceso de los extranjeros no comunitarios cabe remitir a M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, “El acceso de los extranjeros no comunitarios al empleo en la Administración Pública”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2001, p. 971 y ss.

³⁹⁰ Circunstancia que ya ha sido señalada por la doctrina más autorizada en materia de sucesión de empresas: L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 209.

b) Respecto al requisito de la capacidad funcional para el desempeño de ciertas tareas se hace referencia a la exigencia de particulares condiciones físicas o de salud que, en todo caso, deben encontrar justificación en las funciones a desarrollar³⁹¹. A fin de verificar dicha capacidad, el artículo 61.5 EBEP reza que podrán exigirse reconocimientos médicos. Por otro lado, la Ley determina que aun el caso en de superar el proceso selectivo, no se podrá adquirir la condición de funcionario si no se reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria, quedando sin efectos las actuaciones previas (art. 62.2 EBEP)³⁹². Así pues, podría cuestionarse si los reconocimientos médicos en orden a verificar la capacidad necesaria para el puesto pueden condicionar la subrogación de los trabajadores afectados. Por otro lado, también suscita dudas la aplicación de los cupos de reserva para personas con discapacidad, en el sentido de que si deben ser aplicables aun cuando no haya una previa OEP, pueden implicar un exceso de personal subrogado al atender tales prescripciones (art. 59 EBEP).

c) En cuanto a la edad, no resulta problemático la edad mínima exigida para acceder a un empleo público por cuanto que es la misma prevista por la legislación laboral³⁹³. Cuestión diferente es la edad máxima, que además diferirá según se trate de puestos laborales o funcionariales. En el caso de que tras reversión se ocupen puestos laborales (la situación razonablemente más frecuente) no habría especiales problemas con la edad de jubilación, salvo que en atención al pacto de empresa entre el cesionario público y los representantes de los trabajadores al que hace referencia el artículo 44.4 ET se aplicase un convenio colectivo diferente al que se aplicaba antes de la transmisión. Pudiera ser entonces que dicho convenio, ya fuera el aplicable al personal laboral de la Administración correspondiente u otro convenio pactado *ad hoc* para regular las relaciones laborales en el servicio revertido, contuviese una cláusula que, de acuerdo con la DA 16 ET³⁹⁴, contuviese una cláusula que posibilite la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social. En este concreto caso sí que podría plantearse el problema en el cumplimiento del requisito por parte de los trabajadores que prestaban servicios para la empresa privada. Como también se plantearía en el hipotético y difícil supuesto en que la integración se hiciese directamente en un puesto de naturaleza administrativa o estatutaria, al cual resultaría aplicable la edad forzosa de jubilación impuesta en el artículo 67.3 EBEP, sin perjuicio de que se permita su prolongación por las Leyes de la Función pública o la fijada para los funcionarios con normativa específica.

d) El artículo 56.1 EBEP requiere también que los aspirantes a empleado público no hayan sido separados mediante expediente disciplinario en una Administración; ni que se encuentren

Con mayor detalle sobre el alcance de dicho precepto y su base en el derecho comunitario: F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., pp. 175-188.

³⁹¹ M. SÁNCHEZ MORÓN, "Capítulo Décimo. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios", cit., p. 403.

³⁹² R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 22.

³⁹³ No así con anterioridad al EBEP que estaba fijada en la mayoría de edad (J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 258).

³⁹⁴ Modificada por la DF 1 del RD-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo (BOE n.º 314 de 29-12-18).

inhabilitados por resolución judicial –de forma absoluta o especial– para empleos o cargos públicos, ya sea para el acceso al cuerpo o escala de funcionario o para el ejercicio de funciones de personal laboral equivalentes a las que desempeñaba cuando fue separado o inhabilitado. Para los extranjeros se requiere que en sus respectivos Estados no hayan sido expedientados o inhabilitados judicialmente en los mismos términos que se exigen a los españoles.

De esta forma, el apartado d) del precepto instruye dos supuestos diversos³⁹⁵. De un lado, la separación por expediente disciplinario, eficaz aunque la plaza a la que se pretenda acceder pertenezca a una Administración diferente a la que expedientó al empleado público. A mayor abundamiento, esta separación por expediente disciplinario tiene carácter permanente³⁹⁶. Del otro, en cuanto a la inhabilitación por resolución judicial, la mismas han de ser necesariamente «resoluciones impeditivas» en vía administrativa o judicial con la fuerza y entidad suficiente para imponer esta consecuencia. Ahora bien, a diferencia de la separación por expediente disciplinario, de acuerdo con el artículo 68.2 EBEP se prevé la posibilidad de rehabilitación concedida con carácter excepcional por parte de los órganos de gobierno de la propia Administración. Por consiguiente, se han formulado críticas, tanto respecto al diferente tratamiento de la expedientación disciplinaria y de la separación judicial por la posible rehabilitación, como en la última por la intromisión del poder ejecutivo en las competencias del poder judicial.

e) Finalmente, de acuerdo con en el apartado 1.e) y con el apartado 2 del precepto, los trabajadores subrogados también deberían contar con la titulación exigida para el puesto y con la capacitación de idiomas en aquellos territorios en los que exista una segunda lengua oficial. El primero debe ponerse en relación con el artículo 76 EBEP que establece la titulación exigida para los diferentes grupos en que se clasifican los diferentes cuerpos y escalas de funcionarios, y con el artículo 77 EBEP que remite a la legislación laboral y, por ende a la negociación colectiva, para determinar la clasificación del personal laboral. Al respecto, debe traerse a colación la STS de 6 de febrero de 1987 que determinó que la ausencia de título específico requerido por la convocatoria, aun cuando se esté en disposición de uno superior, supone la exclusión del aspirante que pretenda acceder al puesto. Esta circunstancia puede ser relevante por cuanto que no es poco frecuente que en la empresa privada se contrate a trabajadores con una titulación superior a la exigida para el puesto de trabajo, de modo que la subrogación podría determinar el incumplimiento del requisito. Respecto al conocimiento de la lengua vernácula, el TC ha admitido tanto su exigencia como mérito o requisito de capacidad, siempre y cuando tanto en uno como en otro supuesto exista una proporcionalidad debida con el nivel requerido y las funciones a desarrollar por el empleado público³⁹⁷.

³⁹⁵ Siguiendo a F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., pp. 194-196.

³⁹⁶ Téngase en cuenta que el art. 96.1.b EBEP dispone que el despido disciplinario del personal laboral “comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaba”.

³⁹⁷ Con mayor detalle: F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., pp. 200-210.

Ahora bien, como conclusión a la exigencia de todos estos requisitos deben hacerse algunas precisiones. La primera es que el problema planteado es meramente hipotético, en la medida en que, salvo error u omisión, no hay precedentes judiciales que se pronuncien sobre la virtualidad de dichos requisitos en supuestos de sucesión de empresas en los que la cesionaria es una Administración pública en la que pueda exigirse por la aplicación del EBEP. En segundo lugar, en entidades del sector público cuya personificación esté regida por el Derecho privado (Sociedades y Fundaciones), no se planteará ningún problema, puesto que no son Administraciones a las que se aplique el EBEP (salvo la DA 1), ni su plantilla son empleados públicos, ni se aplican las reglas para el procedimiento de selección y los requisitos exigidos para poder participar en él. En tercer lugar, estas normas únicamente tendrían sentido en el caso en que se integre el personal en una entidad de Derecho público como empleado público ex artículo 8 EBEP y no cuando la fórmula de integración no encuentre acomodo en dicho precepto. Como ya se ha apuntado y como se desarrollará en el capítulo siguiente, puede plantearse la integración del personal subrogado con pleno sometimiento a las reglas del derecho laboral, en cuyo caso tampoco serían aplicables estos requisitos. Y en último lugar, de nuevo, estas exigencias legales plantean un problema de compatibilidad con la Directiva 2001/23/CE.

2. Las incompatibilidades del personal del sector público

La subrogación e integración del personal en principio conllevará la aplicación del régimen de incompatibilidades establecido en la *Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*³⁹⁸ en el caso de que los trabajadores afectados ya vinieran ejerciendo otra actividad pública o privada antes del cambio de titularidad de la entidad económica objeto de la transmisión³⁹⁹.

A diferencia de lo que ocurre con las relaciones laborales en las empresas privadas, en las que la prohibición de concurrencia se restringe únicamente a lo establecido en el artículo 21 ET, en el ámbito público existe un «principio fundamental» de dedicación de los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas a un único puesto de trabajo⁴⁰⁰ o, si se prefiere, una «prohibición general» de concurrencia con otras actividades del sector público además de importantes limitaciones respecto al ejercicio de actividades privadas⁴⁰¹.

³⁹⁸ BOE n.º 4 de 04-01-85. Si bien se trata de una materia con posibilidad de desarrollo por parte de las CCAA, es prácticamente unánime el ejercicio de dicha facultad: J. MESEGUER YEBRA, "El régimen de incompatibilidades de los empleados públicos locales", en *Seminari d'actualització de Funció Pública Local*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2014, p. 2/11 pdf descargado, fecha de consulta en http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/seminaris/14.0003/Joaquin_Meseguer.pdf el 15 abril 2019.

³⁹⁹ J. MORENO GENÉ, "Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas", cit., p. 452.

⁴⁰⁰ F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 492; X. J. B. THIBAUT ARANDA, "El régimen de incompatibilidades del personal laboral", en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 942. En otros ordenamientos jurídicos se establece una prohibición de doble empleo más restrictiva.

⁴⁰¹ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 294. Los funcionarios y los empleados laborales públicos no pueden ejercer otras actividades profesionales o lucrativas, tanto en el sector público

La STC n.º 178/1989, de 2 de noviembre declaró la constitucionalidad del sistema legal de incompatibilidades de la Ley. En primer lugar, justificó su existencia en el artículo 103.3 CE que determina que la Ley regularía el estatuto de los funcionarios públicos y “*el sistema de las incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos*”. De la misma manera que la atribución de su la competencia para normación básica de esta materia al Estado (art. 149.1.18 CE) es una buena muestra de que la Carta Magna avala dicha Ley. Ahora bien, la Ley 53/1984 extendía su ámbito de aplicación subjetivo más allá de la noción estricta de función pública, ya que incluye no solo al personal sujeto a una relación estatutaria sino también al personal laboral. En este sentido, también el TC avala dicha decisión política recordando que si bien artículo 103.3 CE “*es aplicable exclusivamente a funcionarios en sentido estricto*”, cuando se trata de personal contratado los principios enunciados en el artículo 103.1 CE para regir la actuación administrativa –en especial la objetividad y la eficacia– constituyen el fundamento necesario para aplicar la materia jurídica a todas las relaciones profesionales que presten servicios para la AAPP (FJ 4). Y es que el sistema de incompatibilidades legal pretende garantizar idénticos bienes jurídicos: la imparcialidad, neutralidad y objetividad de los empleados públicos⁴⁰².

En segundo lugar, el Constitucional basa su justificación también en otros principios como la eficacia administrativa, en el bien entendido de que un empleado con plena dedicación puede acometer mejor sus funciones públicas. Además, entiende que la finalidad de esta materia también responde a un interés relacionado con el pleno empleo (art. 40 CE), desde el momento en que permite un mejor reparto del empleo en el mercado de trabajo (FJ 3).

En fin, en contra de lo que se alegaba en el recurso de inconstitucionalidad rechazado, el máximo intérprete no aprecia vulneración o limitación alguna del derecho al trabajo ni de la libertad profesional que reconoce el artículo 35 CE. En este sentido, entiende que la eventual limitación de estos derechos o libertades no son en ningún caso desproporcionadas, pues responden a la finalidad de alcanzar objetivos lícitos basados en la Constitución y relacionados con el interés público⁴⁰³. Por su parte, la jurisprudencia ordinaria también ha determinado que no vulnera el principio de igualdad la diferencia de trato en cuanto a la aplicación de la diferente intensidad de estas libertades entre el sector público y privado⁴⁰⁴.

como privado, salvo en los casos y con las condiciones previstas en la Ley (M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. Pos. 4635/5385).

⁴⁰² Por ello, las normas de conducta y éticas contenidas en el art. 52 EBEP son igualmente aplicables al personal laboral (J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público*, cit., p. 296; F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 488).

⁴⁰³ En el mismo sentido, la STS de 7 de junio de 1989.

⁴⁰⁴ SSTs de 8 de mayo de 1987 (2): “*Existen diferencias sustanciales obvias que razonablemente justifican en ese punto un trato diferente, incluso en el ámbito de la participación en la función pública mediante relación laboral. El punto de mira o referencia de igualdad en esta participación no puede situarse exclusivamente en las relaciones de trabajo en el sector privado, sino también en la de los funcionarios y demás normas de contratación en el público, cuya actividad se comparte, sin desconocer la grave problemática general de empleo*”.

2.1. Campo de aplicación objetivo y subjetivo de la Ley 53/1984

Como ya se ha avanzado, la aplicación subjetiva de la norma analizada no se agota con la relación estatutaria de funcionario público, sino que incluye también al personal al servicio de las AAPP sujeto por un contrato de trabajo. Así lo determina el artículo 2.2 de la Ley que dispone que *“en el ámbito delimitado en el apartado anterior se entenderá incluido todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”*.

A mayor abundamiento, el concepto de sector público manejado por la norma es también más amplio que aquel que suelen comprender las Leyes administrativas en su campo de aplicación –en particular, los art. 2 del EBEP y LRJSP–⁴⁰⁵, incluyendo entidades sometidas al derecho privado pero también sujetos privados que realizan fines públicos⁴⁰⁶ (Notarios, Registradores Mercantiles y de la Propiedad, etc.). El párrafo segundo del artículo 1.1 considera, a los solos efectos de esta Ley, «actividad en el sector público» la que ejercen miembros electos de Asambleas Legislativas de las CCAA y de entidades locales, altos cargos y personal de los órganos constitucionales y de todas las AAPP (incluyendo sus Entes, Organismos y Empresas dependientes) y Entidades colaboradoras y concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria.

Más adelante, en el artículo 2.1 establece una serie de concreciones en atención a dos elementos: la entidad empleadora del sector público y naturaleza del vínculo que mantienen. Así se aplica al personal al servicio de la Administración estatal, autonómica y local y de sus organismos dependientes; al personal militar del Estado; al restante personal con régimen estatutario; a las Asambleas legislativas y los órganos institucionales autonómicos; al personal retribuido mediante arancel; al personal al servicio de la Seguridad Social y sus Entidades Gestoras; al personal del Banco de España; al personal de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten en más de un 50% con subvenciones e ingresos procedentes AAPP; al personal de las empresas públicas participadas directa o indirectamente por una Administración en, al menos, el 50% de su capital social; y, en fin, a otros colectivos a los que se les aplica la Ley por disponerlo así en su normativa específica (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Jueces, Magistrados y Fiscales, etc.).

A los efectos de este estudio es relevante hacer dos apuntes: primero, que la Ley desplegará efectos tanto en supuestos en los que tras la reversión del servicio el puesto a ocupar tenga naturaleza laboral como funcionarial; y segundo, que lo hará tanto si la vuelta a la gestión directa se realiza a través de una Administración o entidad pública como mediante una entidad sometida al ordenamiento privado, como Fundaciones y Sociedades mercantiles. Debe tenerse en cuenta que en estos últimos casos el personal laboral dependiente no es empleado público (DA 1 EBEP) y también se aplica la Ley, por lo que suscitaría dudas sobre si debe aplicarse incluso cuando tras

⁴⁰⁵ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. Pos. 4665/5385.

⁴⁰⁶ X. J. B. THIBAUT ARANDA, “El régimen de incompatibilidades del personal laboral”, cit., p. 943.

la sucesión empresarial el personal se integre como personal laboral ordinario regido íntegramente por el Estatuto de los Trabajadores.

2.2. Incompatibilidad entre actividades públicas

El artículo 1.1 de la Ley implanta un principio general de incompatibilidad que dictamina que “*el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma*”⁴⁰⁷. Es decir, formula un principio básico de «dedicación a un solo puesto de trabajo» en el sector público⁴⁰⁸.

Por su parte, el apartado segundo instituye otro principio de «incompatibilidad económica»⁴⁰⁹, por el que se prohíbe que se perciba más de una remuneración con cargo a las AAPP o sus entes dependientes –remuneración que hay que entender en sentido amplio: cualquier derecho económico –incluidos aranceles– de procedencia directa o indirecta de una prestación o servicio personal, ya sea de cuantía fijo o variable y devengo periódico o puntual–.

Y el apartado tercero enuncia una «incompatibilidad funcional», por la cual el ejercicio de un trabajo incluido en su campo de aplicación resulta incompatible con cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar comprometer al cumplimiento de sus deberes o a su independencia como servidor público. Se trata de una incompatibilidad que pretende garantizar tanto el rendimiento del trabajador como la prevención de conflictos de interés⁴¹⁰ y que operará mayormente cuando el segundo trabajo se desarrolle en el sector privado⁴¹¹.

A partir de ahí, la norma formula una serie de excepciones para desempeñar un segundo puesto de trabajo en el sector público (art. 3.1 Ley 53/1984): a) para el ejercicio de funciones docente⁴¹² y sanitaria⁴¹³; b) para compatibilizar sus actividades con el desempeño de cargos

⁴⁰⁷ Con excepción de lo dispuesto en el art. 19 y DT 2 de la Ley.

⁴⁰⁸ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. Pos. 4673/5385.

⁴⁰⁹ Cuya finalidad es que el trabajador se dedique de forma exclusiva a su puesto público, por lo que está conectada con el principio de eficacia. Véase: *Ibid.*, p. Pos. 4635/5385.

⁴¹⁰ Aunque debe basarse en un riesgo objetivo, no bastando meras conjeturas o hipótesis carentes de una base mínima (SAN de 14 de abril de 1998, rec. 319/98).

⁴¹¹ X. J. B. THIBAUT ARANDA, “El régimen de incompatibilidades del personal laboral”, cit., p. 960.

⁴¹² El art. 4.1 habilita para compatibilizar un puesto de trabajo público con un puesto docente como Profesor Asociado en el ámbito Universitario a tiempo parcial y por una duración determinada. Por su parte, el art. 4.2 cuarto párrafo permite a los Catedráticos y Profesores de Música de Conservatorios Superiores y Profesionales de Música, la realización de un segundo puesto de trabajo en el sector público cultural. En ambos casos, siempre que se cumplan los requisitos procedimentales, económicos y de jornada previstos en la Ley.

⁴¹³ El art. 4.2 permite se puede autorizar al PDI universitario para compatibilizar un segundo puesto en el sector público sanitario o de carácter exclusivamente investigador en centros de investigación públicos. Y a la inversa, quienes desempeñen su actividad profesional en estos últimos podrán compatibilizarla con un puesto como PDI. Siempre que se cumplan los restantes requisitos y ambos puestos sean a tiempo parcial. Y en los mismos términos, a los Profesores titulares de Escuelas Universitarias de Enfermería para el desempeño de un segundo puesto en el sector sanitario.

electivos en Asambleas Legislativas de las CCAA y Corporaciones⁴¹⁴; c) para realizar una actividad de investigación o de asesoramiento técnico o científico⁴¹⁵; d) la participación de miembros de Consejos de Administración u órganos de gobierno de entidades o empresas públicas en otros consejos de administración de empresas públicas o privadas⁴¹⁶; y, por último, d) aquellos puestos que por razón de interés general se determine reglamentariamente por el Consejo de Ministros o el órgano de gobierno de las CCAA, lo que determina que en realidad el listado tenga carácter abierto, pues al amparo de esta previsión se han hecho otras excepciones⁴¹⁷ (si bien en este último supuesto la actividad sólo podrá prestarse en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada).

Pero para poder compatibilizar las actividades incluidas en el listado anterior, será preciso que se cumplan unos requisitos procedimentales y materiales: 1) obtener una previa y expresa autorización de compatibilidad cuya concesión se efectuará, en razón del interés público, por los órganos fijados en el artículo 9 y previo informe del órgano competente del puesto al que se vaya a adscribir (art. 3 Ley 53/1983, segundo y tercer párrafo); 2) su desempeño no podrá suponer modificación de la jornada de trabajo y horario de los dos puestos, quedando condicionada la compatibilidad a su estricto cumplimiento; y 3) la compatibilidad de ambas actividades públicas viene condicionada a la no superación de los límites económicos previstos en el artículo 7 Ley, salvo autorización expresa y excepcional basada en razones de especial interés para el servicio.

2.3. Incompatibilidad con actividades privadas

Mientras que la incompatibilidad entre actividades públicas es la regla general y la excepción es la compatibilidad, en el sector privado se produce a la inversa: la compatibilidad es la regla general pero existen ciertas actividades exceptuadas⁴¹⁸. En definitiva, la técnica empleada muestra una mayor permisividad del legislador en la compatibilidad con actividades privadas⁴¹⁹, entendiendo estas como el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas (art. 14 Ley)⁴²⁰.

⁴¹⁴ De acuerdo con el art. 5, los primeros estarán habilitados salvo que perciban retribuciones periódicas por el desempeño de la función o que se haya declarado la incompatibilidad por dicha Asamblea; los segundos, salvo que estén en régimen de dedicación exclusiva y el puesto sea retribuido. En caso de no cumplirse estos requisitos adicionales, el empleado público deberá pasar a situación de excedencia forzosa ex arts. 46.1 ET y 92 EBEP.

⁴¹⁵ La compatibilidad la declara el art. 4.3 para la suscripción de contratos ex art. 83 LOU, en los términos previstos en el art. 6 Ley 53/1984.

⁴¹⁶ Si bien el artículo 8 establece dos límites: 1) que no podrá pertenecer a más de dos, salvo que excepcionalmente se autorizó mediante acuerdo del Gobierno estatal o autonómico o el Pleno de la Entidad Local; y 2) que las dietas o retribuciones previstas para su asistencia estén sujetas a la cuantía prevista para las AAPP. La finalidad es compensar las diferencias de ingresos respecto del personal que realice idénticas funciones en el sector privado (X. J. B. THIBAUT ARANDA, "El régimen de incompatibilidades del personal laboral", cit., p. 968).

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 962.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 957.

⁴¹⁹ F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 494.

⁴²⁰ Aunque algún pronunciamiento ha determinado también la incompatibilidad respecto a actividades no lucrativas, por ejemplo cuando el funcionario también ejercía de presidente de una ONG (SAN de 15 de enero de 2004, rec. 298/03).

Con carácter general, el artículo 11 Ley 53/1984 declara – en sintonía con los preceptuado en el art. 1.3– que el personal comprendido en la norma no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o ajena en el sector privado y que se relacionen directamente con las que desarrolle en el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviese destinado. El régimen de incompatibilidades diseñado para las actividades privadas tiene como fin esencial salvaguardar la imparcialidad del servidor público y garantizar un desempeño eficaz⁴²¹.

Así las cosas, el artículo 12 Ley establece una relación de actividades sobre las que recae una prohibición absoluta de compatibilización y cuyo *leitmotiv* es evitar que su ejercicio “*puedan comprometer la imparcialidad independencia del personal de que se trate, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales*” (art. 11.2 Ley): a) El desempeño de actividades privadas relacionadas con los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público; b) la pertenencia a Consejos de administración u órganos rectores de empresas, cuando la actividad de aquellas esté directamente relacionada con los asuntos que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en el que desarrolla su puesto de trabajo público; c) el desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas concesionarias y contratistas del sector público, así como disponer de una participación superior al 10% del capital de estas; y d) aquellas otras actividades o profesiones que el Gobierno determine reglamentariamente que resultan incompatibles con ciertas funciones, puestos o colectivos del sector público, entre los cuales están todos los recogidos por el artículo 11 del *RD 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes*⁴²².

Al margen de estos supuestos, la realización de una actividad en el sector público no plantea problemas para la imparcialidad o independencia del servidor público, por lo que no hay obstáculo alguno para su compatibilidad siempre y cuando, en aras de garantizar la eficacia y eficiencia en el ejercicio de sus funciones públicas, se cumplan los límites previstos por el legislador para obtener el reconocimiento de la compatibilidad⁴²³. En efecto, en estos casos el ejercicio de la segunda actividad en el sector privado requiere la solicitud de un reconocimiento de compatibilidad ante el órgano competente que, en el plazo de dos meses, deberá dictar resolución motivada afirmativa o declarando la incompatibilidad (art. 14 Ley, párrafos primero y segundo)⁴²⁴.

El reconocimiento de compatibilidad no será concedido cuando la actividad privada pueda interferir con su puesto de trabajo público afectando al cumplimiento de sus deberes, esto es,

⁴²¹ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. Pos. 4731/5385.

⁴²² BOE n.º 107 de 04-05-85.

⁴²³ F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 496.

⁴²⁴ Cuando se trata de compatibilizar con actividades públicas la Ley habla de «autorización», y cuando se trata de actividades privadas «reconocimiento», aunque en ambos casos tienen naturaleza autorizadora (M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., Pos. 4687/5385).

cuando afecte a su rendimiento (art. 1.3 Ley). Por ello, el reconocimiento de la compatibilidad no podrá alterar la jornada y el horario de trabajo y en el caso en que el interesado cambiase de puesto público, la autorización quedaría automáticamente sin efecto (art. 14 Ley, párrafo tercero). Al respecto, ha de tenerse en cuenta que las actividades privadas que requieran de presencia efectiva durante un tiempo igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las AAPP sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas en esta Ley como de prestación a tiempo parcial (art. 11.2 Ley 53/1984).

Tampoco se reconocerá la compatibilidad a quienes ya se les hubiere autorizado para desempeñar un segundo puesto o actividad en el sector público y la suma de las jornadas de ambos sea igual o superior a la máxima en las AAPP (art. 13 Ley). A tales efectos, quienes se hallen autorizados para el desempeño de un segundo puesto público deberán instar el reconocimiento de compatibilidad con ambos (art. 14 Ley, párrafo cuarto).

Y de la misma manera que ocurre con la compatibilidad de actividades del sector público, se establecen límites de carácter económico. Así, no podrá autorizarse la compatibilidad para aquellos empleados públicos (funcionarios, laborales o eventuales) que, perciban las retribuciones complementarias a las que se refiere el artículo 24.b EBEP y que incluyan el factor de incompatibilidad, comprendiendo al personal retribuido por arancel y al personal directivo (incluido el sujeto a la relación laboral especial de alta dirección). Con todo, se permite realizar esas actividades privadas si los complementos específicos o equiparables percibidos por su puesto público no superan el 30% de su retribución básica (art. 16.1 y 4 Ley 43/1984).

2.4. Incompatibilidad sobrevenida por sucesión de empresa

Con este panorama normativo, si la reversión del servicio supone la integración en una entidad del sector público podría causar una incompatibilidad si el trabajador desempeñaba dos actividades en el sector privado y tras la incorporación al sector público la actividad privada se encuentra prevista en los artículos 11 y 12 de la Ley; o, si junto con la actividad por la que es objeto de subrogación ya compatibilizaba una actividad pública que no se encuentra exceptuada por los artículos 3-6 y 8 de la Ley 53/1984. De hecho, en los tribunales se han planteado algunos conflictos judiciales en este sentido en supuestos de transmisión de empresa y otros afines.

A) Por lo que respecta a la eventual incompatibilidad entre la actividad transmitida –ahora pública– y otra actividad pública previamente ejercida, el artículo 10 Ley 53/1984 prevé para quienes accedan a un nuevo puesto en el sector público incompatible con el que venían desempeñando, que deberán optar por uno de los dos dentro del plazo de toma de posesión o firma del contrato de trabajo (art. 13.1 RD 598/1985), emitiéndose el silencio como que opta por el nuevo puesto, pasando automáticamente a situación de excedencia voluntaria en el otro. Y si se trata de un puesto susceptible de compatibilizar, si se solicita la autorización durante los primeros diez días del plazo de toma de posesión, este se prorrogará hasta que recaiga resolución expresa.

La STSJ Cantabria de 5 de noviembre de 2013 (rec. 649/13) resuelve un supuesto en el que una de las trabajadoras de la empresa concesionaria del servicio de gestión de recaudación tributaria también era concejal del Ayuntamiento ahora convertido en empleador⁴²⁵.

Además de la Ley 53/1984, el artículo 178.2.b) de la *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*⁴²⁶ fija como causa de incompatibilidad con la condición de concejal ser personal en activo del Ayuntamiento y sus entes dependientes. Por su parte el artículo 10 del *RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales*⁴²⁷ determina que producida la incompatibilidad y declarada por el Pleno de la entidad local, el afectado dispone de un plazo de 10 días desde que recibe la notificación de incompatibilidad para renunciar a su condición de concejal o abandonar la situación de origen incompatible. Transcurrido el plazo sin ejercitar dicha opción se entenderá la renuncia del cargo electivo. Si bien, el artículo 74 LBRL permite que tanto el personal funcionario como laboral quede en situación de servicios especiales cuando se produzca la doble circunstancia de cargo público profesional y electo.

Ante este estado de cosas la corporación subrogó a toda la plantilla excepto a dos trabajadoras, una de ellas la demandante, y la instó para que ejerciera opción por una de las dos actividades. La trabajadora, solicitó un plazo de 3 días para valorar sus opciones y, transcurrido este, solicitó al Ayuntamiento que se le permitiera suscribir primero el contrato de trabajo, esto es, dar efectivo cumplimiento a la obligación legal de que el ente se subrogara en su relación laboral. Como la trabajadora no ejercitó su opción el Consistorio la requirió para que cesara en ambas actividades, sin proceder primero a la subrogación como empleador en su contrato de trabajo.

El TSJ reconoce la incompatibilidad. Sin embargo, aduce que en el asunto no se ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 10 RD 2568/1986 (que concreta lo previsto en el art. 10 Ley 53/1984) y que instruye un plazo de 10 días para ejercitar la opción desde el momento en que se produzca la incompatibilidad (desde la toma de posesión del cargo). Como la Corporación no llegó a materializar la subrogación, no respetó el procedimiento establecido, e impidió la continuación de la relación laboral ocasionando un perjuicio a la trabajadora que no pudo recurrir a ninguno de los mecanismos jurídicos establecidos para permitir la compatibilidad y mantener su puesto de trabajo, como la suspensión de contrato ex artículos 45.1.K y 46.1 ET. En este sentido, la Sala fija que ha existido un despido tácito que debe ser declarado nulo por vulnerar el derecho fundamental a la participación en asuntos públicos (art. 23.1 CE).

B) Por su parte, también pueden haber incompatibilidades con actividades privadas cuando el trabajador subrogado realizase dos actividades en el sector privado y tras la reversión actualice uno de los supuestos proscritos por el artículo 12 Ley 53/1984 para garantizar la imparcialidad del

⁴²⁵ Firme por inadmisión del recurso de casación (ATS de 15 de julio de 2014, rec. 39/14).

⁴²⁶ BOE n.º 147 de 20-06-85.

⁴²⁷ BOE n.º 305 de 22-12-86.

servidor público o, diversamente, aunque no se prohíba el ejercicio de la concreta actividad privada, pudiera comprometer el adecuado desarrollo de sus deberes en el sector público por cuestiones de horarios incompatibles, duración de jornadas, etc., por lo que deberá igualmente solicitar el reconocimiento de compatibilidad. En estos casos, el artículo 13.3 RD 598/1985 determina que si quien accede a un puesto público ya realiza una actividad privada, deberá obtener la compatibilidad o cesar en la realización de la actividad privada antes de incorporarse a sus funciones públicas. A estos efectos, si la solicita durante los primeros 10 días del plazo habilitado para toma de posesión, este se prorrogará hasta que recaiga resolución.

Incluso, es harto frecuente que la situación de incompatibilidad pueda darse cuando el trabajador, previamente a la recuperación de la gestión del servicio, trabajase a tiempo completo únicamente para la empresa contratista, pero su jornada esté asignada a diversas funciones o servicios, entre los cuales, se halle la actividad externalizada. La STSJ Cantabria de 20 de julio de 2020 (rec. 377/20) es ilustrativa al respecto, pues el trabajador era de Jefe de Servicios para la empresa concesionaria pero únicamente dedicaba el 50% de su jornada en el servicio de recogida de residuos sólidos de titularidad municipal externalizado. Con ocasión de la reversión, la empresa contratista entiende que la sociedad pública que asume el servicio debe subrogarse como empleadora, mientras que esta última se niega a hacer efectiva la subrogación de este trabajador basándose en una eventual situación de incompatibilidad. El Juzgado de lo Social determinó que se produjo un doble despido tácito, debido a que el trabajador debió haber permanecido vinculado a ambas empresas a razón de un 50% de su jornada.

El TSJ recurre a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Supremo⁴²⁸ para determinar que la incompatibilidad que se produce debe subsumirse en el artículo 11.1 Ley 53/1984, pues es una «incompatibilidad funcional» que ocurre cuando la actividad privada está directamente relacionada con las funciones que desempeña en la entidad pública. Téngase en cuenta que al ostentar el «cargo» de Jefe de Servicio podría incurrir en el supuesto previsto en el artículo 12.1, pero en este caso la empresa concesionaria dejó de mantener vinculación contractual con la Administración. Así pues, el Tribunal determinó que la entidad pública debió subrogarse en la relación laboral del trabajador que ocupaba el puesto de Jefe de Servicio, toda vez que igual categoría debía mantener en la empresa contratista cesante, cada una al 50% de la jornada laboral. Respecto al acceso al puesto público, no avala que el ente negase la subrogación, lo que debió hacer es seguir el procedimiento previsto para la solicitud de la autorización (art. 14 Ley) mediante el que se valorase la correspondencia funcional y declare la incompatibilidad o compatibilidad de ambas actividades. Al no seguirse, se entiende que el ente público despidió basándose simplemente en una “hipotética correspondencia futura”, con lo cual la extinción se declaró improcedente.

C) De los asuntos expuestos puede extraerse como primera conclusión que la Ley de Incompatibilidades no puede comportar una negativa del ente cesionario a subrogarse en la relación laboral de trabajador que realizara otra actividad pública o privada incompatible. Ha de

⁴²⁸ SSTS (CA) de 15 de julio de 2019, rec. 2066/17; de 24 de marzo de 1998, rec. 7752/96.

cumplir en todo caso la normativa laboral, al igual que se ha determinado en otros supuestos conexos en los que el trabajador desarrollase más actividades, por ejemplo, en supuestos de cesión ilegal en una Administración Pública⁴²⁹. Ahora bien, no por ello debe entenderse que la legislación sobre sucesión de empresas debe dejar sin efecto la Ley 53/1984, ya que son plenamente compatibles, pues como se ha visto el ordenamiento jurídico instruye procedimientos y mecanismos jurídicos para evitar la pérdida del puesto de trabajo. Además, la lógica empleada por dichas normas beneficia en la mayoría de las ocasiones el mantenimiento del puesto de trabajo al que se accede por aplicación del artículo 44 ET.

a) En este orden de cosas, si tras la reversión se presenta una incompatibilidad con otro puesto de trabajo en el sector público, al trabajador se le concede el derecho de opción para elegir qué ocupación pública desea mantener (art. 10 Ley 53/1984). Si no ejerce opción en el plazo habilitado, se entiende que opta por el nuevo puesto (esto es, el de la actividad revertida) y en el otro pasa automáticamente a situación de excedencia voluntaria, por lo que tampoco supone la extinción del contrato o la pérdida de la plaza. Si manifiesta su preferencia por mantener el anterior puesto público, pasaría a excedencia voluntaria en este nuevo, por lo que tampoco implicaría una extinción imputable a la transmisión de empresa desde el momento en que conserva su empleo, porque el contrato queda suspendido pero vigente. A mayor abundamiento, para el personal laboral, la jurisprudencia ha convalidado una suerte de «excedencia voluntaria por incompatibilidad» cuyo régimen jurídico no es exactamente el previsto en el artículo 46.2 ET, pues no rige el requisito de antigüedad ni los plazos mínimos y máximos. El trabajador conservará su puesto hasta que desaparezca la situación de incompatibilidad, momento en el que podrá solicitar su reingreso (SSTS de 16 de febrero de 1990; de 2 de julio de 1990)⁴³⁰. Hay, no obstante una salvedad importante con relevancia a los efectos de este estudio. Y es que la jurisprudencia entiende que dicha excedencia voluntaria tiene por fin garantizar la estabilidad en el empleo, por lo que no tiene razón de ser su aplicación en relaciones laborales con estatuto precario, como el indefinido no fijo⁴³¹. En consecuencia, o bien haría falta una intervención normativa o jurisprudencial para solventar este problema aplicativo, o bien debería emplearse este criterio como un argumento más (añadido a los muchos ya existentes) por los cuales debe entenderse que esta figura no garantiza el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de sucesión de empresas. En fin, en casos en los que la incompatibilidad no sea manifiesta y requiera autorización de compatibilidad, el trabajador puede presentar la solicitud durante los primeros diez

⁴²⁹ Por ejemplo, STSJ Galicia de 15 de junio de 2020, rec. 5239/19: *“Pero, en cualquier caso, la aplicación de la normativa en materia de incompatibilidades no podría producirse cuando existía la apariencia, después declarada fraudulenta, de existencia de un contrato administrativo que vinculaba a las partes, y, aun cuando la misma pudiera haber sido aplicable, el hecho de que se hubiera producido un incumplimiento de la misma, nunca podría tener por efecto la novación de la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes, es decir, el eventual incumplimiento de las normas en materia de incompatibilidades, no puede evitar que la relación existente entre las partes sea calificada de laboral, si se cumplen los requisitos legales para ello”*.

⁴³⁰ Más recientemente, STSJ Andalucía, Granada de 28 de septiembre de 2017, rec. 364/17.

⁴³¹ SSTS de 29 de noviembre de 2005, rec. 3796/04; de 3 de mayo de 2006, rec. 1819/05. Más recientemente: STSJ Galicia de 14 de octubre de 2015, rec. 2882/14; STSJ Madrid de 26 de abril de 2018, rec. 67/18; STSJ Asturias de 29 de mayo de 2018, rec. 974/18.

días del plazo permitiendo que la incorporación quede suspendida en tanto se resuelve la autorización. Si la autorización es denegada, se aplicará igualmente la excedencia voluntaria⁴³².

b) Para el caso concreto en el que tras la incorporación se presente una incompatibilidad con un cargo público de naturaleza electiva, también incompatible de acuerdo con la Ley 53/1984 y la Ley Orgánica Electoral, el trabajador dispondrá de 10 días desde la notificación de la incompatibilidad para optar por uno de los dos. Si no ejerce su opción, se entiende que abandona el puesto representativo, manteniendo el empleo en la actividad traspasada⁴³³. En cambio, si el trabajador decide mantener el cargo electo, se cumplen los presupuestos para poder solicitar una excedencia forzosa en el caso del personal laboral (arts. 45.1.k y 46.1 ET) o para que el personal funcionario se declarada en situación de servicios especiales (art. 87.e) y f) EBEP).

c) Si el problema se plantea con otra actividad privada el trabajador tiene igualmente derecho a solicitar la compatibilidad siempre y cuando se cumplan los requisitos relacionados con el tiempo de trabajo (y también límites económicos) de forma que permitan su compatibilidad. En caso de no obtener el reconocimiento o encontrarse en uno de los supuestos tasados en el artículo 12 Ley, deberá cesar su actividad privada antes de incorporarse al sector público. Para ello, tampoco es necesario que el trabajador extinga su puesto de trabajo en el sector privado, pudiendo recurrir a las situaciones de suspensión del contrato reguladas en la normativa laboral. Si decide mantener este primero o no cesa en este antes de producirse la incorporación no podrá incorporarse en tanto que el artículo 8 RD 598/1985 determina el reconocimiento de la compatibilidad es un requisito previo imprescindible. En tal caso, un sector de la doctrina entiende que ante la incompatibilidad procedería la subrogación y la posterior extinción del contrato por causa de fuerza mayor prevista por el artículo 49.1.h ET, pues se trata de un acontecimiento extraordinario que las partes no podían prever o evitar, derivado de una sucesión de empresa derivada de actos coactivos o forzosos⁴³⁴. Otros autores han defendido que si se concluye con la incompatibilidad deberían ser resarcidos por la pérdida del puesto en el sector privado⁴³⁵. Considero que hay soluciones más justas para ambas partes por cuanto que permiten garantizar la aplicación de la ley y también conservar el puesto de trabajo, toda vez que no conllevan coste económico alguno para la Administración como los derivados de la extinción del contrato. Se solucionaría la incompatibilidad aplicando aquí la misma solución que en el caso de incompatibilidades entre actividades públicas profesionales, de nuevo, la «excedencia voluntaria por incompatibilidad», con el régimen jurídico que la jurisprudencia ha determinado, que se

⁴³² X. J. B. THIBAUT ARANDA, "El régimen de incompatibilidades del personal laboral", cit., p. 973.

⁴³³ Y sin que a mi juicio se vulnere el artículo 23.1 CE con el cese en el cargo electivo si se sigue el procedimiento legalmente establecido.

⁴³⁴ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 341 y ss.; J. MORENO GENÉ, "Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas", cit., p. 453.

⁴³⁵ E. GONZÁLEZ BIEDMA; F. J. CALVO GALLEGOS, "Las relaciones de trabajo en las empresas públicas", cit., p. 332.

impondría de forma automática en el puesto de trabajo subrogado si el trabajador no optase por extinguir o suspender su otro vínculo laboral con una empresa del sector privado.

También se han planteado conflictos en la aplicación práctica de estas «soluciones» legales en los casos en los que la incompatibilidad deviene por sucesión empresarial. Así, la STSJ Murcia de 29 de mayo de 2019 (rec. 527/18) resuelve un caso tan particular como complejo. Una mejor comprensión de los hechos requiere analizar tanto este proceso, en el que se acumula la posible vulneración de derechos fundamentales a la negativa de reingreso de la Administración en la excedencia causada por incompatibilidad tras producirse una sucesión de empresa, como otro anterior en el que se discutía la calificación de aquella excedencia (STSJ Murcia de 19 de septiembre de 2016, rec. 190/16). No es relevante tanto por la decisión adoptada por el órgano judicial, sino porque pone de relieve una serie de dificultades que aparecen en la práctica. Los hechos relevantes son los siguientes:

El trabajador, funcionario de carrera del Ayuntamiento desde 1981, pasa a situación de servicios especiales por haber sido nombrado concejal de la corporación (1987), toda vez que desde ese momento comienza a prestar servicios en la empresa concesionaria del servicio de abastecimiento de agua potable, que no es incompatible de acuerdo con el artículo 178.2.b de la Ley Orgánica Electoral porque no hay retribución y dedicación exclusiva.

En 2004 dimite como concejal y, decide mantener su relación laboral con la empresa concesionaria, por lo que la situación de servicios especiales en la plaza de funcionario cambia a excedencia voluntaria por interés particular. El trabajador es subrogado por diversas empresas concesionarias y en 2007 es reelegido concejal (en la oposición) sin dedicación exclusiva ni retribución. Aunque no consigue probarse este hecho en el proceso más moderno por cuestiones procesales, consta que su plaza de funcionario de carrera fue amortizada en 2010.

En 2012 el Ayuntamiento adopta el acuerdo de gestión directa. En este momento, notificada la incompatibilidad porque mantiene el cargo electo, solicita en la plaza laboral nueva a consecuencia de la subrogación una excedencia forzosa por cargo público, pero el ente le reconoce excedencia voluntaria por interés particular. El trabajador recurre esta decisión y se debate judicialmente la naturaleza de su excedencia como personal laboral en virtud de la subrogación laboral (no la excedencia voluntaria preexistente en su plaza funcional). La sentencia de 2016 pone de manifiesto la complejidad de la situación por la existencia una triple relación con el Ayuntamiento: una funcional suspendida mediante excedencia voluntaria por interés particular, otra administrativa vigente en un cargo electo y una tercera de carácter laboral consecuencia de la subrogación del Ayuntamiento en los contratos de trabajo de la empresa concesionaria. Si bien, respecto al conflicto planteado entre la segunda y la tercera, la Sala da la razón a la Corporación porque (1) no considera concurrentes los requisitos establecidos por la ley electoral para pasar a situación de excedencia forzosa, que son la retribución y dedicación a tiempo completo; 2) la excedencia forzosa prevista en los artículos 45.1.k y 46.1 ET imponen como presupuesto para su concesión ante la designación o elección para un cargo público “que

imposibilite la asistencia al trabajo"; y 3) el artículo 5.1.b Ley 53/1984 admite la compatibilidad de actividad pública y cargo electo municipal, salvo en régimen de dedicación exclusiva y retribuido.

Pocos meses después de la reversión del servicio de aguas en 2012, también se suprime su plaza laboral como «subcapataz» en la RPT y se encomienda a un funcionario del ayuntamiento la realización de funciones de «encargado» desde 2012 hasta 2015. En 2013 solicita la reincorporación pero es denegada por Ayuntamiento alegando que no hay vacante. De nuevo, recurre judicialmente porque estima que las funciones realizadas por el funcionario son equivalentes a las de su plaza amortizada. El juzgado de lo social no considera que se así, además de que el funcionario comienza a realizarlas antes de la solicitud de reingreso. Por su parte, la jurisdicción contencioso-administrativa declara válida la amortización de su plaza en 2012.

En 2014 solicita de nuevo la incorporación tras la jubilación de un trabajador del servicio que también fue subrogado, solicitud que es denegada y de nuevo impugnada judicialmente, acumulándose al presente proceso por vulneración de derechos fundamentales. Debe destacarse que desde las elecciones municipales de 2015 ostenta el cargo de alcalde, no obstante al trabajador le interesa mantener, aun suspendidos, sus vínculos profesionales con la corporación.

En instancia esta última impugnación también acabó con sentencia desestimatoria, no obstante el TSJ revisa la decisión. Sobre la posible discriminación por motivos ideológicos y políticos (consta que durante el ejercicio de su cargo de concejal formuló varias denuncias contra el gobierno municipal por irregularidades) la Sala no aprecia tal vulneración porque entiende que el Ayuntamiento no se negó a la subrogación. En tal caso, sí podría haberse apreciado la discriminación al haber hecho caso omiso la Ley 53/1984 y los procedimientos que prevé para garantizar la perdurabilidad del puesto de trabajo incompatible. No obstante, sí que considera no ajustada a derecho la segunda negativa de reingreso tras la jubilación del compañero subrogado que se jubiló por cuanto que entiende que las funciones desempeñadas eran equiparables y sí que se produjo esa vacante, por lo que reconoce el derecho de reingreso con fecha de efectos desde su solicitud y condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios equivalente a la de los salarios dejados de percibir.

d) Por último, pudiera ser que el trabajador se incorpore a su nuevo puesto tras la subrogación, sin informar de que ya realizaba otro puesto de trabajo incompatible, o potencialmente compatible pero no ha informado de ello (circunstancia que se dará en mayor medida cuando el segundo puesto de trabajo se desarrolle en el sector privado). Para estos casos sería aplicable el artículo 20.1 Ley 53/1984 que ordena que el incumplimiento de lo dispuesto la norma será sancionado conforme al régimen disciplinario de aplicación. Y aquí se abren dos posibilidades. La primera es que la integración se produzca como empleado público (incluido indefinido no fijo), lo que determinará que el régimen disciplinario se rija, tanto para el personal funcionario como el laboral, por lo dispuesto en el EBEP (art. 93). En concreto, el artículo 95.2.n)

EBEP tipifica los incumplimientos en materia de incompatibilidades como faltas muy graves⁴³⁶, si bien la aplicación de la sanción requerirá una graduación proporcional, ya que no puede sancionarse igual el supuesto en el que exista una incompatibilidad prohibida, que una incompatibilidad económica, o una simple omisión del deber de solicitar la autorización o reconocimiento cuando la actividad no esté expresamente prohibida⁴³⁷.

La segunda es que cuando la integración se lleve a cabo en una entidad de derecho privado perteneciente al sector público o se integre en una Administración Pública como «no-empleado público», el régimen disciplinario aplicable será el previsto en el ET. En este caso, de acuerdo con el artículo 58.1 ET los trabajadores podrán ser sancionados por sus incumplimientos, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo aplicable. Con todo, aunque el precepto exige la tipicidad tanto de la infracción como de la sanción, podría fundamentarse la infracción en la transgresión de la buena fe contractual, que podría sancionarse en los casos más graves, de acuerdo con el debido respeto al principio de proporcionalidad, con el despido disciplinario.

V. LA DISTINTA NATURALEZA DE LOS PUESTOS DE TRABAJO ANTES Y DESPUÉS DE LA CESIÓN

En el ámbito del sector público pueden aparecer diversos problemas adicionales derivados de la distinta naturaleza jurídica de puestos de trabajo entre el puesto de origen y de destino, ya que puede ser este estatutario o laboral. No hay sobre este punto un análisis completo por parte de la jurisprudencia o de la doctrina científica sobre los efectos que la sucesión de empresa puede tener, pero sí que se han apuntado ciertas ideas o premisas que merece la pena destacar.

A) La primera idea importante que parece bastante arraigada es que cuando se produce una sucesión de empresa, en coherencia con la consolidada jurisprudencia sobre la aplicación de las reglas laborales a la Administración, la entidad pública deberá subrogarse aun cuando el puesto de trabajo tenga naturaleza funcionarial dentro de la estructura organizativa de aquella⁴³⁸. Y es que tanto la Directiva como el artículo 44 ET se aplican a relaciones profesionales sujetas al Derecho del Trabajo al tiempo de producirse la transmisión de empresa, sin que el hecho de que tras la integración se aplique un régimen jurídico distinto sea motivo válido para excluir a los

⁴³⁶ En el caso de los funcionarios públicos civiles del Estado el art. 7.1.k) RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (BOE n.º 15 de 1701-86) considera falta grave el incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga mantenimiento de una situación de incompatibilidad.

⁴³⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, cit., p. Pos. 4703/5385. En el mismo sentido: F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 498.

⁴³⁸ L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., pp. 210-211. Más recientemente, J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, "Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)", cit., p. 112.

trabajadores de la tutela laboral que proporciona⁴³⁹. Así lo viene entendiendo desde antiguo la jurisprudencia nacional social y contencioso-administrativa⁴⁴⁰.

Algún pronunciamiento insólito puede encontrarse también: la STSJ Andalucía, Sevilla, de 13 de octubre de 1998 (rec. 423/98), sobre la integración del personal de hospitales de la Cruz Roja en la red hospitalaria andaluza como personal estatutario, consideró que *“habiendo optado los actores por integrarse como personal estatutario, la primera consecuencia que de ello se deriva es que el art. 44 ET no le es de aplicación directa, dado que quedan excluidos de la normativa laboral, según el art. 1.3 a) del mencionado Estatuto”*. Solución ciertamente desajustada con el marco normativo vigente como muestra la solución contraria alcanzada para los mismos supuestos por la STSJ Andalucía, Granada de 9 de septiembre de 1996 (rec. 813/96) y la STSJ Andalucía, Málaga de 4 de abril de 1997. Para mayor perplejidad, la primera se apoya en la recién aprobada Directiva 98/50/CEE (aún no transpuesta) para sentenciar que, aunque concurren los requisitos subjetivos y objetivos, el supuesto debe quedar excluido por el artículo 1.1.c de la misma, en el entendido de que se trata de una reorganización de funciones administrativas⁴⁴¹. Ahora bien, sobre el hecho en si de la integración como personal funcionario no formula objeción alguna.

B) La segunda idea complementaria a la anterior es que, el hecho de que el puesto de destino esté clasificado como funcionarial, no necesariamente implica que deba integrarse a los trabajadores subrogados con esa misma naturaleza. En consecuencia, ya el extinto Tribunal Central de Trabajo venía entendiendo que cuando una Administración u organismo público se subroga en las relaciones laborales no existe *“base legal para poder afirmar que si aquellos se convierten en titulares de una empresa que antes era privada, las relaciones laborales que antes existían en esta y su personal adquieren naturaleza administrativa; esta afirmación es totalmente errónea, pues, normalmente, las relaciones jurídicas mantienen su carácter laboral”*⁴⁴².

⁴³⁹ Véase Capítulo **concepto trabajador**

⁴⁴⁰ La STCT de 21 de diciembre de 1987 negó la posibilidad de que se excluyera la aplicación del art. 44 ET porque la entidad cesionaria, en este caso el Ministerio de educación, fuera un organismo público en base a que *“la actuación del Estado, en uso de su soberanía, ha cambiado la relación laboral de la actora por otra funcionarial”*. También la STCT de 7 de febrero de 1989 subrayó en el marco de un proceso de transferencia de un servicio público de la Administración local a la autonómica *“la posibilidad –que los artículos 23.2, 35.1 y 103.3 de la Constitución no han vedado del todo– de diseñar laboralmente la adscripción de ciertos servidores públicos a las esferas administrativas en que se incardinan”* (sentencias no localizadas en ninguna base de datos, extractos obtenidos en L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empersa*, cit., p. 211). Por su parte, la STCT de 7 de diciembre de 1988 determinó: *“El carácter indefinido de la relación laboral que la actora tenía con el Recaudador demandado, [...] y la asunción a partir de 1 de enero de 1988 de las funciones que desempeñaba aquél por las Delegaciones y Administraciones de Hacienda, no permite en base a lo dispuesto en el art. 44.1 ET, por un simple cambio de titularidad, dar por extinguida aquella relación laboral, debiendo quedar el codemandado Ministerio de Economía y Hacienda subrogado en los derechos y obligaciones laborales, constituyendo al no haberse respetado aquel vínculo laboral por parte de la Administración, con la consiguiente pérdida de su puesto de trabajo por la actora, el despido por el que se acciona”*.

⁴⁴¹ Un comentario en S. PÉREZ ALCARAZ, “Integración de centros sanitarios privados en la red hospitalaria pública y subrogación empresarial [Ref. BIB 1998/1188]”, cit., p. 4/6 y ss. pdf descargado.

⁴⁴² STCT de 6 de septiembre de 1983. En el mismo sentido la STCT de 7 de julio de 1988 en que la transmisión se produce a consecuencia de la normativa específica que atribuye la competencia sobre la vigilancia de la riqueza piscícola de las aguas al Cuerpo de Guardería de Pesca continental del Estado cuyo ingreso se efectúa por oposición.

En el mismo sentido, la STS de 14 de mayo de 1990, sobre la publicación de un colegio privado, determinó que *“no se trata en el presente caso de que los actores pasen a ser funcionarios de plantilla, sino que se les mantenga el contrato de trabajo que habían celebrado con la empresa cedente”*. Más recientemente, la misma idea está latente también en la STS de 21 de mayo de 2014 (rec. 162/13), aunque el supuesto tiene algunas peculiaridades que luego se matizarán.

Y la Sala tercera sigue idéntico planteamiento: la STS (CA) de 5 de octubre de 1989 acuerda que *“el hecho de que la Universidad no acoja a quienes tienen contratos laborales afirmando que no existe contratación de esta clase en las funciones docentes y que, simultáneamente y por virtud de la especial integración que se acuerda entre Colegio y Universidad, el colegio quede sin función docente y por ello no pueda dar tareas efectivas a los contratados laborales es una consecuencia de la peculiar integración producida, pero en ningún caso es fuerza mayor que incida en el vínculo laboral preexistente, ni, como apunta con acierto la sentencia apelada, causa de modificación sustancial de este vínculo transformándolo en contrato administrativo por decirse que no es propio en la función docente un contrato laboral”*. Y también la STS (CA) de 14 de mayo de 1992, rec. 1162/90, aunque también en esta hay matices.

En definitiva, en estos casos parece quedar claro que el carácter administrativo de los puestos de trabajo en la entidad cesionaria no debe ser un obstáculo para la subrogación, por cuanto que no tiene por qué comportar una transformación del vínculo jurídico que puede seguir manteniendo su naturaleza laboral. Dicho con otras palabras, parece evidente que no pueden convertirse automáticamente los trabajadores en funcionarios públicos, como también lo es que la Administración no podrá cesarlos por este motivo si hay una verdadera sucesión de empresa⁴⁴³.

C) Con todo, de inmediato surge la duda de si esta solución puede predicarse para todos los casos. Y es aquí donde pueden hacerse las precisiones antes aludidas en atención a las reglas jurídicas establecidas para determinación de puestos laborales y funcionariales en las AAPP.

a) El marco normativo básico son los artículos 9.2 y 11.2 EBEP. El primero de ellos, referido a los funcionarios de carrera determina que *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*. El segundo, que define y delimita al personal laboral dispone que *“las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este*

Así, afirma que ello no es obstáculo a la subrogación sin que *“la existencia de tal Cuerpo pueda obstaculizar que el Organismo Público pueda acudir a la contratación laboral de particulares para el desempeño de los mismos cometidos que a los funcionarios del Cuerpo expresado se le asignan, bien sea por insuficiencia en el número de personal funcional que lleva a cabo la actividad, bien por cualquier otra causa de necesidad, como de hecho se hace, y es notorio, por todos los órganos públicos de la Administración”* (obtenidas ambas en *Ibid.*, p. 208).

⁴⁴³ J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, cit., p. 452.

Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2”.

Ambos preceptos concluyen una evolución normativa que ha tendido hacia la «laboralización» del empleo público⁴⁴⁴. En este sentido, el EBEP, en un intento de flexibilización que permita a cada Administración opte por un régimen u otro, remite a las Leyes de la Función Pública para que desarrollen normativamente los criterios que delimitarán las funciones que uno y otro tipo de personal pueden desempeñar, aunque estas hayan hecho un uso escaso de esta posibilidad, siendo muy pocas las que han desarrollado el artículo 11.2 EBEP⁴⁴⁵.

En cualquier caso, existe un límite infranqueable cual es la «cláusula de reserva» de funciones a favor del personal funcionario, cuyo origen debe buscarse –una vez más– en la jurisprudencia europea acerca del alcance de la excepción al principio de libertad de circulación de trabajadores en el ámbito público (art. 45 TFUE)⁴⁴⁶. Para el TJUE dicha excepción ha de interpretarse en sentido restrictivo, tal y como suele hacer con la mayoría de excepciones a la aplicación del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, solo unos pocos puestos dentro de la Administración que se corresponden con las funciones de poder público (Policía, Fiscalidad, Poder Judicial, Fuerzas Armadas, etc.) pueden beneficiarse de la reserva funcional. Sin embargo, un sector de nuestra doctrina entiende que el artículo 9.2 EBEP debe interpretarse a la luz de la Constitución y, muy especialmente, de la STC 99/1987, de 11 de junio (FJ 8), que atestigua que la Norma Fundamental muestra una clara preferencia por el régimen funcional⁴⁴⁷.

Este marco normativo debe complementarse con el todavía vigente artículo 15.1.c LMRFP, reformado tras su anulación por la STC 99/1987. El precepto, destinado a la regulación de las RPT, asienta la regla general de que los puestos de trabajo en las AAPP serán desempeñados por funcionarios públicos, pero admite excepcionalmente la ocupación por personal laboral de los siguientes puestos: 1) puestos de naturaleza no permanente y destinados a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; 2) actividades sean propias de oficios, como la vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; 3) puestos de carácter instrumental (mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores); 4) puestos que

⁴⁴⁴ F. RAMOS MORAGUES, “Tipología de empleados públicos”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 92. Con mayor detalle sobre la evolución normativa: J. CANTERO MARTÍNEZ, “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2013, pp. 83-86.

⁴⁴⁵ Con mayor detalle: F. RAMOS MORAGUES, “Tipología de empleados públicos”, cit., pp. 98-99.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 95. O, si se prefiere, una «reserva funcional funcional»: J. CANTERO MARTÍNEZ, “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, cit., p. 88.

⁴⁴⁷ X. BOLTAINA BOSCH, “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos. Especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 13 Extra, 2011, p. 150. Téngase en cuenta que la reserva de funciones es algo ajeno a nuestro modelo de función pública, en el que la regla general siempre ha sido la preferencia estatutaria (J. CANTERO MARTÍNEZ, “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, cit., p. 89).

requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; 5) puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares; 6) funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo; y 7) personal laboral ex artículo 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

Con todo, esta fórmula, que ha sido incluida de modo casi mimético por algunas Leyes de la Función Pública autonómica que han desarrollado el EBEP, no establece una reserva a favor de los empleados públicos laborales, lo que no ha contribuido en exceso a clarificar la situación puesto que cada Administración puede decidir en sus respectivas RPT si estas tareas son ocupadas por funcionarios o laborales⁴⁴⁸. Y es que el precepto no formula criterios o pautas que permitan comprender, sopesar y evaluar dónde debe trazarse la frontera entre ambas categorías de personal, limitándose a reconocer puestos que «pueden» ser ocupados por laborales⁴⁴⁹. Todo lo más, ha propiciado que el Tribunal Supremo haya tomado como referencia las características de algunas de las ocupaciones listadas para tratar de cercar el ámbito aplicativo entre unos y otros puestos (STS (CA) de 9 de julio de 2012, rec. 216/11). A mayor abundamiento, con posterioridad a esta última norma, se han ido aprobando legalmente otros supuestos en los que también se ha admitido el recurso al régimen laboral de personal. Como colorario de todo ello, en la práctica es harto frecuente que una misma actividad pueda ser desempeñada por funcionarios o laborales⁴⁵⁰.

La legislación estatal para las entidades locales sí que proporciona al menos algún criterio que puede orientar en su delimitación⁴⁵¹. El artículo 92.3 LBRL, tras formular idéntica descripción que el artículo 9.2 EBEP, declara que son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad y *“aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”*. Para mayor concreción, el artículo 92.bis.1 LBRP señala entre estas funciones las de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo; el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación; así como las incluidas en el Título X de la Ley para municipios de determinado tamaño, por ejemplo, la tipificación de infracciones y sanciones sobre determinadas materias de su competencia.

b) Con este estado de cosas podemos encontrarnos ante tres tipos de puestos funcionariales en las RPT de las AAPP. En primer lugar, puestos clasificados en las

⁴⁴⁸ F. PRADOS DE REYES, “Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (I)”, *Actualidad laboral*, n.º 1, 1990, p. 193; J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 166; F. RAMOS MORAGUES, “Tipología de empleados públicos”, cit., p. 94.

⁴⁴⁹ J. CANTERO MARTÍNEZ, “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, cit., p. 85.

⁴⁵⁰ F. RAMOS MORAGUES, “Tipología de empleados públicos”, cit., p. 94.

⁴⁵¹ J. CANTERO MARTÍNEZ, “Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?”, cit., p. 85.

correspondientes RPT como funcionariales sin que el contenido del mismo implique la participación de las funciones referidas por el artículo 9.2 EBEP. Y es que si se tiene en cuenta que la regla general es la preferencia por el régimen jurídico estatutario y que la normativa no establece una reserva a favor de puestos laborales (art. 15.1.c LMRFP), cualquier puesto de trabajo en la Administración puede ser de naturaleza administrativa.

En segundo lugar, pueden haber puestos de trabajo funcionariales porque exista una Ley especial que determine que ese debe ser el régimen jurídico aplicable para determinados cuerpos y escalas de empleados públicos. Por citar solo algunos ejemplos, el personal sanitario estatutario porque así lo determina el artículo 1 EM o el personal docente e investigador de las Universidades conforme a los artículos 47 y ss. LOU. De todos modos, en muchos de los casos en los que la Ley determina la naturaleza administrativa, entre ellos, los ejemplos citados, tampoco se ejercen funciones que determinen una reserva a favor del personal estatutario o funcionario tal y como prescribe el artículo 9.2 EBEP, sino que es una decisión del legislador.

Y en tercer lugar, ahora sí, cuando el puesto es de naturaleza funcional porque su contenido implica la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, ya sea porque exista una norma con rango legal que así lo determine de forma expresa, o porque, aun cuando ello no sea así, las funciones se subsumen claramente en las que define el artículo 9.2 EBEP.

c) Pues bien, en caso de que exista una transmisión de empresa y la Administración deba subrogarse en las relaciones laborales y el puesto de destino esté clasificado como funcional, la solución también diferirá dependiendo de cada uno de los supuestos descritos.

i) Si es la propia Administración que revierte el servicio la que tiene la potestad para decidir la clasificación del puesto de trabajo porque la legislación vigente no le obliga a predeterminar un tipo de régimen jurídico concreto, es claro que no puede constituir un obstáculo que la Administración alegue la naturaleza funcional del puesto para obstaculizar la subrogación.

Un ejemplo ilustrativo y reciente es el de la STS de 21 de mayo de 2014, rec. 162/13. En efecto, en este caso la decisión es libre y no se aprecia que las funciones sean equiparables a las referidas por el artículo 9.2 EBEP. El litigio hace referencia a la extinción de la Agencia de Movilidad Valenciana, cuyas funciones administrativas son asumidas y continuadas por la propia Administración de la que depende, a través de la correspondiente Consejería, y las funciones comerciales por otra entidad pública de nueva creación. Así el Tribunal no aprecia causa para que la Agencia extinguida realice despidos colectivos *“con el pretexto de que los que realizan funciones administrativas no pueden ser integrados como personal laboral en la Consellería que va a asumir esas funciones, y respecto a los que realizaban funciones comerciales ni siquiera con ese pretexto”*. La normativa específica de extinción del ente determina la integración de su personal y entre los criterios y procedimientos para su integración no impone que deba hacerse como personal funcionario, sino que es una decisión de la propia Consejería. Tampoco la Ley de la Función Pública Valenciana lo impide: el artículo 17.5 LFPV determina que el personal laboral fijo

no podrá ocupar puestos clasificados para personal funcionario, pero los puestos de la entidad disuelta no están afectados por la reserva de funciones que establece tanto el artículo 9.2 EBEP como su homónimo en la ley autonómica (art. 37 LFPV). Más al contrario, el artículo 38 LFPV determina que *“sólo podrán ser clasificados como puestos de naturaleza laboral aquellos que impliquen el ejercicio de un oficio concreto”*, y la realización de funciones administrativas –entiende el TS para el caso concreto– lo son. Por tanto, obedeciendo al artículo 30 de la misma ley que remite al convenio colectivo para clasificación del personal laboral, deberá clasificarse conforme a las categorías que determine el convenio aplicable (oficiales, auxiliares, etc.). En definitiva, concluye que no hay en el asunto examinado *“impedimento legal alguno para la subrogación y sí el mandato incumplido del artículo 44 del ET”*.

Igualmente, la SSTSJ País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (rec. 1441/15), de 6 de octubre de 2015 (rec. 1732/15), de 13 de octubre de 2015 (rec. 1619/15), de 2 de febrero de 2016 (rec. 2409/15) concluyen *“el Ayuntamiento no puede eludir la sucesión empresarial que existe ex art.44ET esgrimiendo como argumento la vinculación funcional y no laboral, y la superación de las pruebas por los trabajadores que lo fueron de la UTE, cuando la realidad es que ha existido asunción de plantilla en número más que considerable (provocada por los méritos establecidos por el propio Ayuntamiento para acceder a los puestos), y transmisión de los elementos precisos para la ejecución del servicio”*⁴⁵².

ii) Si la plaza está predeterminada legalmente como funcional o estatutaria pero no comporta el ejercicio de facultades de poder público, lo más pacífico y coherente sería que una norma de igual rango legal fijase la correspondiente excepción para que la adscripción a la nueva plaza pudiese realizarse como personal laboral⁴⁵³.

La Ley 21/2017 de la Generalitat Valenciana (citada) por la que se regula la subrogación del personal dependiente de la empresa concesionaria Ribera Salud tras recuperar la gestión pública del Hospital de La Ribera que será desarrolla a través de la Consejería correspondiente. La integración de personal debería realizarse, de acuerdo con lo establecido en el EM del personal estatutario de los servicios de salud, como personal funcionario (art. 1 EM). En cambio, para compatibilizar mejor la norma laboral con las normas de acceso al empleo público, la administración autonómica determina su subrogación como personal laboral. En este sentido, el para salvar la compatibilidad con el régimen profesional que la Ley dispone para este tipo de personal, la DA 8 de la Ley 21/2017 dispone: *“No será obstáculo a lo anterior la calificación de las plazas que pueda ocupar este personal como propias de personal estatutario, pudiendo*

⁴⁵² Confirmadas por, respectivamente, los AATS de 30 de marzo de 2017, rec. 857/16; de 20 de septiembre de 2017, rec. 931/16; de 14 de febrero de 2017, rec. 1373/16. También el Tribunal Supremo aprecia que no se podía *“eludir la sucesión empresarial esgrimiendo la vinculación funcional de aquellos trabajadores cuando aquella vinculación había sido provocada por los méritos establecidos por el propio Ayuntamiento para acceder a los puestos al establecer una preferencia para los trabajadores de la UTE Pasaia”*.

⁴⁵³ L. M. CAMPS RUIZ, *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, cit., p. 216. En el mismo sentido, J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, *“Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”*, cit., p. 105.

desempeñarlas transitoriamente en la condición a extinguir". Se trata de una solución válida en la medida en que viene arbitrada por una disposición con rango legal⁴⁵⁴.

Tampoco se planteó el problema en la integración del personal de las Ikastolas privadas en los centros educativos públicos del País Vasco, al que ya nos hemos referido en sucesivas ocasiones. En este caso, también por disponerlo así la normativa estatal en la materia, el régimen del personal docente natural es el funcionario (DA 9 *Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo*, aplicable en ese momento; actual DA 6 *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*⁴⁵⁵). Con todo, la norma de integración, la DT 2 de la *Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes del País Vasco*⁴⁵⁶, determinó que quedarían sujetos al régimen laboral salvo que, una vez integrados, concurren y superen las pruebas selectivas restringidas habilitadas a tal efecto para que puedan acceder a la condición de funcionario de carrera docente en el cuerpo que corresponda.

Y en el mismo sentido se ha previsto por normativa específica, en el marco de la transferencia de un Hospital desde una Diputación provincial al antiguo INSALUD, el mantenimiento del régimen jurídico de origen, ya fuere funcionario o laboral, sin necesidad de integrarse en el régimen estatutario que correspondía a la entidad gestora⁴⁵⁷.

Y es que la integración directa como funcionario o personal estatutario puede revestir mayores complicaciones jurídicas desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública (art. 23.2 CE) que, como se dijo en su momento, se presenta más rígido para este acceso que para el del personal laboral regido por el artículo 14 CE⁴⁵⁸.

Con todo, en el pasado se han realizado integraciones de personal laboral de entidades privadas en Administraciones públicas a través de normativa administrativa especial, y sin que ello suscitara en su momento conflictos judiciales en torno a la vulneración del derecho fundamental, o a la integración automática como funcionario. No así sobre si la integración diseñada normativamente constituía una sucesión laboral de empresas –las SSTSJ Andalucía, Granada de 9 de septiembre de 1996 y Málaga de 4 de abril (citadas) que concluyen que sí, frente a la STSJ Andalucía, Sevilla, de 13 de octubre de 1998 (citada) que concluye que no–, o sobre el posterior alcance de las condiciones de integración –habida cuenta de la confusión judicial preexistente

⁴⁵⁴ S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, "Reversión de contratas públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017", cit., p. 6/14 pdf descargado.

⁴⁵⁵ Respectivamente: BOE n.º 238 de 04-10-90; BOE n.º 106 de 04-05-06.

⁴⁵⁶ BOPV n.º 38 de 25-02-93; BOE n.º 35 de 10-02-12.

⁴⁵⁷ Entre otras muchas, STSJ Extremadura de 16 de junio de 2000, rec. 164/00. Modelo de integración también avalado por las SSTS (CA) de 19 de febrero de 1999, rec. 8873/92; de 18 de septiembre de 2001, rec. 3459/97 (*RD 1343/1990, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de integración en los Estatutos de Personal de la Seguridad Social del personal fijo que presta servicios en Instituciones Sanitarias Públicas o de la Cruz Roja con Convenio de administración y gestión con el INSALUD*; BOE n.º 267 de 07-11-90).

⁴⁵⁸ Recuérdese que debido a la garantía de predeterminación legal del mismo y al estricto cumplimiento de los principios de mérito y capacidad como único factor que puede fundamentar una diferencia de trato objetiva y razonable entre los aspirantes, sin admitir ninguna motivación más ajena a estos.

sobre si hay o no hay transmisión empresarial⁴⁵⁹-. Me estoy refiriendo al supuesto de integración ordenado mediante el *Decreto 291/1995, de 12 de diciembre, por el que se regula el régimen de integración del personal laboral fijo de los hospitales de Cruz Roja de Algeciras, Almería y Málaga en los regímenes estatutarios de la Seguridad Social*⁴⁶⁰, que cuenta con cobertura legal en la *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, que establece como uno de sus principios inspiradores la integración de los servicios sanitarios de cada Comunidad Autónoma, y en la *Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Servicio Andaluz de Salud*, que llama a la necesidad de integrar todos los recursos sanitarios disponibles en la red pública para proporcionar una mejor asistencia sanitaria. Pues bien, al amparo de estas se adopta el *Acuerdo de 12 de diciembre de 1995, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza al Consejero de Salud a suscribir un Convenio con la Cruz Roja Española, para la integración de los Hospitales de la Cruz Roja de Algeciras (Cádiz), Almería y Málaga, en la Red Hospitalaria Pública de Andalucía*⁴⁶¹, y cuyas estipulaciones tercera y cuarta prevén la subrogación en todos los derechos y obligaciones de los centros en cuestión y la integración del personal en la sanidad pública. De acuerdo con el art. 1 del Decreto 291/1995, el personal laboral fijo de dichos hospitales “se integra en los Regímenes Estatutarios de la Seguridad Social con la categoría profesional básica de homologación para cada trabajador...”. El personal “se integrará en la situación administrativa que le corresponda y su incorporación en la plaza se efectuará en la forma prevista en el Estatuto del Personal que le sea de aplicación”, reconociéndoles el derecho individual, eso sí, de no integrarse y mantener su relación laboral con la anterior empleadora (derecho de oposición que es conforme con la Directiva 2001/23/CE).

En otro orden de cosas, además de esta solución que podríamos calificar como «óptima», algunos autores han propuesto alternativas, así como también la práctica judicial ofrece algunas otras soluciones ya ensayadas. Y es que, no todas las AAPP cuentan con las potestades normativas suficientes para aprobar una norma legal que exceptúe el régimen funcionarial.

En este sentido, algún autor ha apuntado que, una vez consumada la integración, puede recurrirse el ejercicio de los poderes empresariales, en concreto a la movilidad funcional de los trabajadores subrogados para asignarles puestos no reservados a funcionarios públicos, pues en todo caso sería una solución preferible a la extinción del contrato de trabajo, aunque se reconozca que supone una matización a las garantías previstas por el artículo 44 ET⁴⁶². Aunque debe alertarse que si el cambio de puesto de trabajo supone una alteración de las condiciones de trabajos vigentes al tiempo de la transmisión no parece que sea factible acoger esta solución.

⁴⁵⁹ Entre otras muchas: STSJ Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2000, rec. 522/99; SSTSJ Andalucía, Granada, de 2 de mayo de 2001, rec. 1148/00; de 21 de mayo de 2001, rec. 1310/00; SSTSJ (CA) Andalucía, Granada, de 26 de octubre de 2009, rec. 1618/04; de 21 de mayo de 2010, rec. 385/05; de 24 de marzo de 2014, rec. 1389/10.

⁴⁶⁰ BOJA n.º 162 de 20-12-95.

⁴⁶¹ BOJA n.º 162 de 20-12-95.

⁴⁶² J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 340. Apoya esta idea: J. MORENO GENÉ, “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, cit., p. 452.

También se propone que podría reconducirse la gestión directa a una fórmula que permita mantener el régimen laboral⁴⁶³. Entiendo que se hace referencia sobre todo a la integración en una Sociedad mercantil, pues en un organismo público subsistiría el mismo problema si la ley predetermina el régimen funcional. Con todo, si la necesidad de clasificar el puesto como funcionario lo es por la efectiva realización de actividades que participen en el ejercicio de potestades estatales o la salvaguardia del interés general, no sería válida esta solución por cuanto que expresamente esta vetada por el artículo 113 LRJSP, que proscribire la realización de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública –aunque excepcionalmente si que puede atribuirse a estas empresas mediante Ley el ejercicio de potestades administrativas–.

Por su parte la jurisprudencia también ha optado por integrar como indefinido no fijo para ocupar plazas de naturaleza funcional, sin necesidad de norma de cobertura que permita el régimen laboral. En este sentido, las SSTSJ (CA) Asturias de 27 de diciembre de 2019 (rec. 264/19) de 17 de febrero de 2020 (rec. 365/19 y 5/20): “*En la citada plantilla se recogen dentro de la categoría de Funcionarios Públicos las 28 plazas correspondientes a los trabajadores indefinidos no fijos subrogados por efecto de la citada Sentencia del TSJ de Asturias*”. Además, el Tribunal pone de manifiesto en dichas resoluciones que en la práctica se sigue este proceder, aunque en el presente caso no fue el motivo de la impugnación. Si bien, a mi juicio, este supuesto podría haber suscitado algunas reservas adicionales, por cuanto que el servicio recuperado es el de recaudación de tributos locales que, conforme se expone en el apartado siguiente, puede conllevar la participación directa o indirecta en el ejercicio de facultades de poder público.

iii) En efecto, otra solución requiere los casos en que la predeterminación funcional no obedezca a una simple decisión del legislador, sino que debe ser así porque materialmente se ejercen las funciones reservadas a personal administrativo por el artículo 9.2 EBEP.

Como punto de partida la reversión de un servicio que entrañe este tipo de competencias de poder público parece una posibilidad remota, en tanto en cuanto estas funciones solo pueden ser ejercidas por funcionarios. En efecto, como se viene destacando a lo largo de este trabajo, la situación más probable es que el personal laboral de las empresas contratistas se integre como personal laboral tras la reversión del servicio. A esta conclusión sencilla debe llevarnos el hecho de que si el servicio pudo externalizarse o encomendarse a entidades del sector público sometidas al derecho privado, de acuerdo con la legislación sobre contratos públicos y la correspondiente al régimen jurídico del sector público, es porque las funciones desempeñadas no requerían que fuesen ocupadas necesariamente por funcionarios públicos y no debería haber problemas en que el mismo régimen de personal se mantenga en la Administración.

Con todo, como también se puede deducir de algunas ideas que se vienen apuntando en los apartados precedentes, no siempre ello es así. En efecto, la doctrina administrativista viene

⁴⁶³ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 105.

destacando supuestos en los que actividades propias del poder público viene externalizándose, la mayoría de las veces, con la cobertura de una norma legal que lo permite⁴⁶⁴.

Un ejemplo de actividad en la que puede presentarse esta anomalía es el servicio de recaudación municipal que, con frecuencia, se encomienda al sector privado la colaboración y asistencia en la gestión de tributos. Los tribunales sientan como principio general que no resulta imposible cualquier colaboración de empresas privadas con la gestión tributaria. Así, pueden externalizarse tareas de apoyo, ejecución, asistencia técnica u otras que no comporten la producción de actos administrativos (carácter del que participan no solo las resoluciones sino también las propuestas, y otros actos de trámite, cualificados o no cualificados, con o sin trascendencia tributaria). Ahora bien, lo que no puede admitirse es que por medio de la concesión se convierta a las empresas concesionarias en verdaderas oficinas inspectoras o recaudadoras, en las que se realicen tareas que comporten directa y manifiestamente el ejercicio de potestades tributarias como la propuesta de liquidaciones, la realización de actuaciones de comprobación e investigación o la tramitación de expedientes por infracciones incluyendo la propuesta de sanción. Todas estas funciones afectan a los derechos y garantías procedimentales del obligado tributario y por tanto no pueden ser ejercidas por sujetos no integrados orgánica y funcionalmente en la Administración, y no bajo cualquier estatuto profesional, sino necesariamente como funcionarios públicos⁴⁶⁵. No obstante, a la luz de la heterogénea normativa convergente, estatal y autonómica, legal y reglamentaria, se hace necesario un escrutinio pormenorizado de las tareas prestadas por los contratistas para verificar la licitud del objeto de cada contrato⁴⁶⁶. Con este panorama no es raro algunas encomiendas a privados del servicio de recaudación de tributos locales supere los filtros administrativos y judiciales y que sea en el momento de plantear la reversión del servicio cuando se plantee la problemática. Es lo que ocurre en la STSJ Islas Baleares de 3 de febrero de 2017, rec. 7/16 (confirmada por STS de 2 de octubre de 2018, rec. 155/17) en la que el tribunal constata que el objeto inicial de la contrata fue ampliándose hasta el punto de exceder los límites que la LCSP permite. En este supuesto, aunque ello afecta a la apreciación de si se ha transmitido o no una entidad económica, se constata que el contrato público suscrito entre el Ayuntamiento y la empresa permitía a los trabajadores de la empresa concesionaria que prepararan y redactaran las resoluciones que el responsable municipal competente se limitaba a firmar. De hecho, con ocasión del posterior proceso judicial que resuelve la impugnación de los despidos individuales de los mismos trabajadores, se conoce que la forma de gestión directa empleada por el Ayuntamiento fue un Organismo Autónomo local y que todas las funciones desarrolladas antes por la empresa

⁴⁶⁴ J. CANTERO MARTÍNEZ, "La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción", en AA.VV. (Dir. Luis Ortega Álvarez) *Crisis y Externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Madrid, 2011, p. 76 y ss.

⁴⁶⁵ SSTSJ (CA) País Vasco de 19 de enero de 2016, rec. 554/15; 4 de marzo de 2016, rec. 838/15; de 15 de junio de 2016, rec. 305/16.

⁴⁶⁶ STSJ (CA) C. Valenciana de 23 de noviembre de 2011, rec. 760/10.

contratista corresponden ahora a puestos de trabajo ocupados por funcionarios públicos (STSJ Islas Baleares de 1 de junio de 2020, rec. 433/19⁴⁶⁷).

Se planteaba idéntica problemática en ciertos precedentes antiguos conocidos por el Tribunal Supremo sobre supuestos de reversión de los servicios encomendados a Recaudadores de Hacienda y de Zona (entre otras: STS de 3 de octubre de 1998, rec. 5067/97) y Recaudadores de impuestos y exacciones locales (STS de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00). No obstante, en ambos se llegó a la conclusión de que no comportaba una transmisión empresarial (muy cuestionable si se analizan detenidamente los antecedentes de hecho de aquellas sentencias que, a su vez, condicionaron el fallo de muchas otras posteriores)⁴⁶⁸.

No se trata del único sector de actividad en el que puede ocurrir. La doctrina administrativa ha señalado insistentemente cómo ciertas funciones públicas, antes reservadas a la Administración por corresponder al ejercicio de funciones de autorización, inspección o certificación, se atribuyen ahora al sector privado por dos motivos: la imposibilidad de hacer frente a su gestión directa por la complejidad técnica y sus requerimientos de tecnología y conocimiento experto; y el impulso a su externalización por parte del Derecho europeo. Se trata de sectores de actividades como la inspección técnica de vehículos, la seguridad y calidad industrial, la inspección de buques, la verificación medioambiental o la inspección de la edificación, que el propio legislador ha habilitado para su ejercicio mediante fórmulas de colaboración público-privada como la contratación pública, las autorizaciones o los convenios de colaboración. Mecanismos cuestionados por la doctrina por entenderse poco adecuados para transferir funciones que implican el ejercicio de *potestas* (y sin que haya en nuestro ordenamiento jurídico otro instrumento específico como sí que hay en otros)⁴⁶⁹.

Un ejemplo destacable es el de la Inspección Técnica de Vehículos cuya ejecución se realiza en estaciones ITV, de acuerdo con el modelo de gestión que cada comunidad autónoma establezca, pudiendo ser de forma directa, a través de sociedades de economía mixta, o por empresas privadas en régimen de concesión administrativa o autorización⁴⁷⁰. La Sala Tercera del Tribunal Supremo reconoció que *“la inspección técnica de vehículos, en cuanto que es un medio para lograr aquella finalidad [seguridad vial], participa de la naturaleza de función pública y corresponde ejercerla al Estado –en sentido amplio– por razón de su soberanía. No se trata de una actividad de servicio público dirigida a proporcionar prestaciones a los ciudadanos, ya sean asistenciales o económicas, sino de una función pública soberana”*⁴⁷¹. Pues bien, en la actualidad se está planteando la reversión a gran escala de las 25 estaciones ITV, adjudicadas a 7 empresas

⁴⁶⁷ Firme por inadmisión del recurso: ATS de 25 de febrero de 2021, rec. 2197/20.

⁴⁶⁸ También: STS (CA) de 27 de junio de 1997, rec. 5252/90.

⁴⁶⁹ J. CANTERO MARTÍNEZ, “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, cit., p. 84 y ss.

⁴⁷⁰ Art. 14.1 del RD 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos (BOE n.º 271 de 08-11-17).

⁴⁷¹ Cfr. STS (CA) de 13 de octubre de 1997, rec. 5751/93.

concesionarias, que están repartidas por todo el territorio de la Comunidad Valenciana y que culminará en el año 2023 con la integración de más de 1.200 trabajadores en una sociedad de capital público y que es susceptible de ocasionar conflictos judiciales en este sentido⁴⁷².

Pues bien, en este caso la integración se presenta en principio más compleja. Ya se comentó antes que la vulneración de la reserva funcional de puestos de trabajo era sancionada por los tribunales con la nulidad del acto administrativo⁴⁷³. Incluso, alguna Ley de la función pública prevé expresamente esta consecuencia, así el artículo 17.5 LFPV establece que el personal laboral no podrá ocupar puestos reservados a funcionarios y que *“el quebrantamiento de esta prohibición dará lugar a la nulidad del acto correspondiente, con la consiguiente responsabilidad de la persona causante del mismo, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional segunda y transitoria quinta de esta ley”*. Además, se plantea la posible declaración de inconstitucionalidad del acto administrativo o reglamentario o la Ley que diseñara tal integración a la luz de los artículos 23.2 y 103.3 CE (vía recurso de amparo o recurso o cuestión de inconstitucionalidad). Por tanto, a mi juicio, la solución más segura sería el establecimiento de un régimen transitorio de integración hasta que se realice la provisión regular de los puestos de trabajo como personal administrativo, como se desarrollará en el siguiente capítulo.

En fin, debe tenerse en cuenta que nuestro legislador no desconoce que en la práctica hay supuestos en los que el personal laboral viene desempeñando puestos funcionariales y para los que ha previsto ya con anterioridad soluciones que garanticen el tránsito para adquirir la condición de empleado público (por ejemplo, DT 2 EBEP; DT 15 LMRFP; DA 5 EM)⁴⁷⁴.

D) Una última cuestión queda por tratar en relación a este tema, que no es ya la problemática que ocasiona la eventual integración con diferente régimen jurídico desde la perspectiva de las normas públicas, sino desde la óptica del mantenimiento de los derechos de los trabajadores afectados por la sucesión de empresas.

La STS (CA) de 15 de mayo de 1992 (rec. 1162/90) declaró nula la integración del personal laboral fijo proveniente de la extinta Escuela Social de Oviedo al integrarse en la Universidad de la misma ciudad. En dicho supuesto, como en otros respecto a otras Escuelas Sociales que se integraron en sus respectivas Universidades, a causa de la integración de dichos estudios en la educación universitaria en virtud del *RD 1524/1986, de 13 de junio, sobre incorporación a la Universidad de las Enseñanzas de Graduado Social*⁴⁷⁵. Respecto al personal, la DT 1.2 del mismo disponía que *“en el momento de la integración a que se refiere el apartado 1 anterior, el*

⁴⁷² Véase: <https://valenciaplaza.com/la-empresa-publica-itv-asumira-todo-personal-beneficios-39-millones>

⁴⁷³ En este sentido: SSTS (CA) de 19 de junio de 1992, rec. 2124/90; de 9 de julio de 2012, rec. 216/11, de 26 de marzo de 2014, rec. 240/13. Asimismo: STSJ (CA) País Vasco de 1 de junio de 2000, rec. 2226/96; STSJ (CA) Galicia de 2 de julio de 2014, rec. 289/12; STSJ (CA) Andalucía (Sevilla) de 5 de febrero de 2015, rec. 479/14.

Con mayor detalle véase: T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., pp. 57-59.

⁴⁷⁴ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 103.

⁴⁷⁵ BOE n.º 179 de 28-07-86.

profesorado de las actuales escuelas sociales pasará a prestar servicios en la universidad que corresponda en las categorías legales que proceda y se integraran en los correspondientes departamentos universitarios, sin perjuicio, en su caso, del cumplimiento de lo establecido en la normativa sobre incompatibilidades". Al amparo de la misma, se fueron dictando los correspondientes Reales Decretos para cada caso de integración. El RD 1342/1988, de 4 de noviembre, por el que se integran las Escuelas Sociales de León y Oviedo en las Universidades de León y Oviedo, respectivamente⁴⁷⁶ cuyo artículo 2 determinaba que los profesores de las Escuelas se integrarían en la plantilla de la Universidad como Profesores interinos, de conformidad con la normativa vigente, o como Profesores asociados por un período de tres años prorrogables. Toda vez que disponía que la Universidad se subrogaría en los derechos y obligaciones que ostente en la actualidad el Ministerio de Trabajo en los contratos laborales del personal no docente de las respectivas Escuelas Sociales que se integran, aplicándose el Convenio Colectivo vigente en las mencionadas Universidades y respetándose la antigüedad de cada interesado.

Pues bien, respecto al personal docente la Sala 3ª del Tribunal Supremo determinó la nulidad de la disposición que regula cambio de régimen de laboral fijo a funcionario interino, por cuanto que se hace en perjuicio de los trabajadores permitiendo la transformación de un vínculo estable en otro precario. No habla la Sala de sucesión de empresas, puesto que se partía de la premisa que la subrogación venía impuesta por *lex specialis*, pero las integraciones de las Escuelas Sociales dieron lugar a una abundante doctrina judicial en sede social en la que se reconoció ampliamente por los Tribunales Superiores de Justicia la existencia de una transmisión empresarial ex artículo 44 ET cuando el personal acudía a la justicia reclamando el reconocimiento de derechos laborales⁴⁷⁷ por lo que, ya sea con base en la norma específica de subrogación o en la norma laboral general, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas.

Más recientemente, la STS de 5 de octubre de 2017, rec. 1657/16 resuelve un supuesto en el que, como consecuencia de un traspaso de funciones entre departamentos de la Administración regional, se ordena mediante normativa específica la adscripción al Instituto Catalán de Salud del personal estatutario sanitario que prestaba servicios en el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. En cambio, para el personal que, en virtud de ciertas contrataciones irregulares, había sido declarado judicialmente como indefinido no fijo, la normativa determina que las plazas laborales deberán amortizarse e integrarse como personal estatutario. En este contexto, al personal indefinido no fijo se le integra como personal estatutario interino. La propia sentencia aprecia que *"los trabajadores han sufrido una novación contractual, con cambio de empleador y en la naturaleza jurídica del vínculo, pero manteniendo las condiciones de antigüedad, categoría profesional, funciones y retribución que ostentaban con anterioridad y ello se produce como consecuencia de una determinada normativa no cuestionada y habiendo aceptado el*

⁴⁷⁶ BOE n.º 270 de 10-11-88.

⁴⁷⁷ Véase el exhaustivo estudio de J. MORENO GENÉ, "La integración de estudios universitarios sin transmisión de elementos materiales como supuesto de sucesión empresarial y sus efectos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 5 de marzo de 2015)", cit., p. 273 y ss.

nombramiento como personal estatutario". Aunque al igual que en el caso anterior no se cuestiona la naturaleza de la disposición normativa que ordena la integración, porque la pretensión de los trabajadores se reducía a que se reconociera la amortización de su plaza laboral como despido ex artículo 52.c ET con las consecuencias legales previstas.

Así las cosas, si se pretendiese incorporar a los trabajadores como funcionarios interinos dicha integración debería ser necesariamente aceptada por aquellos, pues no parece que pueda admitirse que la transformación del régimen jurídico de laboral fijo a administrativo temporal pueda ser impuesta cuando se produce una verdadera sucesión empresarial⁴⁷⁸. Este criterio está perfectamente alineado con el del TJUE que determina que el objeto de la Directiva es impedir que los trabajadores afectados se encuentren en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión. Sobre el mismo vuelve a incidir en el asunto *Correia Moreira*, considerando que el sometimiento a un proceso de selección público que implica por un lado una novación contractual y por el otro una disminución de salario que supone situar a la trabajadora en una posición menos favorable de la que se encontraba antes del traspaso no es conforme a la Directiva.

⁴⁷⁸ C. L. ALFONSO MELLADO, "La reversión de la gestión pública de servicios públicos: problemas laborales", cit., p. 238. Con cita de las siguientes sentencias sobre la integración del personal de las extinguidas Cámaras de la Propiedad Urbana: SSTSJ (CA) C. Valenciana de 19 de febrero de 1994; proc. 1872/91; de 14 de marzo de 1994, proc. 74/93; de 22 de abril de 1994, proc. 1920/91 (no localizadas).

La integración de los trabajadores como personal dependiente de la Administración: soluciones ensayadas, análisis y propuestas

I. INTRODUCCIÓN: LAS SOLUCIONES ENSAYADAS PARA INTEGRAR A LA PLANTILLA

A) Normalmente, salvo contadas excepciones, las sentencias que declaran la existencia de sucesión de empresa en una reversión de servicios y contratas públicas no determinan la forma de integración del personal. Se trata de una cuestión que se suele desarrollar en la fase de ejecución de la sentencia, ya sea voluntaria o judicial⁴⁷⁹.

En consecuencia, ha sido la doctrina que se ha acercado al estudio de este concreto fenómeno de transmisión de empresa la que ha debatido sobre la conveniencia de distintas formas jurídicas existentes en el ordenamiento laboral para la integración del personal afectado. Algunas, son fórmulas de creación jurisprudencial proporcionadas para otros supuestos y sobre las que se ha considerado que existe una identidad de razones para extender a los casos de reversión de contratas públicas («indefinido no fijo de plantilla»). Otras, son soluciones tradicionales dadas por el legislador para integrar al personal inmerso en una reestructuración del sector público, en las que la naturaleza jurídica de la entidad cedente y cesionaria difieren y, por tanto, la fórmula de acceso al empleo de los trabajadores ha aplicado los principios de mérito y capacidad con distinta intensidad («personal a extinguir»). Más recientemente, se ha especulado sobre la posibilidad de que, a resultas de los más recientes hitos normativos sobre esta materia, el legislador hubiera pretendido crear una nueva figura de empleado público («personal subrogado»). En fin, también se ha hecho referencia a soluciones que no tratan de ponderar los principios enfrentados, sino que priorizan estrictamente uno de los intereses en juego, como la extinción del contrato con la consiguiente «no subrogación» o la subrogación plena como personal fijo. El objeto de este capítulo es valorar las distintas posibilidades.

B) Para ello se partirán de las conclusiones que previamente se han alcanzado en los dos capítulos anteriores que, de forma muy sintética, vienen a decir que ni el derecho constitucional español ni la normativa legal relativa al empleo público pueden suponer un obstáculo a la aplicación del principio de subrogación en las relaciones laborales impuesto por la sucesión de empresas debido a la intervención del derecho comunitario. A mayor abundamiento cuando se han proporcionado elementos jurídicos que permitirían acoger una interpretación conforme del

⁴⁷⁹ Véase SSTSJ (CA) Asturias de 27 de diciembre de 2019, rec. 264/19; de 17 de febrero de 2020 (2), rec. 365/19 y 5/20, que conocen sobre el mismo supuesto de la STS Asturias de 21 de marzo de 2017, proc. 6/17 que declara la existencia la existencia de sucesión empresarial.

derecho del empleo público a la luz de los objetivos finalidades de la Directiva 2001/23/CE, sobre transmisión de empresas.

a) Así pues, la lógica del derecho de aproximación de la Unión Europea otorga a los estados miembros un margen de apreciación suficiente para adaptar las previsiones del derecho comunitario a las singularidades del ordenamiento interno. En este sentido, la finalidad de la Directiva es que la transmisión de la empresa no suponga en sí misma una causa que permita extinguir los contratos de trabajo o alterar las condiciones de trabajo, sin perjuicio de la observancia de otras causas objetivas que sí habiliten dichas modificaciones

b) Desde la perspectiva del canon de constitucionalidad del derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 CE, la subrogación del empresario público en las relaciones laborales de las empresas contratistas, además del juicio de razonabilidad que permite la introducción de diferencias de trato justificadas y objetivas, debe superar también un juicio de proporcionalidad que se desarrolla en el plano de las consecuencias impuestas por la Ley que introduzca la diversidad. En este sentido, las soluciones que se analizarán en el presente capítulo deben guardar una adecuada relación de proporcionalidad con el fin legítimo perseguido (STC n.º 179/2004, de 21 de octubre), esto es, la subrogación y el mantenimiento de las relaciones laborales. Si bien, debe recordarse que no correspondería al Tribunal Constitucional valorar si una eventual solución prevista por el legislador es la más correcta desde un punto de vista técnico o la más deseable valorando un criterio político, sino que se trata de un ámbito en el cual el legislador tiene un amplio margen de libertad derivada de su posición constitucional y democrática para configurar las consecuencias jurídicas imputadas a dicha diferencia de trato, por lo que el control de proporcionalidad se basará en dirimir si su actuación se incluye dentro de su ratio de acción constitucional⁴⁸⁰. Y, en este punto, el análisis de la proporcionalidad es más bien complementario al examen de razonabilidad de la justificación, debiendo operar solo cuándo este último sea insuficiente y además existan «desproporciones claras y manifiestas» en la norma enjuiciada. Otra cosa es que *“pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional”* (STC n.º 38/2007, de 15 de febrero)⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ En este sentido, el Alto Tribunal ha manifestado que *“solo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable [...] a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”* (STC n.º 59/2008, de 14 de mayo).

⁴⁸¹ En este sentido también en el FJ 8 afirma que *“sean cuales fueren las razones de política legislativa que apoyen esta opción de contratación, respecto de las que este Tribunal no tiene porqué pronunciarse, no se aprecia que la misma pueda vulnerar los arts. 9.3, 14, 16.3 o 103.3 CE”*.

II. LA PREVALENCIA DE LA NORMAS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL AFECTADO POR LA TRANSMISIÓN

1. La «no subrogación» en las relaciones laborales

En algún momento, la doctrina judicial ha considerado la posibilidad de inaplicar el artículo 44 ET y las consecuencias subrogatorias que se derivan del mismo para evitar el conflicto con los principios legales y constitucionales de acceso al empleo público, alegando una aplicación de la norma especial frente a la general. En esta relación, la norma especial serían los principios de mérito y capacidad, mientras que la general la sucesión de empresa⁴⁸². Aunque esta solución nunca fue pacífica entre la doctrina que consideró que la solución a la difícil integración entre la norma laboral y administrativa debía alejarse de posturas radicales⁴⁸³.

La negativa de subrogarse en los contratos de trabajo del personal adscrito a la contrata o concesión administrativa constituye un despido tácito imputable a la Administración Pública cesionaria, sin que quepa la extensión solidaria de la responsabilidad a la contratista cedente⁴⁸⁴. A tales efectos el organismo público reversionario se verá constreñido a soportar las consecuencias del despido, sin que quepa recuperar los costes económicos de los despidos ilegales mediante una acción de regreso contra la empresa concesionaria cesada.

A) Con carácter general, la Administración deberá optar entre la readmisión o el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año y hasta un máximo de 24 mensualidades (art. 56.1 ET) o, en caso de que la relación laboral se iniciara con anterioridad al 12-02-12, la indemnización correspondiente al periodo de prestación anterior a dicha fecha se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio, con el tope previsto en la DT 11 ET. En caso de optar por la readmisión, la Administración tendrá que abonar los salarios de tramitación.

a) En algunas sentencias antiguas se llegó a entender que ante el incumplimiento de la obligación de subrogación por una Administración debía limitarse a la condena del abono de la indemnización, habida cuenta de la naturaleza pública de la entidad⁴⁸⁵. Estas sentencias se

⁴⁸² En este sentido, la STS de 17 de abril de 1984 que negaba la aplicación del artículo 44 ante la extinción de una concesión administrativa porque *“otra interpretación podría conducir a que en todos los supuestos de extinción de concesiones administrativas hubieran de integrarse en las plantillas del Estado o de los entes públicos en general, todos los trabajadores de la empresa concesionaria, por cauces no previstos en la ley o incluso contrarios a ella, cuando se exige el concurso o la oposición para el acceso a la función pública”*.

⁴⁸³ T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 288.

⁴⁸⁴ Capítulo séptimo, apartado III.1.2.

⁴⁸⁵ Entre otras, STCT de 7 de diciembre de 1988: *“Habiendo solicitado la actora integrarse en la Administración, a través del concurso anunciado, y no superado éste, la condena a la Administración, por aquel despido, no puede ser a la «readmisión» ya que con esta se concluirían los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a los puestos de trabajo del sector público -art. 103.3 de la Constitución- debiendo quedar limitada la condena a las meras consecuencias económicas previstas en el art. 56 del ET, como tiene razonado esta sala en reiteradas recaídas*

enmarcan en un concreto momento evolutivo de la jurisprudencia sobre las irregularidades de la contratación laboral cometidas por las AAPP –previa al surgimiento de la figura del indefinido no fijo– en las que entendía que la exclusión de la condena a readmitir al trabajador protegía de un lado la situación del trabajador que había sido objeto de una contratación ilícita (mediante el abono de la indemnización) y del otro salvaguardaba los principios de acceso al empleo público (impidiendo la consolidación del empleo)⁴⁸⁶. De esta manera, el Tribunal Supremo afirmaba que *“se consigue armonizar el principio constitucional de acceso al empleo público con observancia de los requisitos de publicidad, mérito y capacidad –art. 103.3 CE– con otros principios igualmente constitucionales, como el de tutela efectiva –art. 24.1 CE–, e igualdad ante la ley –art. 14 CE–, pues a través de aquella (la condena a la readmisión del trabajador) podría el trabajador perpetuarse en puestos del sector público con inobservancia de aquellos principios del art. 103.3 de la CE”*⁴⁸⁷. En la actualidad, algunos pronunciamientos judiciales, siguiendo esta línea, si bien no excluyen la condena de readmisión, «sugieren» acogerse a la entidad condenada a la opción indemnizatoria, ya que la normativa de acceso al empleo público *“solo quedaría vulnerada si, frente a la imposición judicial de subrogación de un contrato previamente extinguido por la adjudicataria cesante la entidad pública decidiera hacer efectiva la opción por la readmisión de los trabajadores. Por el contrario, si decide optar por la indemnización no se produce tal consolidación”*⁴⁸⁸.

b) Debe tenerse en cuenta que si la «no subrogación» afecta a representantes legales o sindicales de los trabajadores serán estos quienes ejerzan la opción, y que de la misma se derivarán en todo caso consecuencias económicas para la Administración, bien por el abono de la indemnización o por el pago de los salarios de tramitación (art. 56.4 ET). Así como que el

en distintos supuestos de despido con condena a la Administración Pública, en las que se hace una interpretación correctora de los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁴⁸⁶ Con mayor detalle, T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, *cit.*, pp. 94-96. Véase la abundante jurisprudencia citada por los autores referida a esta etapa hermenéutica.

⁴⁸⁷ Cfr. STCT de 11 de febrero de 1988. En el mismo sentido, SSTCT 22 de marzo de 1988; 12 de abril de 1988; 10 de mayo de 1988; 19 de julio de 1988, etc.

⁴⁸⁸ Así se arguye en las numerosas sentencias que conocen sobre el proceso de reversión de un centro ecuestre municipal tras quedar desiertos varios concursos en los que se intenta adjudicar a un nuevo concesionario después de que la relación contractual con el anterior quedara resuelta de mutuo acuerdo: SSTSJ Asturias de 13 de marzo de 2018, rec. 3221/17; de 22 de marzo de 2018 (5), rec. 117, 181, 182, 263 y 297/18; de 10 de abril de 2018, rec. 429/18; de 29 de junio de 2018, rec. 360/18. En el mismo sentido sobre la reversión de los servicios de grúa municipal y de estacionamiento con limitación horaria: *“no se puede decir que el fallo recurrido infrinja aquella normativa, pues la opción entre una y otra cosa se atribuye a la corporación municipal condenada, que no del trabajador. Depende, pues, de la voluntad de la corporación local la continuidad en aquellas tareas y desde luego la sentencia no impone de forma incondicionada o automática esa continuidad, sino que somete la misma a una decisión de la corporación local recurrente, que ha de optar entre eso o abonar la indemnización allí fijada. De hecho, al serle notificada la sentencia recurrida, la corporación local ha ejercitado la opción indemnizatoria en forma positiva”* (SSTSJ País Vasco de 5 de junio de 2018, rec. 1042/18; de 16 de junio de 2018, rec. 1168/18; de 3 de julio de 2018, rec. 1264/18; de 17 de julio de 2018 (2), rec. 1386 y 1429/18; de 11 de septiembre de 2018, rec. 1402/18; de 18 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 9 de octubre de 2018, rec. 1780/18; de 23 de octubre de 2018, rec. 1915/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; de 11 de diciembre de 2018, rec. 2260/18). También en la STSJ Galicia de 5 de mayo de 2017, rec. 551/17 señala que la vulneración de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE *“sólo ocurriría si el Concello recurrente procediera a readmitir a la trabajadora, pues caso contrario lo único que tendría que hacer es indemnizarla, impidiendo con ello que se pudiera producir una eventual consolidación, que esta Sala, como ha señalado, niega que nunca se pudiera producir”*.

despido puede ser calificado como nulo, con la obligación de readmisión inmediata más el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido tácito, si se cumplen los supuestos de nulidad objetiva previstos en el artículo 53.4 segundo párrafo ET.

c) Y que si el despido tácito a consecuencia de la negativa de subrogación por la entidad cesionaria alcanza a un número de trabajadores superiores a los umbrales previstos en el artículo 51.1 ET será nulo por no seguir el procedimiento de despido colectivo.

d) Tampoco debe descartarse la posibilidad de que ante un eventual despido colectivo formalizado por la contratista cesante se entienda realizado en Fraude de Ley. Posibilidad que, sin embargo, parece remota habida cuenta de que los órganos judiciales no suelen apreciar el *animus fraudandi* en los supuestos de reversión administrativa⁴⁸⁹.

B) En todo caso, entiendo que se trata de una opción que debe descartarse de pleno en atención a las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva.

a) En primer lugar, porque el abono de la indemnización equivalente al despido improcedente de toda la plantilla constituye la opción más onerosa de entre todas las posibles⁴⁹⁰, lo que no parece casar bien con el uso eficiente y racional de los recursos públicos y con los nuevos principios de estabilidad financiera y sostenibilidad presupuestaria. Igualmente, en los casos en que proceda la readmisión obligatoria, además del coste económico de los salarios de tramitación, se puede incurrir en duplicidades de plantilla si el servicio ya venía prestándose con efectivos de personal propios que, de tener vinculación fija, obligaría a la Administración a acometer despidos objetivos o colectivos, añadiendo igualmente costes indemnizatorios.

b) En segundo lugar, tampoco parece razonable, desde la óptica de los principios de buena administración y el principio de legalidad que el ente público pueda omitir la obligación de subrogación prevista en la normativa laboral cuando la operación de reversión sea constitutiva de una sucesión de empresa. Bien es cierto que *a priori* podría argumentarse la existencia de la misma sujeción a la legalidad respecto de la normativa de acceso de acceso al empleo público, pero según lo que se viene defendiendo, ni se está ante un «acceso», ni las normas que lo regulan tienen una base constitucional para el empleo público laboral. En este sentido, la Administración que debe servir con objetividad al interés general con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, debe acatar el Derecho de la Unión Europea y los derechos laborales reconocidos en la Política Social comunitaria. Sin que, por otro lado, la posición en que quedan los trabajadores deba resultar ajena al ente público por cuanto que también formaría parte del interés general.

⁴⁸⁹ Capítulo séptimo, apartado III.1.3.2.

⁴⁹⁰ T. SALA FRANCO, "Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas", cit., p. 206.

2. Subrogación y despido por parte de la administración cesionaria

El artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE precisa que, si bien la transmisión no puede suponer una causa de despido, “*esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo*”. Facultades extintivas objetivas y motivadas que asisten tanto al cedente como al cesionario. De esta forma, cabría explorar la posibilidad de que tras la subrogación y la integración del personal laboral como indefinido no fijo o como fijo, se active inmediatamente un proceso de despido para cumplir de forma estricta con la normativa de acceso al empleo público⁴⁹¹.

2.1. Despidos individuales o colectivos por causas de empresa

La primera opción imaginable sería recurrir a un despido individual o colectivo, según los casos, fundamentado en causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. Despido que, al ser formalizado por entidades del sector público, deberá estar gobernado por la DA 16 ET, que distinga a efectos de su régimen jurídico según se trate de Administraciones Públicas ex artículo 3.2 LCSP o el resto de entidades del sector público ex artículo 3.1 LCSP.

A) En las entidades del sector público que no tengan condición de AAPP el despido se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) ET, su desarrollo reglamentario y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. De acuerdo con el artículo 34.3 *RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*⁴⁹², la apreciación de la concurrencia de las causas y el procedimiento aplicable al despido colectivo realizado por entidades del sector público empresarial y fundacional sometidas al derecho privado, se realizará en los mismos términos que en cualquier otra empresa. Si bien, por lo que afecta a la documentación exigida de acuerdo con el artículo 3.1 *RD 1483/2012*, deberán relacionar las causas del despido con los principios contenidos en la LOEPSF, con las medidas o mecanismos previstos en ella o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que dicha norma se refiere. Es decir, se regirán por la lógica del derecho privado⁴⁹³, con adaptaciones mínimas⁴⁹⁴, consistentes, básicamente en la matización

⁴⁹¹ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 345.

⁴⁹² BOE n.º 261 de 30-10-12.

⁴⁹³ R. ROQUETA BUJ, *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 117.

⁴⁹⁴ J. L. MONEREO PÉREZ; M. N. MORENO VIDA; M. M. LÓPEZ INSUA, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, cit., p. 53. Sobre el procedimiento, me remito a S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contratos y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas”, en AAVV (Coord. Federico Castillo Blanco) *La reforma del Sector Público*, 2014, p. 239 y ss.

referida a la acreditación de las causas que recuerdan la importancia que tiene, desde la aprobación de la LOEPSF, la necesaria asignación eficiente de los recursos en el sector público⁴⁹⁵.

B) En las entidades del sector público que tengan la condición de AAPP, la DA 16 párrafo segundo ET (así como el art. 35.3 RD 1483/2012) establece una definición específica de las causas económicas, técnicas u organizativas del despido⁴⁹⁶, así como al procedimiento previsto en el capítulo I del título III del citado Real Decreto (arts. 35-48).

a) Respecto a esto último, el RD 1483/2012 “*configura un auténtico procedimiento administrativo de carácter formalizado en sentido técnico-jurídico que culmina en una decisión administrativa objeto de control judicial en el orden jurisdiccional social*”⁴⁹⁷.

b) En cuanto a las causas, se entenderá que concurren causas económicas para el despido realizado por una Administración Pública “*cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes*”. Los resultados negativos de la empresa o las pérdidas actuales o previstas procedentes de la disminución de ventas o ingresos a las que se refiere el artículo 51 ET se traducen aquí en un desequilibrio financiero a los efectos del artículo 135 CE. La insuficiencia presupuestaria, aunque no lo diga el artículo 35.3 RD 1483/2012, ha de ser necesariamente «sobrevenida» y «persistente»⁴⁹⁸. A tal efecto, se presumirá, con carácter *iure et de iure*, que “*la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos*”. Dicha insuficiencia presupuestaria debe relacionarse con la imposibilidad de financiar los servicios públicos correspondientes y a la totalidad de la actividad pública⁴⁹⁹. Se entenderá que la insuficiencia es sobrevenida cuando sea posterior a la aprobación de los presupuestos anuales⁵⁰⁰, o cuando se produce a resultas de la aprobación de un «plan de ajuste económico» por el que se asume el compromiso de rebajar los gastos de personal⁵⁰¹, o se pierde una subvención estatal que con la que se venía financiando desde hace años determinadas funciones y puestos de trabajo⁵⁰².

⁴⁹⁵ A. TODOLÍ SIGNES, “Alternativas a considerar en caso de «exceso» de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, en AA.VV. (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 249.

⁴⁹⁶ C. GALA DURÁN, “Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa”, *Documentación Laboral*, vol. 1, n.º 106, 2016, p. 38 y ss.

⁴⁹⁷ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ Y OTROS, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, cit., p. 53.

⁴⁹⁸ STS (CA) de 19 de mayo de 2015, rec. 836/12. El Tribunal Supremo ha entendido que “*el criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo —como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados—sustituyéndolo por un dato puramente formal*”.

⁴⁹⁹ En este caso, actividad municipal: SSTS de 24 de febrero de 2015, rec. 165/14.

⁵⁰⁰ STSJ Andalucía, Sevilla, de 7 de marzo de 2013, rec. 26/12.

⁵⁰¹ STSJ de Andalucía, Sevilla, de marzo de 2014, rec. 555/13; STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 13 de mayo de 2014, rec. 27/13.

⁵⁰² STS de 15 de abril de 2014, rec. 188/13.

En este sentido, la asunción de la plantilla de la empresa contratista podría suponer una insuficiencia presupuestaria sobrevenida en la medida en que no estaba prevista en el momento de la aprobación del presupuesto público⁵⁰³. Con todo, si bien es cierto que la aprobación de la plantilla de personal puede suponer un desequilibrio presupuestario susceptible de activar la causa económica del despido, no será viable para todo tipo de actividad pública. En efecto, algunos servicios públicos cuya dispensación por parte de la Administración es obligatoria, viene impuesta por ley, y deben prestarse en régimen de continuidad, igualdad y gratuidad, pueden ser por definición económicamente deficitarios, por lo que no parece que puedan verse suprimidos o interrumpidos por un desequilibrio entre gastos e ingresos que justifique los despidos⁵⁰⁴.

Por su parte, se entiende que hay causas técnicas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate”. Y, en fin, hay causas organizativas “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”. Las causas organizativas incluyen supuestos de externalización de funciones y actividades en las que no concurren los presupuestos para aplicar el artículo 44 ET o la subrogación impuesta por convenio colectivo –en cuyo caso no habría extinción contractual sino subrogación–, quedando de este modo vinculadas a las condiciones de prestación de los servicios públicos⁵⁰⁵. Así como, en sentido inverso, cuando se produce un sobredimensionamiento de la plantilla tras integrar al personal de extintas sociedades del sector público por sucesión de empresa⁵⁰⁶.

Un sector doctrinal ha contemplado la posibilidad de realizar, tras la reversión del servicio externalizado, un despido objetivo o colectivo basado en causas organizativas alegando la necesaria superación del procedimiento selectivo para poder acceder a la condición de empleado público fijo. Sin embargo, se reconoce su dudosa trayectoria judicial en la medida en que supone obviar el mandato de la Directiva comunitaria y los fines laborales con ella tutelados, aunque no en el momento mismo de la transmisión sí en un momento posterior⁵⁰⁷.

También se ha acudido a la idea de que dicha causa organizativa pueda justificarse por el sobredimensionamiento de la plantilla que provocaría la propia reversión del servicio⁵⁰⁸. En este

Con mayor detalle sobre el alcance de la insuficiencia presupuestaria: C. GALA DURÁN, “Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa”, cit., pp. 41-47.

⁵⁰³ A. TODOLÍ SIGNES, “Alternativas a considerar en caso de «exceso» de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, cit., p. 250.

⁵⁰⁴ J. CRUZ VILLALÓN, “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, n.º 49, 2010, p. 21 y ss.

⁵⁰⁵ J. L. MONEREO PÉREZ Y OTROS, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, cit., p. 56.

⁵⁰⁶ R. ROQUETA BUJ, *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*, cit., p. 116 y ss.

⁵⁰⁷ T. SALA FRANCO, “Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas”, cit., p. 206.

⁵⁰⁸ A. TODOLÍ SIGNES, “Alternativas a considerar en caso de «exceso» de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, cit., p. 251.

sentido, hay precedentes en supuestos de reorganización del sector público en los que se ha aceptado la causa organizativa cuando *“las labores realizadas por los trabajadores despedidos pasan a ser realizadas por el personal ya existente en la Corporación local demandada como consecuencia de la reestructuración llevada a cabo”*⁵⁰⁹. Ahora bien, para que concurra la causa organizativa del despido será necesario que realmente se produzca dicho sobredimensionamiento, porque de lo contrario podría significar que la extinción de los contratos obedece a la razón de impedir la aplicación de los efectos de la sucesión de empresas⁵¹⁰. En tal caso, no podrá entenderse que la decisión extintiva responde a la necesidad de garantizar la eficiencia y eficacia administrativas, por lo que el despido colectivo deberá considerarse ilícito⁵¹¹. Con todo, debe tenerse en cuenta que difícilmente la Administración contará con la plantilla suficiente para prestar la actividad reasumida, a menos que se hubiese producido una incorporación de efectivos de forma previa a la transmisión de empresa. En este supuesto, un despido del total de la plantilla subrogada podría no respetar la debida racionalidad de la medida extintiva, por cuanto que no habría existido causa para despedir si no se hubiesen realizado antes esas contrataciones. Dicho con otras palabras, si bien puede parecer razonable que la Administración, tras la asunción del servicio, reorganice su planta orgánica y ello permita inferir que se amorticen algunos puestos de trabajo, no parece admisible que despidiera a todos los trabajadores subrogados por haber contratado a nuevos efectivos de personal para prestar el servicio. En ese caso, el sobredimensionamiento sería artificioso y descausalizará el despido que se considerará realizado por la mera transmisión.

Como puede apreciarse una de las principales diferencias respecto al despido colectivo realizado en el sector privado es la desaparición de la causa productiva atendiendo a dos razones fundamentales: de un lado, que la DA 16 ET no las nombra; y del otro, que una aplicación supletoria del art. 51.1 ET es inviable para una Administración porque se refiere a *“cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado”*⁵¹².

c) De acuerdo con el párrafo tercero de la DA 16 ET y el artículo 41.1 RD 1483/2012 *“tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior”*. Evidentemente, esta previsión tiene importantes implicaciones en

⁵⁰⁹ STS de 2 de diciembre de 2014, rec. 29/14. También se ha admitido cuando las funciones que realizaban los trabajadores dejan de ser una «finalidad asumible» para la Administración (STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2013, rec. 11/12). En todo caso debe recordarse que la falta de continuidad del servicio impediría la apreciación de la transmisión de empresa.

⁵¹⁰ A. TODOLÍ SIGNES, “Alternativas a considerar en caso de «exceso» de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, cit., p. 252.

⁵¹¹ C. GALA DURÁN, “Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa”, cit., p. 59.

⁵¹² S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, cit., p. 28/49 pdf descargado.

En el mismo sentido, se argumenta su desaparición en la menor orientación al mercado que tienen respecto a las empresas privadas (A. TODOLÍ SIGNES, “Alternativas a considerar en caso de «exceso» de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, cit., p. 249.).

los casos que ahora se analizan, por cuanto que el personal subrogado no ha superado un procedimiento selectivo de acceso basado en el mérito y capacidad con independencia del régimen jurídico con el que se le integre⁵¹³. La regla de prioridad en la selección de los trabajadores afectados por el despido encuentra su justificación en el especial régimen de acceso al empleo público, siendo lógico que la garantía de estabilidad en el empleo que asiste al empleado público se vea más reforzada para quienes han superado el procedimiento legalmente previsto para la selección que para aquellos otros que no lo han hecho, o lo han hecho con un mayor régimen de flexibilidad atendiendo a la naturaleza temporal del puesto ocupado. A la postre provoca que sean los trabajadores temporales, incluidos interinos, y los indefinidos no fijos de plantilla los que mayoritariamente se verán afectados⁵¹⁴. Ahora bien, cabría formular las siguientes precisiones:

i) No parece que el criterio selectivo formulado conculque el derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 CE, por cuanto que no se trata de la introducción de una diferencia de trato discrecional o arbitraria. Si bien con anterioridad habíamos expresado que no puede considerarse en una situación comparable a aquellos ciudadanos que tienen una expectativa de acceso al empleo público a la de aquellos otros que además son trabajadores acreedores de un derecho subjetivo al mantenimiento del empleo por subrogación, en este caso tampoco están en una situación comparable –al menos en cuanto a la estabilidad en el empleo– aquellos que han superado un procedimiento reglado de acceso que quienes no lo hayan hecho. En ese sentido, respecto a la posible diferencia de trato peyorativa del personal indefinido no fijo el TS afirma que para que se produzca una situación de desigualdad prohibida es necesario, como punto de partida, comparar situaciones «sustancialmente iguales»⁵¹⁵.

ii) Más dudas podría presentar a la luz de la Directiva 2001/23/CE el hecho de que todos los trabajadores despedidos fueran aquellos que han sido subrogados, en la medida en que sería poco discutible que los trabajadores se encuentran en una situación más desfavorable como consecuencia de la transmisión de empresa.

⁵¹³ En este sentido, A. TODOLÍ SIGNES, “Alternativas a considerar en caso de «exceso» de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, cit., p. 253.

⁵¹⁴ C. GALA DURÁN, “Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa”, cit., p. 51.

⁵¹⁵ Así entiende que “esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concorra entre los que la jurisprudencia ha venido en considerar «trabajadores indefinidos no fijos» y los «trabajadores fijos», y no existe tal igualdad porque los primeros son trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública como es que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad —art. 103.3 CE— de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dicho que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad”. Cfr. STS de 23 de mayo de 2014, rec. 179/13. Más recientemente, STSJ Madrid de 14 de septiembre de 2020, rec. 93/20.

iii) También se ha puesto de manifiesto que la selección de los trabajadores afectados por el despido atendiendo a criterios exclusivamente técnicos como los resultados alcanzados en los sistemas de provisión de puestos de trabajo o la evaluación del desempeño podría conducir a una selección más objetiva, al menos, desde el punto de vista del mérito y la capacidad⁵¹⁶. Incluso, desde del punto de vista de la eficiencia del gasto público en relación al abono de indemnizaciones, pudiera ser que el personal procedente de las empresas contratistas tuviera derecho a un importe indemnizatorio mayor, principalmente, por el mantenimiento de su antigüedad.

Pues bien, en este sentido podría cuestionarse el mentado criterio de prioridad de permanencia. Debe tenerse en cuenta que su aplicación es potestativa para el órgano administrativo que va a realizar el despido debiéndose hacer referencia a su recurso en la comunicación de apertura del período de consultas (art. 38.b RD 1483/2012). Se trata, en realidad, de una habilitación para que en función de los principios de mérito y capacidad y de eficacia y eficiencia administrativa se adopte la solución más conveniente desde el punto de vista del interés general⁵¹⁷. Por tanto, en caso de ejercerse tal prioridad deberá realizarse con base en unos criterios de carácter objetivo, sin que pueda decidirse sin más la preferencia por el personal fijo⁵¹⁸.

2.2. Despido por fuerza mayor basado en el *factum principis*

A) Alguna sentencia reciente del orden contencioso administrativo ha defendido que la única opción posible para aplicar las consecuencias de la subrogación y compatibilizarla con las garantías que presiden el acceso al empleo público es aplicar una extinción del contrato que, a mi juicio, se aproxima a la figura del despido por fuerza mayor (STSJ (CA) Andalucía, Granada, de 23 de enero de 2018, rec. 600/16)⁵¹⁹. El TSJ afirma que la subrogación en sí misma no es contraria a los principios de acceso al empleo público, sino únicamente es contraria la integración como empleado público en el sentido del EBEP, así introduce unas consideraciones interesantes, aunque defiende un extraño encaje entre la norma laboral y la administrativa. Se parte de la base de que el orden social de la jurisdicción ya se ha pronunciado sobre el mismo supuesto de reversión del servicio de recogida de residuos declarando la existencia de transmisión de empresa⁵²⁰, por lo que se dilucidan aquí las consecuencias de la subrogación y la integración.

Así pues, como premisa considera que no puede integrarse al personal como empleado fijo, pues el acceso a esta condición sin superar el procedimiento legal de selección es una consecuencia que excede de la sucesión de empresa puesto que supondría desconocer la

⁵¹⁶ R. ROQUETA BUJ, *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*, cit., p. 152.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 154.

⁵¹⁸ C. GALA DURÁN, "Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa", cit., p. 53.

⁵¹⁹ Basándose en precedentes: SSTSJ (CA) Andalucía (Granada) de 17 de marzo de 2014, rec. 96/10; de 10 de marzo de 2014, rec. 938/10; de 16 de diciembre de 2013, rec. 1672/09; de 18 de noviembre de 2013, rec. 1409/09; de 4 de noviembre de 2013 (2), rec. 1503 y 3146/09; de 28 de octubre de 2013, rec. 1407/09.

⁵²⁰ SSTSJ Andalucía, Granada, de 2 de julio de 2015, rec. 1019/15; de 13 de mayo de 2015, rec. 498/15.

existencia del derecho administrativo y las especialidades en la contratación laboral por las AAPP. Debe buscarse, por tanto, una forma de conciliar ambas normas. Pero vayamos por partes, porque la argumentación empleada por la Sala del TSJ no es en absoluto fácil de seguir.

a) En primer lugar, descarta que esta forma de integración pueda ser la del «personal subrogado» entendiéndolo por tal a aquel que se incorpora en la organización pública pero sometido al ET y a las normas colectivas de aplicación. Entiende que la fórmula de conciliar ambas normas enfrentadas no puede conllevar la creación de una *“categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art 44 ET [...] Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico”*. Así las cosas, *“la integración del personal laboral procedente de las entidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido al Estatuto Básico del Empleado Público”*.

Aunque lo cierto es que provoca cierta perplejidad cuando en el párrafo inmediatamente siguiente afirma que el acceso a la condición de empleado público sin superación de proceso selectivo por razón de la subrogación no es conforme a derecho, por lo que *“no resulta posible por razón de la subrogación indicada la atribución directa de la condición de empleado público”*.

b) En consecuencia, en segundo lugar expone lo que, a su juicio, sería la solución: *“Debe conciliarse de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público de otro, de tal manera que partiendo de la subrogación expuesta se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Administración, pues la Administración desde luego no puede desentenderse sin más de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata”*.

Lo cierto es que aunque en el largo párrafo citado pueden aparecer algunos elementos que distorsionen su configuración, podría parecer que se refiere a la integración del personal como indefinido no fijo de plantilla⁵²¹. Pero como decía, algunas ideas apuntadas no casan bien con este: la extinción por causa sobrevenida –que recuerda más a la fuerza mayor que al despido por causas objetivas–, la no conversión en empleado público –el indefinido no fijo claramente lo es– o la imposibilidad de mantener la relación laboral –obviamente, si se integra, claramente se mantiene, al menos, hasta la cobertura de la plaza–. A mi juicio, lo que parece deducirse es que esos empleados a los que se refiere no se integren nunca sino han superado antes las correspondientes

⁵²¹ Así lo entienden M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 89-90.

pruebas de aptitud. Aunque, por otro lado, teniendo en cuenta que para el personal laboral al servicio de una Administración puede acudir sin problema al simple concurso de méritos, no parece que suponga un problema de gran envergadura⁵²².

c) Esta confusa argumentación parece que se aclara con posterioridad, por cuanto que la fundamentación de la sentencia no acaba aquí. A continuación, dedica el largo FJ 9 para descartar que el «indefinido no fijo» sirva para resolver el caso, pues si bien acepta su uso en supuestos de fraude en la contratación, lo descarta para los casos de subrogación por cambio en la forma de gestión de los servicios públicos distinguiendo, entre unos y otros supuestos, en atención a la finalidad por la que se creó esta figura: *“Sin embargo, no es éste el caso que nos ocupa, pues no se enjuicia un supuesto en el que concurren múltiples contratos en fraude de ley con carácter temporal para cubrir una necesidad permanente, sino la extinción del contrato que vinculaba al Ayuntamiento de Úbeda con una sociedad de economía mixta (de la que participaba en un 10%) y, por tanto, el cambio de la modalidad de gestión del servicio público, que pasa de una gestión indirecta a directa, al ser recuperada por el Ayuntamiento; y por corresponder su ejercicio a los órganos propios de la Corporación local, tras haber asumido la misma, los empleados públicos que la desempeñen deben acceder conforme a alguna de las modalidades legalmente previstas – art. 91.2 del LBRL– lo que no concurren en el supuesto objeto de estudio.*

Así pues, tras repasar en la doctrina judicial los supuestos en los que sí cabe la declaración del personal indefinido no fijo asume que *“puede acudir a dicho recurso o a cualquier otro porque, como hemos visto, lo que la jurisprudencia del TJUE dice es que las consecuencias de incumplir lo que dice la Directiva han de determinarse con arreglo al derecho interno y que la respuesta que se dé ha de ser lo suficientemente disuasoria (para evitar la reiteración) y proporcionada a la infracción cometida”*. Pero es claro que en este párrafo no se refiere al a Directiva 2001/23/CE sino a la Directiva 1999/70/CE y a las medidas disuasorias contenidas en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. De este modo descarta, tal y como alegan los promotores del recurso –la Abogacía del Estado y la Junta de Andalucía– que la figura del indefinido no fijo no exista en el marco de la función pública, pues es obvio que sí. Sin embargo, vuelve a insistir, en que *“no nos encontramos ante un fraude de ley en la contratación por parte de la Administración pública derivada de un uso abusivo e irregular en la contratación temporal, sino ante un cambio de la modalidad de gestión -de indirecta a directa- de un servicio público, una vez extinguido el vínculo contractual”*. Dicho con otras palabras, vuelve a crear distancia entre ambos supuestos.

B) A mi juicio, a la solución que propone es en realidad la extinción contractual por imposibilidad sobrevenida con los efectos indemnizatorios que lleva aparejada la figura del indefinido no fijo –que son los mismos que en el despido por fuerza mayor–, pero sin que en ningún momento el personal procedente de la sociedad de economía mixta y contratado bajo el paraguas de la libertad de contratación, llegue a integrarse en el organismo público cesionario. Esto es, no mantendrá el empleo a no ser que previamente supere las pruebas selectivas. Esta es la diferencia

⁵²² Véase capítulo noveno, apartado I.2.1.

que marca frente al indefinido no fijo que sí que se integra con tal condición, sin perjuicio de que con posterioridad se convoque la cobertura reglamentaria de la plaza.

Por tanto, a lo que se refiere es a la solución adoptada por el Tribunal Supremo para los supuestos en los que se anula el procedimiento de selección de empleados públicos y se recurre a la extinción por fuerza mayor por acto de autoridad o *factum principis*⁵²³. Solución que, como se vio en su momento, fue fuertemente criticada por la doctrina que defiende que la nulidad del contrato con los efectos del artículo 9.2 ET por cuanto que constituye una opción de ineficacia contractual más ajustada tanto desde el punto de vista de la tutela del trabajador como de la lógica del contrato, en la medida en que el consentimiento prestado en el mismo lo fue al amparo de un acto administrativo posteriormente anulado. Como también dije antes, dicha nulidad, en cambio, no encaja bien con el supuesto de la subrogación, habida cuenta de que no se produce una nueva contratación ni hay un consentimiento que pueda considerarse viciado o inexistente, sino que se trata de una subrogación *ex lege*⁵²⁴. Sin embargo, de seguirse la hipótesis de la extinción del contrato tras la reversión del servicio, la fuerza mayor por acto de autoridad pública podría constituir, a mi parecer, una vía extintiva válida para los supuestos en que se pretende aplicar⁵²⁵.

En fin, para confirmar que es a esto a lo que se refiere la Sala 3ª del TSJ andaluz, cabe añadir un argumento adicional que, aunque carece de validez alguna, los órganos contencioso-administrativos recurren con frecuencia a él para negar la subrogación: la eficacia de la negativa del pliego de condiciones a extender responsabilidad alguna al ente adjudicador. En este sentido, el citado pliego afirma que no vinculará a la Administración respecto de las relaciones laborales concertadas por la sociedad de economía mixta a la que se adjudica el servicio, más allá de los trabajadores que en su día eran públicos y fueron externalizados. Así pues, entiende que una vez garantizada la continuidad en la empresa de estos, la sociedad podrá contratar al personal que estime necesario, quedará al albur de su exclusiva responsabilidad y librando al Ayuntamiento de cualquier obligación o reclamación. Más concretamente, se afirma que finalizado o rescindido el contrato público, el personal externalizado podrá reingresar en la plantilla, pero no así el resto de personal contratado por la Sociedad. No cabe hacer, en tanto que es innecesario y redundante, mayores apreciaciones sobre la aseveración de que “ninguna norma ampara el acceso a la ocupación laboral al servicio del Ayuntamiento” del resto de trabajadores contratados por la

⁵²³ Véase Capítulo noveno, apartado I.3.2.3.

⁵²⁴ En sentido contrario, sí que la considera una alternativa T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., p. 287. También MAURI MAJÓS la señala como una posible solución al conflicto entre sectores del ordenamiento jurídico constitutiva de una “*primacía absoluta del principio de igualdad y mérito en el acceso a los empleos de la Administración*”. Sin embargo, aunque expresamente no la rechaza, se desprende que apuesta por otra solución de las tres apuntadas. Ver: J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 108.

⁵²⁵ También defendió hace tiempo esta solución: J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, cit., p. 345.

empresa mixta. Por tanto, una vez más, anula el acuerdo plenario adoptado sobre el cambio de forma de gestión basándose en el incumplimiento del proceso de selección ex artículo 55 EBEP⁵²⁶.

En síntesis, como ya he dicho y reconociendo la validez de la argumentación de la sala -únicamente en lo que se refiere a la solución extintiva propuesta-, entiendo que el TJUE no se opone a una extinción contractual tras la subrogación, siempre que se compense al trabajador y las consecuencias se imputen a la Administración reversora. En el apartado siguiente se profundiza aun más sobre esta idea.

2.3. La posible regulación de una causa objetiva basada en las exigencias legales de acceso al empleo público con base al mérito y la capacidad

En fin, se podría explorar la posibilidad de que el derecho nacional diseñase una causa autónoma y objetiva de extinción del contrato de trabajo para estos supuestos en los que, en atención a los condicionamientos existentes en el acceso al empleo público, el legislador considerase imposible el mantenimiento de la relación laboral.

En este sentido, el TJUE ha manifestado, hasta en dos ocasiones, que la Directiva sobre transmisión de empresas “*no impide que, en caso de transmisión de una actividad a una persona jurídica de Derecho público, se aplique una normativa nacional que imponga la resolución de contratos de trabajo de Derecho privado. Sin embargo, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 77/187, tal resolución constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en perjuicio del trabajador, que se deriva directamente de la transmisión, de modo que, en este supuesto, la resolución de dichos contratos de trabajo debe considerarse imputable al empresario*”⁵²⁷. Así se determinó, primero en la STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur* (asunto C-175/99 ap. 56) y luego en la STJUE de 11 de noviembre de 2004, *Delahaye* (asunto C-425/02, ap. 32), ambas sobre una transmisión de una entidad económica desde una asociación de derecho privado sin ánimo de lucro a una Administración Pública. En ambas, también, la respuesta del tribunal de Luxemburgo se vio influenciada por las conclusiones del Abogado General, el mismo en los dos asuntos (Sr. Philippe Léger).

En este orden de cosas, no parece que suponga un obstáculo a la aplicación de la Directiva que el legislador estatal prevea un supuesto de extinción del contrato de trabajo siempre y cuando, otorgue el derecho a percibir por los trabajadores idénticas indemnizaciones que las previstas en el derecho nacional para supuestos equiparables y sean soportadas en todo caso por la Administración cesionaria. Y es que, es claro que las exigencias legales de superar un proceso selectivo de acceso al empleo público pueden constituir una razón objetiva que permitiría justificar la extinción, sin que en este caso sea el traspaso «en sí mismo» el motivo del despido. Así como tampoco impide la Directiva el nuevo empresario adopte modificaciones sustanciales de trabajo

⁵²⁶ Véase capítulo noveno, apartado I.3.2.2.

⁵²⁷ STJUE de 11 de noviembre de 2004, *Delahaye*, asunto C-425/02, ap. 32.

que conduzcan a una resolución del contrato a instancias del trabajador, siempre y cuando la misma se considere imputable al empresario cesionario (arts. 4.1 y 4.2 Directiva 2001/23/CE).

Lo que no puede hacer un Estado miembro es excluir una concreta operación de transmisión de empresa –en este caso, la reversión de contratos públicas– mediante sus legislaciones nacionales, habida cuenta de que son supuestos necesariamente comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria. Sin embargo, una vez perfeccionado el traspaso, cabría plantear la hipótesis de que el derecho nacional prevea un supuesto de extinción con las mismas garantías procedimentales, indemnizatorias y judiciales que para cualquier despido objetivo o colectivo de acuerdo con la legislación laboral. Ante estos supuestos, es importante remarcarlo, en la medida en que no queda excluida la existencia de transmisión y de que se trata un despido producido con posterioridad al traspaso, las consecuencias son imputables en exclusiva a la empresa cesionaria, esto es, la Administración que adopta la decisión de asumir la gestión directa.

2.4. El análisis de oportunidad y conveniencia de la medida extintiva

Como punto de partida debe quedar claro que las fórmulas extintivas analizadas son meras hipótesis, bien propuestas por un sector de la doctrina o bien que pueden atisbarse a raíz de algún pronunciamiento judicial, pero en absoluto constituyen una vía segura exenta de riesgo. Por tanto, no excluye que un posterior pronunciamiento judicial –por parte de los tribunales nacionales– o prejudicial –por parte del TJUE– declare la ilegalidad del despido por entender que su causa es simple y llanamente la transmisión de la empresa, en cuyo caso se impondrían las consecuencias del despido improcedente o nulo, según el caso.

Con todo, a mi parecer, se trata de una fórmula que, al menos en teoría, bien podría compatibilizar los intereses en juego: de un lado no impide la transmisión de la empresa y la subrogación de la plantilla; y de otro, tampoco es un obstáculo para que la Administración empleadora, en el ejercicio de las facultades empresariales que le asisten, adopte posteriores medidas extintivas para preservar la especial configuración del empleo público. En este sentido, los trabajadores se encontrarán con la misma protección jurídica frente al despido injustificado que en cualquier otra empresa privada o, incluso, que el personal laboral al servicio de las administraciones públicas. Sin embargo, la solución que consiste en ordenar legalmente una nueva causa objetiva de despido aplicada a estos concretos supuestos parece la más segura a efectos de su aplicación por parte de los tribunales nacionales, y así evitar las indeseables consecuencias de una eventual declaración de improcedencia de la medida extintiva.

Ahora bien, la extinción de los contratos de trabajo comportará ineludiblemente un coste económico para la Administración reversora, que deberá abonar una indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades (art. 53.1.b ET). En este sentido, por de pronto, cabría plantear si la existencia de este coste, perfectamente previsible, puede condicionar la decisión del cambio de gestión habida cuenta de sus repercusiones económicas y presupuestarias. Y es que puede suponer un freno a la adopción del acuerdo público de asunción directa del servicio por cuanto

que probablemente ya no constituya la fórmula más eficiente y sostenible en términos de rentabilidad económica y recuperación de la inversión tal y como impone el artículo 85.2 LBRL si de entrada tienen que abonarse importantes sumas económicas. Este límite, actualizado por el pago de las indemnizaciones, puede impedir la adopción de la forma de gestión del servicio que resulte más conveniente desde el punto de vista del interés general. Así, el artículo 4.2 LOEPSF define la sostenibilidad como *“la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de la deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea”*. En consecuencia, la doctrina administrativa entiende que el citado artículo 85.2 LBRL *“vincula al ente local a tener que buscar la fórmula no solo más eficiente sino también la más sostenible, es decir, aquella que responda a los objetivos económicos de no incremento de la deuda y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado”*⁵²⁸.

Por otro lado, esta solución exigirá una medida complementaria para garantizar el mantenimiento y continuidad del servicio, en los casos en que sea necesario, que requerirá la provisión de nuevos efectivos de personal para que el servicio no se vea interrumpido⁵²⁹. Medida que, de nuevo, es susceptible de crear algunos problemas prácticos derivados de las rigideces del sistema de provisión de recursos humanos propio del empleo público a la hora de adaptar el volumen de empleo a los nuevos requerimientos de personal tras la reversión, pudiendo dilatar en exceso la disponibilidad de dicho personal⁵³⁰, o de los límites al incremento de plantillas o tasa de reposición derivado de las Leyes de Presupuestos cuando se pretenda la cobertura definitiva de las nuevas plazas necesarias para la dispensación del servicio.

Hay quienes han defendido que, en lugar de aplicar la problemática figura del indefinido no fijo que se analiza a continuación –además de prevista para supuestos de fraude–, podría ser más conveniente aplicar una figura ya existente en el ordenamiento jurídico como el interino por vacante, que se asimila bastante la primera mencionada⁵³¹. Aunque no comparto esta solución de forma autónoma porque, en línea con lo que más adelante se expondrá, supone un claro ejemplo de transformación de una relación laboral indefinida en temporal contraria a la Directiva 2001/23/CE –y además con menos garantías en cuanto al régimen extintivo–, no veo por qué no puede ser una medida complementaria al despido y liquidación previos, de acuerdo con los

⁵²⁸ J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, cit., p. 58. Con mayor detalle, véase J. ESTEVE PARDO, “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, cit., p. 331 y ss. E. GAMERO CASADO, “Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales”, cit., p. 16/26 y ss. pdf descargado. M. LEÓN ACOSTA, “El procedimiento de remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LBRL”, cit., p. 89 y ss.

⁵²⁹ T. SALA FRANCO, “Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas”, cit., p. 206.

⁵³⁰ J. CANTERO MARTÍNEZ, “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, cit., p. 70.

⁵³¹ F. A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, “El contrato de trabajo y la finalización de las contrataciones: el caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas”, cit., p. 104. Esta medida ya había sido defendida con anterioridad por un sector doctrinal.

requisitos establecidos por la norma comunitaria. Sin embargo, hay que reconocer que esta figura ya había sido propuesta con anterioridad por un sector de la doctrina muy autorizado⁵³², alegando además que no habría inconveniente para consolidar la plaza mediante la convocatoria de un proceso selectivo de consolidación en el que se considere el mérito derivado de la experiencia⁵³³.

III. INTEGRACIÓN COMO PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS AAPP DE CARÁCTER INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA

Una de las fórmulas de integración que mayor acogimiento ha tenido entre la doctrina científica es la figura del trabajador «indefinido no fijo de plantilla», figura de creación jurisprudencial en el ámbito de la contratación temporal ilícita realizada por las AAPP, en cuya virtud los trabajadores afectados se consideran contratados indefinidamente sin que ello equivalga a la adquisición de fijeza en la plantilla del ente público, sino que la vigencia de su relación laboral se extiende hasta que la plaza ocupada sea cubierta reglamentariamente o se amortice⁵³⁴.

También la doctrina judicial, entre las escasas sentencias que se pronuncian sobre la integración de los trabajadores de las empresas contratistas, suele apostar por esta solución, en el bien entendido de que cuando dichas relaciones ya tenían carácter indefinido antes del traspaso, la incorporación a la entidad pública cesionaria como indefinido no fijo es respetuosa con los

⁵³² S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”, cit., p. 327.

⁵³³ J. MORENO GENÉ, *Los grupos de empresas públicas. Identificación del empresario responsable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 71.

⁵³⁴ Entre otros, T. GÓMEZ ÁLVAREZ, *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, cit., pp. 292-294. R. SERRANO OLIVARES, “A vueltas con la delimitación del supuesto de hecho de la transmisión de empresa. Comentario a la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (Güney- Görres), asuntos acumulados C-232/04 y 233/04”, cit., p. 7/8 pdf descargado. Más recientemente en R. SERRANO OLIVARES, “Internalización de servicios y adaptación de las condiciones de trabajo del personal subrogado”, en AA.VV. (Dir. Joan Mauri i Majós) *Seminari sobre relacions col·lectives (19ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2017, p. 25/43 pdf descargado, fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/index.asp?opc=10&anyo=2017> el 15-12-19. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, cit., p. 70. Más recientemente en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 38/45 pdf descargado. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 141. A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, cit., p. 5/11 pdf descargado. L. E. NORES TORRES, “La reversión de contratos en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, cit., p. 14. Más recientemente en J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 103. M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, cit., p. 110 y ss. Más recientemente se reafirma en M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “Condiciones de subrogación en contratos de trabajo. El artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., p. 880. R. VELA DÍAZ, “El personal «indefinido no fijo» y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 404, 2016, p. 24 y ss. J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 12/19 pdf descargado. A. V. SEMPETE NAVARRO; M. ARETA DÍAZ, *Sucesión de empresa: contrata, subcontrata y otros supuestos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017, pp. 71-72. F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, p. 119 y ss. M. A. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 70.

principios de mérito y capacidad por cuanto que no determina la consolidación o adquisición de fijeza del personal integrado sin superar el correspondiente proceso de selección público⁵³⁵.

Por tanto, se trata de una solución ideada para otros supuestos que pretende extenderse a la aplicación de las garantías del artículo 44 ET en los que una Administración Pública debe soportar la obligación de subrogación del personal y compatibilizarla con las normas que disciplinan el empleo público, sobre la base de que existe –a juicio de la doctrina científica y judicial– una identidad de razones entre aquellos casos y los que ahora se pretenden resolver⁵³⁶.

Sin embargo, se trata de una alternativa que en absoluto es pacífica. En primer lugar, porque buena parte de la doctrina que se ha acercado al estudio de la reversión de servicios públicos no coincide con la aparente adecuación del contrato indefinido no fijo de plantilla para estos casos de sucesión de empresa. En segundo lugar, porque se trata de una figura huérfana de régimen jurídico normativo⁵³⁷, supliéndose la pasividad del legislador con un papel activo de la jurisprudencia que, a golpe de sentencia, ha formulado las principales notas fundamentales de esta categoría de personal con los “*no pocos virajes, cambios de criterio y retoques en la doctrina jurisprudencial primigenia*” que han caracterizado su proceso de formación, a costa, no obstante, de la seguridad jurídica⁵³⁸. Y en fin, porque se trata de una solución –ya sea para los supuestos

⁵³⁵ Entre otras, SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 16 de enero de 2009, rec. 298/10; de 30 de junio de 2014, rec. 319/14; Tenerife, de 21 de octubre de 2014, rec. 143/14; de 21 de abril de 2015, rec. 682/14; de 4 de junio de 2020, rec. 105/20; de 11 de junio de 2020, rec. 263/20; de 7 de julio de 2020, rec. 307/20; de 27 de julio de 2020, rec. 359/20; SSTSJ Castilla y León, Valladolid, de 9 de noviembre de 2011, rec. 1963/11; de 25 de octubre de 2011, rec. 1691/11; SSTSJ Andalucía, Granada, de 20 de septiembre de 2013, rec. 1528/12; de 2 de julio de 2015, rec. 1019/15; STSJ Aragón de 27 de diciembre de 2013, rec. 619/13; STSJ Cantabria de 2 de mayo de 2014, rec. 201/14; SSTSJ País Vasco de 22 de diciembre de 2015, rec. 1285/14; de 2 y 9 de febrero de 2016, rec. 1452 y 1470/14; de 6 de junio de 2018, rec. 1042/18; de 11 de septiembre de 2018, rec. 1402/18; 11 de diciembre de 2018, rec. 2260/18; de 19 de junio de 2018, rec. 1168/18; de 3 de julio de 2018, rec. 1264/18; de 17 de julio de 2018 (2), rec. 1386 y 1429/2018; de 18 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; de 9 de octubre de 2018; rec. 1780/18; de 23 de octubre de 2018, rec. 1915/18; SSTSJ Galicia de 5 de mayo de 2017, rec. 551/17; de 26 de mayo de 2017, rec. 757/17; SSTSJ Asturias de 13 de marzo de 2018, rec. 3221/17; de 22 de marzo de 2018 (5), rec. 117, 181, 182, 263 y 297/18; de 10 de abril de 2018, rec. 429/18; de 29 de junio de 2018, rec. 360/18; STSJ Cataluña de 24 de febrero de 2020, rec. 6394/19; SJS n.º 2 Zaragoza de 19 de febrero de 2018, proc. 715/17.

También en la jurisdicción contencioso administrativa: STSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 21 de mayo de 2019, rec. 339/18; SJS (CA) n.º 1 Alicante de 31 de marzo de 2016, proc. 329/14.

⁵³⁶ L. E. NORES TORRES, “La reversión de contratos en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, cit., p. 15. En el mismo sentido, afirma que “*estaríamos ante el mismo problema que determinó, en su día, la creación del concepto de trabajador indefinido no fijo*”. C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 39. Y sin que sea un obstáculo que se construyera como respuesta jurisprudencial al fraude en la contratación, pues en la actualidad cuenta con referencias legales y se presenta como una solución adecuada a problemas similares, por lo que puede extenderse sin problemas a estos supuestos (C. L. ALFONSO MELLADO, “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69, 2017, p. 32).

⁵³⁷ Se trata de una figura que “*padece de una provisionalidad crónica*”. Cfr. I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 14.

⁵³⁸ Cfr. M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, cit., p. 9. En el mismo sentido, entre otras, R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos: recursos humanos*, n.º 442, 2020, p. 58.

que originaron su aplicación o para estos últimos a los que se pretende aplicar– que a su vez es fuente de nuevos conflictos jurídicos, por lo que no siempre resulta fácil determinar si compensa su mantenimiento como solución al problema original o si las dificultades que añade al desenvolvimiento de las relaciones laborales en el sector público merecen su eliminación.

1. El origen y la configuración del Indefinido no fijo de plantilla

La creación jurisprudencial del indefinido no fijo se produce a finales de la década de los noventa. Si bien, responde a una larga evolución en la cual la jurisprudencia pretendía dar una respuesta a las numerosas disfuncionalidades derivadas de la aplicación del Derecho del Trabajo en el ámbito de las relaciones laborales concertadas por Administraciones Públicas. Basta con remitir a los numerosos estudios doctrinales que existen y simplemente apuntar ahora que, en las diversas etapas previas, se había tratado de solventar el mismo problema que motiva su creación acudiendo a otras fórmulas, pero ninguna de ellas era plenamente satisfactoria para los intereses que se hayan enfrentados, quizás, porque las soluciones tendían a priorizar solo uno de los intereses contrapuestos excluyendo el otro de forma radical. Además, no es que todos estos pasos previos hayan quedado completamente superados como si de etapas cronológicas perfectamente ordenadas se tratase, sino que las líneas hermenéuticas previas conviven y se mezclan con las más recientes añadiendo más dificultad a su comprensión⁵³⁹.

El reconocimiento y construcción doctrinal de la figura analizada se produce entre tres importantes pasos o «hitos jurisprudenciales», sin perjuicio de los numerosos «retoques» que sufrirá durante los años posteriores⁵⁴⁰:

A) La STS de 7 de octubre de 1996, rec. 3307/95 trata de dar una interpretación integradora de los principios laborales y administrativos en liza⁵⁴¹. En efecto, partiendo del supuesto de hecho típico en el que se va a aplicar esta figura (contratación temporal irregular y sus consecuencias laborales) el Tribunal Supremo establece las dos premisas sobre las que se asentará su construcción doctrinal: la primera, que la normativa laboral acerca de las consecuencias del despido improcedente o nulo –en relación con la terminación de los contratos temporales celebrados en fraude de Ley– es plenamente aplicable a las AAPP, sin que los principios formulados en el artículo 103.3 CE puedan obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones de readmisión o indemnización por parte de los organismos públicos; y la segunda, que ello no enerva

⁵³⁹ Entre otros muchos, J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, cit., p. 96 y ss. T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 88 y ss. J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., p. 195 y ss. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”, cit., p. 298 y ss. V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública”, *Documentación Laboral*, vol. 1, n.º 106, 2016, p. 69 y ss. F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, cit.

⁵⁴⁰ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 18 y ss.

⁵⁴¹ V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública”, cit., p. 74.

la sujeción de estas a los sistemas y procedimientos de acceso al empleo mediante los cuales se da cumplimiento efectivo al mérito y la capacidad. Con este estado de cosas el Alto Tribunal formula el principio básico sobre el que se construye el indefinido no fijo: *“La contratación laboral en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido”*. Si bien no concreta el significado de esta distinción inicial entre personal «fijo» e «indefinido» aclara que *“tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública”*⁵⁴².

B) Poco después, mediante las SSTS de 20 de enero de 1998 (rec. 317/97) y de 21 de enero de 1998 (rec. 315/18), se profundiza sobre la configuración de este nuevo tipo de personal laboral al servicio de la Administración.

a) En primer lugar, reafirma la «posición subjetiva» especial de las AAPP en materia de contratación laboral por cuanto que las irregularidades en la misma no pueden conducir a la adquisición de fijeza *“pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público”*. En cualquier caso, advierte que esta aplicación matizada no supone en modo alguno «arbitrariedad» o un «tratamiento privilegiado» a favor de la Administración, en la medida en que es la Ley (refiriéndose al artículo 19 LRMFP) la que determina la consideración singular en materia de contratación. A mayor abundamiento, se apoya en resoluciones previas del TC (con cita expresa al ATC n.º 858/1988, de 4 de julio, FJ 2) que admite una aplicación diversa de la legislación laboral en las AAPP con base en las reglas de contratación de estas, y sobre las que después se volverá.

b) En segundo lugar, ahonda en *“la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla”*. El primero implica que el contrato no está directa o indirectamente sometido a un término, aunque no por ello el trabajador consolida la fijeza sin superar los procedimientos de selección correspondientes lo *“que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una*

⁵⁴² Doctrina prontamente reiterada por, entre otras, las SSTS de 30 de diciembre de 1996, rec. 637/96; de 11 de marzo de 1997, rec. 3940/97; de 7 de julio de 1997, rec. 3917/96.

Con mayor detalle, véase: J. M. GOERLICH PESET; J. VEGA LÓPEZ, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1998, p. 569 y ss, fecha de consulta en <http://www.juliovega.net/documentos/AdmPub.pdf> el 15 mayo 2020.

causa lícita para extinguir el contrato". En definitiva, la provisión de la vacante determinará la extinción de contrato de trabajo, aunque previamente se haya declarado contraria a Derecho la cláusula de temporalidad pactada y la relación haya devenido indefinida⁵⁴³.

c) En tercer lugar, delimita los intereses y lógicas enfrentados entre el ordenamiento laboral y administrativo. El primero, pretende tutelar la estabilidad del empleo frente a un uso abusivo en la contratación temporal que sitúa al trabajador en una posición de debilidad. El segundo, lo identifica como un interés público constitucionalmente protegido. De ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, aunque se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan.

d) Con todo, la sentencia cuenta con un voto particular que cuestiona, con importantes y oportunos argumentos, la posición mayoritaria de la Sala 4ª del Tribunal Supremo⁵⁴⁴:

i) Para empezar, pone en tela de juicio la «inviabile» diferenciación entre «indefinido» y «fijo» que ya había puesto de manifiesto la STS de 7 de octubre de 1996. En efecto, se afirma que para el Derecho del Trabajo se trata de términos indistintos y equivalentes, que sirven para calificar cuando la relación laboral se constituye con vocación de permanencia, sin que exista una significación relevante que permita deslindar entre fijeza e indefinición⁵⁴⁵. A mayor abundamiento, no hay ninguna norma en el bloque de reglas jurídicas que disciplinan la contratación laboral en el ET, como tampoco lo había en sus predecesoras –la LRRL y antes la LCT– que den un soporte jurídico a tal distinción. No hay, por tanto, una razón o causa normativa generadora de tal diferencia. Más al contrario, haciendo una lectura sistemática del texto estatutario puede inferirse perfectamente que la duración de contrato se define como indefinido o fijo –indistintamente– como forma de identificar su naturaleza por contraposición al posible carácter temporal de la relación⁵⁴⁶.

ii) Por último, quienes formulan el voto o se adhieren a él, señalan que “*no se alcanza a comprender cómo se puede calificar de indefinido a un vínculo laboral*” en la que hay prevista “*causa válida de extinción, consistente en que tal extinción se producirá en el momento en que la*

⁵⁴³ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 19.

⁵⁴⁴ Formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Arturo Fernández López, D. Fernando Salinas Molina, D. Miguel Ángel Campos Alonso y D. Leonardo Bris Montes.

⁵⁴⁵ En este sentido se había pronunciado la doctrina científica: J. M. GOERLICH PESET; J. VEGA LÓPEZ, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla»”, cit., p. 572.

⁵⁴⁶ La falta de amparo legal no se circunscribe solo a la distinción entre indefinidos y fijos, sino también respecto a la causa extintiva creada *ex novo*, desde el momento en que no encuentra acomodo esa «cobertura legal de la plaza» en ninguna de las previstas en el art. 49 ET que constituye un *numerus clausus* M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 20).

plaza que ocupa el interesado sea cubierta reglamentariamente". En efecto, si la condición de indefinido conlleva que el organismo público esté obligado a la provisión reglamentaria de la plaza y dicha provisión, a su vez, determina la existencia de una causa lícita para extinguir el contrato, la duración del contrato no puede ser indefinida. Es más, se estima que *"es obvio que en ese nexo contractual concurren los requisitos y elementos esenciales que configuran el contrato como temporal de interinidad por vacante, el cual, si bien fue de construcción jurisprudencial, hoy en día está reconocido y regulado por el art. 4 RD 2546/1994, de 29 de diciembre, estructurándose como una de las modalidades de los contratos temporales o de duración determinada"*.

C) La STS de 27 de mayo de 2002 (rec. 2951/01), además de confirmar y reiterar la doctrina anterior está llamada a concretar algunos aspectos jurídicos, en especial, *"la fórmula legal para extinguir el contrato de trabajo temporalmente indefinido"*. En efecto, así calificada ahora la naturaleza de la relación laboral del contrato de trabajo temporal irregular en el empleo público, la presente resolución judicial viene a concretar cuál es la «causa lícita para extinguir el contrato» a la que se referían las SSTs de 20 y 21 de enero de 1998. Pues bien, esta causa ha de ser, a juicio de la posición mayoritaria de la Sala –porque también hay un voto discrepante– la condición resolutoria a la que se refiere el artículo 49.1.b ET. Y ello, por varios motivos:

a) Porque la vulneración del artículo 15 ET conlleva la declaración de nulidad parcial del contrato en lo referente a la cláusula de temporalidad. No obstante, el artículo 9 ET no interviene únicamente para determinar la ineficacia de dicha cláusula, sino que comporta además su integración con aquellos preceptos del ordenamiento laboral que correspondan. Pues bien, entiende que tratándose de AAPP dicha integración no puede efectuarse de espaldas a aquellas normas que son «insoslayables» en atención a la naturaleza del empleador. Por tanto la jurisprudencia ha dado una respuesta para estos casos introduciendo una «cláusula de indefinición temporal» en un intento por acomodar los principios que operan en el acceso al empleo público con el mantenimiento y defensa de los límites y requisitos de la contratación temporal.

b) Porque entiende que la condición resolutoria se ajusta a la perfección a los fines que aquí se persiguen, sin necesidad de tener que acomodar la extinción a las exigencias formales que requieren el resto de causas previstas en el artículo 49.1 ET. En este sentido, ocupada de forma reglamentaria la plaza por los procedimientos legales exigidos el contrato se extinguirá sin más formalidades que la comunicación escrita de que se actualizan los hechos constitutivos de la causa y de la voluntad extintiva de una de las partes⁵⁴⁷.

c) Y en fin, se anticipa a las posibles críticas que puedan formularse por la situación de desprotección en la que queda el trabajador por la fórmula de extinción elegida. Más concretamente, en tanto que acercaría el régimen jurídico considerablemente al interino por

⁵⁴⁷ Aunque se ha criticado el Supremo confunde la declaración unilateral de la voluntad extintiva con la indispensable consignación de una cláusula contractual en el momento de su celebración (V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, "El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública", cit., p. 78).

vacante. Pues bien, reconoce que esto es cierto, pero solamente en el momento de la extinción y no durante su desarrollo. Sin embargo, afirma que *“no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad”*.

d) La sentencia cuenta también con un voto particular, pero en este caso no se opone a la figura del indefinido no fijo o del temporalmente indefinido –respaldando también la dudosa distinción entre fijo e indefinido– pero discrepa en cuanto al cauce jurídico de la extinción⁵⁴⁸.

Así, de un lado, entiende que la vía del artículo 49.1.b ET está prevista para los pactos extintivos lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de las partes. Sin embargo, la pérdida del puesto de trabajo en la celebración del concurso de méritos no es una causa consignada en el contrato sino más bien una causa consignada en la Ley. En consecuencia, *“la calificación de cese por cumplimiento de condición resolutoria del supuesto enjuiciado es, en mi opinión, dogmáticamente inapropiada, como lo es también la metáfora de la «conditio legis», que desvirtúa el concepto de «condición» como elemento accidental de los contratos y las obligaciones que tiene su origen en la autonomía de la voluntad (art. 1113 y siguientes del Código Civil)”*⁵⁴⁹.

Y de otro lado, defiende que la extinción del contrato debería ajustarse al artículo 49.1.i ET, esto es, despido por causas objetivas. Y ello no solo porque de un modo menos forzado el cese podría reconducirse a la causa organizativa, sino también por razones de equidad, pues no parece coherente privar a estos trabajadores de cualquier indemnización por fin de contrato, lo que los sitúa, pese a ser indefinidos, en una condición más desventajosa que los trabajadores con un contrato temporal lícito habida cuenta de la indemnización prevista en el artículo 49.1.c ET. Este planteamiento formulado por el voto particular será asumido con posterioridad por el TS.

D) En fin, una última precisión o ajuste tiene lugar mediante la STS de 22 de julio de 2013 (rec. 1380/12) que extiende la causa de extinción a la «amortización simple» de la plaza. En efecto, en relación a la forma de extinción de la relación laboral indefinida no fija por la vía del artículo 49.1.b ET señala que *“esta doctrina no se limita a la causa consistente en la cobertura reglamentaria de la vacante. También ha de aplicarse a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización y ello porque en este caso ya no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido también el supuesto de hecho que justifica esa*

⁵⁴⁸ Formulado por Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde y al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Gonzalo Moliner Tamborero y D. Bartolomé Ríos Salmerón.

⁵⁴⁹ En este sentido, M. TREVIÑO PASCUAL, “El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*2, n.º 52, 2019, p. 488.

modalidad contractual -la existencia de un puesto de trabajo que se desempeña de forma en realidad interina hasta su cobertura reglamentaria-”.

De este modo concluye y consolida un proceso hermenéutico de «homogeneización» entre el interino por vacante y el indefinido no fijo de plantilla⁵⁵⁰, en el cual existe la firme convicción por parte del Supremo de que *“la posición de aquellos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato fue declarado indefinido (no fijo) por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad”*⁵⁵¹. En consecuencia, tanto para uno como para el otro, niega el recurso al despido objetivo o colectivo en casos de amortización de la plaza⁵⁵². Con todo, la STS de 22 de julio de 2013 tiene un voto particular en el que pone de manifiesto la necesidad de que se reconozca a este personal el derecho a percibir una indemnización a la luz de los avances de la jurisprudencia comunitaria en relación con la Directiva 1999/70/CE.

Sin embargo, esta configuración del régimen jurídico del indefinido no fijo ha tenido una larga vigencia⁵⁵³, quedando inalterada durante varios años hasta que, en fechas relativamente recientes, comenzaron a introducirse ciertos «retoques».

2. Régimen y naturaleza

2.1. La inexistencia de un marco normativo adecuado como punto de partida

La principal nota característica que define el régimen jurídico del indefinido no fijo es la (casi) total ausencia de reflejo de aquel en las normas laborales y de empleo público. Con todo, en los últimos años han ido aprobándose una serie de previsiones que, si bien de forma indirecta y en todo caso incompleta, hacen referencia o están conectadas con esta figura⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 23.

⁵⁵¹ Cfr. SSTS de 20 de julio de 2007, rec. 5415/05; de 19 de febrero de 2009, rec. 425/07.

⁵⁵² STS de 8 de junio de 2011, rec. 3409/10: *“Aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue; efecto que «responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo». Entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas ya que, o bien supondría, en contra de las normas sobre acceso al empleo público, la transformación de hecho del contrato de interinidad en una relación indefinida, al desaparecer la causa real de la interinidad, o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ha acordado. Debe entenderse, por todo ello, que la suscripción de dichos contratos de interinidad no limita ni elimina las facultades de la Administración sobre modificación o supresión de los puestos de trabajo”*. En el mismo sentido, entre otras, la STS de 27 de febrero de 2012, rec. 3264/10.

⁵⁵³ SSTS de 20 de julio de 2007, rec. 5415/05; de 19 de febrero de 2009, rec. 425/07; de 8 de junio de 2011, rec. 3409/10; de 27 de febrero de 2012, rec. 3264/10; de 27 de febrero de 2013, rec. 736/12; de 13 de mayo de 2013, rec. 1666/12; de 22 de julio de 2013, rec. 1380/12, etc.

⁵⁵⁴ Lo que en definitiva supone una cierta normalización por parte del legislador. Véase: M. A. BALLESTER PASTOR, *“Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública”*, cit., p. 32.

A) El punto de partida debe ser la mención realizada por los artículos 8.2.c y 11.1 EBEP. El primero recoge, entre la calificación de los empleados públicos al “*personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal*”. El segundo, referido ya al personal laboral, precisa que “*en función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*”. Al albur de estas previsiones, de forma casi generalizada, tanto doctrina como jurisprudencia han entendido que la diferencia que realiza la norma estatutaria básica solo cobra sentido si se piensa en la figura analizada, que ocupaba y preocupaba a los distintos operadores jurídicos al tiempo de la tramitación y aprobación del EBEP⁵⁵⁵. Motivo por el cual, además, se critica la pasividad del legislador al haber perdido una «oportunidad de oro» para aportar claridad y seguridad jurídica a una cuestión tan espinosa como esta⁵⁵⁶. Sin embargo, se ha destacado, prestando atención al proceso de tramitación parlamentaria, que el término «indefinido» parece obedecer a una serie de enmiendas que pretendían dar cobertura al profesorado de religión⁵⁵⁷. Con todo, existe cierto consenso en admitir que el debate ahora carece de trascendencia desde el momento en que la doctrina científica y judicial acabaron considerando que sí que se refería al indefinido no fijo, de modo que “*en la actualidad hay una especie de mantra asumido por -casi- todos, de que fuese cual fuese la voluntad del Parlamento, el EBEP incorpora al personal indefinido no fijo*”⁵⁵⁸. Así pues, parece que hoy no se discute que junto al personal indefinido *ab initio* (profesores de religión) el EBEP también acoge los supuestos de indefinición «sobrevvenida» (indefinido no fijo)⁵⁵⁹.

B) En segundo lugar, la DA 15 ET, en la redacción dada por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora y crecimiento del empleo⁵⁶⁰ que rezaba así: “*Lo dispuesto en el artículo 15.5 de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será 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*”. Posteriormente, con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁵⁶¹, se amplía la aplicación de dicha regla no solo al encadenamiento de contratos sino a la duración máxima del contrato por obra o servicio (art. 15.1.a ET) y se plasma legalmente la regla esencial que define al indefinido no fijo: “*En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral,*

⁵⁵⁵ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., pp. 28-30.

⁵⁵⁶ F. RAMOS MORAGUES, *El personal laboral de las administraciones públicas*, cit., p. 341.

⁵⁵⁷ X. BOLTAINA BOSCH, “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 2, 2018, p. 144. I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 31.

⁵⁵⁸ Cfr. X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 5/9 pdf descargado.

⁵⁵⁹ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 59.

⁵⁶⁰ BOE n.º 312 de 30-12-06.

⁵⁶¹ BOE n.º 227 de 18-09-10.

salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”. Así pues, la DA 15 ha sido entendida como la norma clave que da cobertura legal al indefinido no fijo de plantilla⁵⁶².

C) Por su parte, la actual DA 16 ET (DA 20 introducida por la Ley 3/2012), que establece la prioridad de permanencia a favor del trabajador fijo en el marco del despido por causas empresariales realizado por Administraciones y entidades de derecho público, y que ha tenido un impacto relevante en la determinación del régimen extintivo.

D) Y, más recientemente, también han intervenido las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Como se vio en el capítulo anterior las LPGE 2017 y 2018 se refieren de forma expresa al indefinido no fijo a efectos del cómputo de la «tasa de reposición» (art. 19)⁵⁶³. También las DA 34 LPGE 2017 y la DA 42 LPGE 2018, sobre las que luego se volverá.

2.2. Régimen extintivo del personal indefinido no fijo

Como ya se había apuntado el contrato de trabajo del indefinido no fijo, tal y como quedó configurado en sus orígenes, quedaba extinguido tanto cuando se proceda a la cobertura reglamentaria de la plaza si el trabajador indefinido no la obtiene mediante el correspondiente proceso selectivo, como cuando se produce la amortización del puesto de trabajo. En ambos casos, teniendo en cuenta que la extinción se canaliza a través del artículo 49.1.b ET, esto es cláusulas válidamente pactadas en el contrato o condición resolutoria, no se precisaba ningún acto formal o procedimental para el despido más allá de la mera comunicación escrita, ni el trabajador tiene derecho a compensación alguna en concepto de indemnización por extinción del contrato. Esta última era la fuente principal de críticas por parte de la doctrina científica y de divergencias en el seno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

La pieza clave del régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo es, sin lugar a dudas, su régimen extintivo que, tras algunos «retoques» realizados por la jurisprudencia en los últimos años queda configurado como se indica a continuación.

2.2.1. Extinción por amortización de la plaza ocupada por el indefinido no fijo

A) La STS de 14 de octubre de 2013 (rec. 68/13)⁵⁶⁴ fue la primera en introducir novedades en los efectos extintivos de los indefinidos no fijos. Con el fin de evitar un trato desigual e

⁵⁶² T. SALA FRANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “La contratación del personal laboral en la administración local”, cit., p. 66.

⁵⁶³ Capítulo noveno, apartado II.1.

⁵⁶⁴ Seguida por muchas otras: SSTS de 15 de octubre de 2013, rec. 383/13; de 23 de octubre de 2013 (2), rec. 408 y 804/13; de 13 de enero de 2014, rec. 430/13. Marca un cambio de rumbo en cuanto a la extinción del contrato indefinido no fijo en la jurisprudencia. Véase: F. VILA TIerno, “Algunas consideraciones sobre las posibles consecuencias extintivas en caso de acceso irregular a la Administración Pública”, en AA.VV. (Coord. José Manuel Gómez Muñoz) *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público. XXXIII Jornadas Universitarias*

injustificado hacia estos trabajadores, aplica en los supuestos de amortización de la plaza, la indemnización prevista para la finalización de los contratos temporales. Y es que, por más que pueda ser equiparable al interino por vacante, la extinción del contrato por una causa diversa a la cobertura del puesto, merece ser compensada aplicando «por analogía» la indemnización prevista en el artículo 49.1.c ET.

B) Sin embargo, este criterio se verá superado poco después por la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/13) que afirma que *“esta doctrina debe rectificarse tras la entrada en vigor de la DA 20 ET [actual DA 16 ET], norma que ha mejorado lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/CE, de 20 de julio, con relación al personal laboral de las Administraciones públicas, a quien a partir de ahora se aplica lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c del ET en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en los despidos por causas individuales por causas objetivas”*. En efecto, el TS entiende que la DA 16 ET, al hacer referencia a la prioridad de permanencia del personal laboral fijo, supone la admisión de su aplicación también al personal interino e indefinido no fijo, lo que crea las condiciones idóneas para retomar la doctrina apuntada en el voto particular de la STS de 27 de mayo de 2002⁵⁶⁵.

Aunque la fundamentación de la sentencia es aplicable a ambos tipos de personal (y así se manifiesta de forma expresa), el litigio versa sobre la amortización de 156 puestos de trabajo de interinos por vacante en la Universidad Politécnica de Madrid mediante la correspondiente modificación de la RPT. Para determinar el cauce de extinción apropiado, la Sala formula unas reflexiones en torno a la naturaleza jurídica del interino por vacante, y llega a la conclusión de que *“nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998)”*. La indeterminación legal o contractual de otra causa distinta a la cobertura de la plaza no puede comportar la extinción automática del contrato, aun cuando la ordenación de puestos de trabajo sea lícita conforme al artículo 74 EBEP. En consecuencia, se trata de una «obligación a término indeterminado», pues se sabe que llegará aunque no se pueda precisar cuándo (*certus an et incertus quando*). Sin embargo, la condición resolutoria *“requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 CC)”*.

En definitiva, la amortización de la plaza supone que el puesto se extingue antes de que llegue el término pactado *“lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, incluso de ganar en concurso la plaza que ocupa. Ese daño debe ser indemnizado, lo que en nuestro derecho del trabajo se hace mediante el abono de las indemnizaciones tasadas que se establecen para cada caso los artículos 51, 52 y 56 del ET y en*

andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2015, pp. 250-253.

⁵⁶⁵ V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública”, cit., p. 81.

los procedimientos establecidos al efecto, pues debe recordarse que, conforme a los artículos 7 y 11 EBEP la legislación laboral es aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas”. Refuerza esta reconstrucción de régimen extintivo el hecho de que el artículo 51.1 ET excluya del cómputo de trabajadores para determinar si el despido es colectivo los contratos de duración determinada que finalizan por expiración del tiempo convenido, lo que a *sensu contrario* determina la inclusión de los finalizados *ante tempus*.

Apenas dos semanas después, mediante la STS de 8 de julio de 2014 (rec. 2693/13)⁵⁶⁶ extiende íntegramente esta doctrina, ahora sí, a un supuesto de amortización de una plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo por el Ayuntamiento de Albal (Valencia). Así destaca que “tanto en la formulación de la doctrina jurisprudencial precedente sobre terminación de los contratos como consecuencia de los cambios operados sobre la RPT cuanto en la que acabamos de asumir mediante la STS de 24 junio se parifica la solución aplicable a contratos de interinidad por vacante y a contratos considerados como indefinidos no fijos. De este modo, es lógico y ajustado a tal homogeneidad que el nuevo criterio interpretativo, sentado al hilo de contratos de interinidad por vacante, se traslade también al caso de los trabajadores indefinidos no fijos”.

2.2.2. Extinción por cobertura reglamentaria de la plaza

A) El reconocimiento de la indemnización correspondiente a los contratos temporales a los trabajadores interinos por vacante e indefinidos no fijos con ocasión de la amortización simple de la plaza o puesto de trabajo, tuvo reflejo también en los casos de cobertura reglamentaria de la plaza. Y es que, las sentencias dictadas en el epígrafe anterior vinieron a «reategorizar» la naturaleza jurídica del indefinido no fijo, considerándolo ahora un contrato de duración determinada⁵⁶⁷. Alcanzada esta conclusión no era concebible que la extinción del vínculo contractual quedara se realizara sin reconocimiento alguno de indemnización por lo que aplicó los efectos indemnizatorios que reconoce el artículo 49.1.c ET, sin perjuicio de que continuara ubicando la causa de la extinción en la condición resolutoria ex artículo 49.1.b ET. Así, la STS de 7 de noviembre de 2016 (rec. 755/15), alineándose con el ATJUE de 11 de noviembre de 2014, *Huétor Vega* (asunto C-86/14), afirma la naturaleza temporal del indefinido no fijo.

B) Pero la evolución siguió la misma suerte que en el caso de amortización de la plaza. En efecto, la STS de 28 de marzo de 2017 (rec. 1664/15), distingue perfectamente no solo la figura del trabajador fijo de plantilla del indefinido no fijo, sino también al indefinido del trabajador temporal. De este modo señala que los artículos 8 y 11 EBEP “nos muestran que la norma diferencia al personal en función de la duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o

⁵⁶⁶ Consolidada por un elevado volumen de resoluciones judiciales. Entre otras, SSTs de 3 de diciembre de 2014, rec. 144/14; de 17 de marzo de 2015, rec. 1521/14; de 12 de mayo de 2015, rec. 1080/14; de 16 de febrero de 2016, rec. 1199/14; de 26 de octubre de 2016, rec. 581/15; de 30 de marzo de 2017, rec. 961/15; de 19 de julio de 2017, rec. 3255/15; de 14 de febrero de 2018, rec. 513/15.

⁵⁶⁷ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 117.

temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y solo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal”.

Así las cosas, considera el Pleno de la Sala que la indemnización correspondiente al cese de los contratos temporales resulta insuficiente, sin que pueda justificarse en la situación de total anomia legislativa la equiparación entre indefinidos y temporales. Por consiguiente, realiza un replanteamiento del régimen extintivo a efectos indemnizatorios imponiendo desde ese momento también el *quantum* correspondiente al despido por causas empresariales procedente (art. 53.1 ET). Sin embargo, ello no quiere decir que se extienda el régimen del despido objetivo o colectivo en su totalidad, sino solo a efectos indemnizatorios. En efecto, la sala arguye 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”.*

Dicho con otras palabras el TS recurre a la analogía para extender los efectos indemnizatorios del despido por causas de empresa. Pero el juego de analogía es solamente parcial pues, como ha señalado la doctrina más autorizada en la materia⁵⁶⁸, no afecta a la determinación de la causa extintiva en sí misma, pues no encaja bien con la delimitación de las causas económicas, técnicas u organizativas. A lo sumo, reúne la «nota de objetividad» en el bien entendido de que se trata de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes. Incluso, se ha dicho que quizás podría encontrar un mejor acomodo por analogía en la fuerza mayor entendida como *factum principis*. En cualquier caso, el motivo de la extinción continúa siendo la cobertura reglamentaria de la causa que continúa basándose en el artículo 49.1.b ET, ya que la reconducción a las causas objetivas determinaría que los límites entre el trabajador fijo e indefinido desaparezcan. De la misma manera que la analogía tampoco afecta al procedimiento establecido en los artículos 51 y 53.1.c ET. Es decir, el trabajador cesado contará con la indemnización prevista en dichos preceptos pero no con el resto de garantías legalmente reconocidas (plazo de preaviso, periodo de consultas, comunicación a la representación legal de los trabajadores, etc.)⁵⁶⁹.

En definitiva, como con acierto se ha afirmado, *“la sensación que transmite es que la voluntad del Tribunal era la de aumentar la indemnización y penalizar el comportamiento irregular y persistente de la Administración Pública, pero, al no contar con el auxilio del legislador, carece de cobertura adecuada que sustente con solvencia el cambio de criterio”*⁵⁷⁰. Se aduce que, aunque

⁵⁶⁸ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, *Revista de Información Laboral*, n.º 10, 2018, p. 13/28 y ss. pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 5 abril 2020.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 15/28 pdf descargado.

⁵⁷⁰ Cfr. M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, cit., p. 36. En el mismo sentido, se afirma que el reconocimiento de la indemnización de 20 días con el límite de 12 mensualidades “es un argumento adicional de equidad que fuerza quizá la legalidad para «penalizar» de nuevo a la Administración cuando esta ya fue penalizada en su momento con la transformación

explícitamente no se diga, la nueva postura del Alto Tribunal pudiera haberse visto influida, siquiera indirectamente, por la vorágine judicial provocada por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras I*, asunto C-596/14⁵⁷¹.

Ahora bien, esta última doctrina fue corregida por el propio TJUE que más recientemente viene afirmando que sí concurre una razón objetiva que permite introducir diferencias de trato entre temporales e indefinidos en una «condición de trabajo» como el reconocimiento de una indemnización por finalización del contrato, en base a las distintas expectativas de continuidad que tienen ambos⁵⁷². Siguiendo esta línea la STJUE de 21 noviembre de 2018, *De Diego Porras II* (asunto C-619-17) niega cualquier tipo de indemnización a los trabajadores interinos por vacante, cuya doctrina fue incorporada a nuestra jurisprudencia interna mediante la STS de 13 de marzo de 2019, rec. 3970/16⁵⁷³. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha estimado conveniente mantener la indemnización del despido objetivo procedente para los indefinidos no fijos de plantilla (STS de 28 de marzo de 2019, rec. 997/17), lo que supone confirmar el distanciamiento del régimen jurídico del trabajador interino por vacante como ha sido reiterado en las últimas sentencias⁵⁷⁴.

C) Sin embargo, ha de introducirse un matiz importante para el caso en que la cobertura reglamentaria de una plaza ocupada por un indefinido no fijo pero en la que el puesto de trabajo esté clasificado en la RPT como funcional y no como laboral. En tal caso, es un criterio consolidado que la causa extintiva no puede ser subsumida en el artículo 49.1.b ET (condición resolutoria), por lo que en estos casos se debe reconducir la extinción al despido por causas de empresa en su integridad, no solamente a efectos indemnizatorios⁵⁷⁵. Esto es, se aplicará el régimen extintivo previsto en los artículos 51-53 ET, en relación con la DA 16 ET⁵⁷⁶.

2.2.3. *Condicionantes de la extinción del contrato de trabajado indefinido no fijo*

Llegados a este punto, la extinción del contrato indefinido no fijo debe observar ciertas formalidades a efectos de garantizar el éxito de la misma, teniendo en cuenta que la declaración de un despido no ajustado a derecho comportará peores consecuencias económicas para la

de la contratación temporal irregular en un contrato indefinido no fijo”. Cfr. R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., p. 55.

⁵⁷¹ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, cit., p. 15/28 pdf descargado.

⁵⁷² SSTJUE de 5 junio de 2018, *Grupo Norte Facility*, asunto C 574/16; de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos*, asunto C-677/16.

⁵⁷³ Con una abundante jurisprudencia que consolida esta línea interpretativa: SSTS de 8 de mayo de 2019, rec. 1939/18; de 9 de mayo de 2019, rec. 16/18; de 10 de mayo de 2019, rec. 544/18; de 23 de mayo de 2019, rec. 2401/18; de 28 de mayo de 2019, rec. 318/18; de 30 de mayo de 2019 (2) rec. 4571/17 y 2089/18; de 31 de mayo de 2019, rec. 4420/17; de 10 de septiembre de 2020, rec. 1398/18; de 2 de diciembre de 2020, rec. 3181/18; de 15 de diciembre de 2020, rec. 3033/18; de 13 de enero de 2021, rec. 2404/18; de 14 de enero de 2021, rec. 2505/19, entre otras muchas.

⁵⁷⁴ STS de 19 de septiembre de 2019, rec. 3108/17, entre otras.

⁵⁷⁵ SSTS de 28 de marzo de 2019, rec. 2123/17; de 4 de julio de 2019, rec. 2357/18; de 16 de julio de 2020, rec. 361/18; de 9 de septiembre de 2020, rec. 2597/17, entre otras.

⁵⁷⁶ Con mayor detalle: I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., pp. 120-121.

Administración que debe velar por realizar un uso eficiente y eficaz de los recursos públicos de modo que le permitan alcanzar el interés público.

A) En este punto, como se ha visto, la amortización de la plaza requiere seguir el procedimiento de despido objetivo o colectivo según el número de trabajadores afectados por la supresión del puesto de trabajo. En consecuencia, la inobservancia de los requisitos procedimentales e indemnizatorios del despido por causas empresariales determinará su calificación judicial como nulo o improcedente según el caso⁵⁷⁷.

B) No será así, como se acaba de decir, en el caso de cobertura de la plaza, en tanto que no resultan aplicables los artículos 51 y 53 ET en su plenitud, sino solo a los meros efectos indemnizatorios. De esta manera, la falta de puesta a disposición no activará la improcedencia extintiva como si de un despido objetivo se tratara⁵⁷⁸. Aunque ello no excluye la correspondiente y necesaria denuncia escrita del ceso por parte del empleador público⁵⁷⁹.

C) Por su parte, la cobertura de la plaza que habilite la extinción del trabajador indefinido no fijo ha de realizarse necesariamente a través los «procedimientos ordinarios» de selección (DA 15 ET), es decir, la oposición, concurso-oposición o concurso de méritos. Sin embargo, no toda cobertura de reglamentaria permite una extinción procedente del contrato, puesto que se ha declarado la improcedencia cuando el trabajador tenía derecho a exigir un proceso selectivo de carácter extraordinario y se ha seguido uno de carácter ordinario⁵⁸⁰.

Debe tenerse en cuenta que la declaración judicial de indefinido no fijo obliga a la Administración a modificar su RPT, dotar la plaza, incluirla en la OEP y activar el proceso de selección incluyendo la plaza en la correspondiente convocatoria. En caso contrario, debería amortizar el puesto de trabajo. Sin embargo, no puede desconocerse la inexistencia de plazos máximos o penalidades por no seguir este procedimiento. En efecto, el artículo 70.1 EBEP establece un plazo máximo de 3 años para convocar la plaza, si bien este comienza a correr desde la inclusión de aquella en la OEP. Esto conduce a generalizar una práctica común de las Administraciones Públicas de mantener a los trabajadores indefinidos no fijos durante años realizando el mismo puesto de trabajo, sin proceder a cubrirla reglamentariamente con las garantías que deben presidir el acceso al empleo público. Como apunta alguna autora, aunque es una cuestión sobradamente conocida, la intención del gestor público suele ser que el trabajador vaya generando antigüedad a efectos permitir su acceso a través de la no poco controvertida vía de acceso de los procedimientos de consolidación del empleo⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ SSTS de 18 de diciembre de 2014, rec. 1790/13; de 19 de septiembre de 2017, rec. 514/15, entre otras.

⁵⁷⁸ STSJ Cataluña de 14 de julio de 2020, rec. 3970/16.

⁵⁷⁹ R. ROQUETA BUJ, "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", cit., p. 58.

⁵⁸⁰ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 117.

⁵⁸¹ R. ROQUETA BUJ, "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", cit., pp. 36-37.

D) Aunque se presuma que la cobertura normal se realiza por procedimientos de concurrencia abierta y de provisión externa de recursos humanos, nada obsta que las plazas también puedan cubrirse mediante procesos internos de provisión (promoción interna, traslados, etc.)⁵⁸². En este caso, el tratamiento de la extinción del contrato seguirá el cauce procedimental establecido jurisprudencialmente para la amortización de la plaza y no para su cobertura, debiendo la Administración cesar al indefinido no fijo cuando otro empleado público fijo gane la plaza⁵⁸³.

E) En lo referente a la cobertura reglamentaria de la plaza, para la extinción del vínculo del indefinido no fijo no basta con que se realice la convocatoria de una vacante similar, *“sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta actividad como indefinida”* (STS de 2 de abril de 2018, rec. 27/17). En caso contrario, si la plaza ofertada no queda adecuadamente identificada la cobertura no puede ser considerada reglamentaria, lo que comportará la declaración de improcedencia del cese (STS de 2 de febrero de 2017, rec. 53/15).

F) En fin, los órganos judiciales han estimado que no es contrario al derecho a la igualdad del artículo 14 CE el hecho de que se incluyan en la OEP solo algunas de las plazas ocupadas por indefinidos no fijos que adquirieron tal condición en ejecución de sentencia, con el objeto de respetar las previsiones presupuestarias que limitan la incorporación de personal fijo a las tasas de reposición (SSTSJ (CA) Asturias de 27 de diciembre de 2019, rec. 264/19; de 17 de febrero de 2020 (2), rec. 365/19 y 5/20). Así como tampoco puede entenderse como una forma de burlar la ejecución de sentencias del orden social que imponen la subrogación de los trabajadores del servicio de recaudación municipal tras revertirlo (STSJ Asturias de 21 de marzo de 2016, proc. 6/17), porque la OEP es un instrumento para la planificación de recursos humanos que se emplea para rebajar la tasa de temporalidad en la incorporación con base en el artículo 70 EBEP. Así pues, *“frente a las señaladas potestades autoorganizativas y discrecionales de la Administración con sujeción a la legalidad y a la satisfacción del interés público, no se puede anteponer formas de organización ni situaciones jurídicas preexistentes de la relación jurídica entre la Administración y los empleados apelantes, salvo que tengan la consideración de derechos adquiridos, que normalmente se contraen a los derechos económicos”*.

G) Por otro lado, debe tenerse en cuenta la relación entre la extinción del trabajador indefinido no fijo y la garantía de indemnidad. Y es que el acceso a tal condición se produce, normalmente, como consecuencia de una reclamación judicial en la que el trabajador solicita al juez el reconocimiento de un derecho por haberse visto inmerso en una situación de irregularidad en la aplicación de la legislación laboral. En este sentido, las extinciones contractuales posteriores corren el riesgo de ser entendidas como una represalia por haber ejercido su derecho a la tutela

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ SJS n.º 1 Valladolid de 24 de enero de 2018, proc. 912/17.

judicial efectiva. La decisión judicial requerirá un análisis pormenorizado de las circunstancias concurrentes para verificar si se ha lesionado el derecho fundamental⁵⁸⁴.

2.3. Las dudas sobre su naturaleza indefinida o temporal

La evolución del régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo siempre ha guardado una estrecha conexión con la concepción predominante que ha tenido la jurisprudencia sobre si se trata de una figura contractual temporal o indefinida⁵⁸⁵. Posturas que, como puede aventurarse tras ver los cambios y vaivenes que ha habido en torno al régimen jurídico, han ido cambiando forzadas por la ausencia de un marco normativo y la necesidad de encajar esta figura en un esquema contractual diseñado para el sector privado y previsto en el derecho común⁵⁸⁶.

A) No es el objeto de análisis ahora de efectuar un repaso exhaustivo sobre las distintas fases que ha experimentado la evolución jurisprudencial⁵⁸⁷, si bien no está demás poner de relieve, siquiera de forma esquemática, los distintos vaivenes que ha habido a efectos de evidenciar la complejidad para clasificar esta figura en uno u otro tipo de trabajadores.

a) En un primer momento, tras las primeras sentencias que configuraron el estatus inicial de indefinido no fijo, se otorgaba a esta categoría de personal una naturaleza híbrida o mixta: «contrato de trabajo temporalmente indefinido» (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998; de 27 de mayo de 2002)⁵⁸⁸. Es decir, se consideraba un indefinido durante su desarrollo, pero se asimilaba al interino por vacante en el momento extintivo por cuanto que ambos quedaban sometidos a la eficacia de una condición resolutoria⁵⁸⁹.

b) La influencia de la doctrina del TJUE y la necesidad de evitar que el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo sitúe al trabajador en una situación más desfavorable de la que se encontraba cuando estaba vinculado mediante un contrato temporal ilícito determinó el reconocimiento de una indemnización análoga a la que se percibe por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio en los supuestos de amortización simple (STS de 14 de octubre de 2013). Aunque pronto se recondujo al régimen extintivo del despido por causas empresariales en el entendido de que se trataba de un «contrato temporal de duración

⁵⁸⁴ Remito al análisis de R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., pp. 56-58.

⁵⁸⁵ Más concretamente, desde los primeros comentarios se ha cuestionado si era un contrato temporal *sui generis* o una relación indefinida. Véase: J. M. GOERLICH PESET; J. VEGA LÓPEZ, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla»”, cit., p. 572 y ss.

⁵⁸⁶ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 41.

⁵⁸⁷ Para ello me remito a *Ibid.*, pp. 42-67. I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., pp. 40-58.

⁵⁸⁸ O, si se prefiere, de “*marcado carácter anfibológico: temporal para algunas cosas, indefinido para otras*”. Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Preparando un nuevo cambio en la regulación de los indefinidos no fijos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2016, RCUUD 755/2015”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 407, 2017, p. 216.

⁵⁸⁹ Posición mantenida hasta la STS de 22 de julio de 2013, rec. 1380/12.

indeterminada» o sometido a una «obligación a término indeterminado» extinguido *ante tempus* por la amortización de la plaza (STS de 24 de junio de 2014). Esta misma naturaleza de contrato temporal se atribuía en la STS de 7 de noviembre de 2016, por la que se extendió (solo) el régimen indemnizatorio del artículo 49.1.c ET también a la cobertura reglamentaria.

c) Sin embargo, poco después, en la STS de 28 de marzo de 2017, por la cual se recurrió al régimen indemnizatorio (no al sistema causal o procedimental) del despido objetivo o colectivo a la cobertura reglamentaria de la plaza, la argumentación del TS para elevar la cuantía de la indemnización se basaba en el que el indefinido no fijo no era «equiparable» al personal temporal, por lo que *“al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la [indemnización] que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49.1.c ET”*. Aunque tampoco lo entiende equiparable con el trabajador fijo, sino más bien entiende que *“la figura del contrato indefinido-no fijo es diferente del contrato temporal y del fijo”*. Por tanto, parece difícil precisar su alcance a la luz de tales consideraciones, pero la doctrina ha entendido que el Tribunal Supremo estaba defendiendo la existencia de una naturaleza indefinida⁵⁹⁰.

d) Aunque quizás no sea este último más que un episodio aislado, porque en la STS de 2 de abril de 2018 (rec. 27/17), que constituye el último pronunciamiento interno hasta el momento sobre esta cuestión, vuelve a declarar la naturaleza temporal. Aunque el conflicto resuelto tiene una trascendencia mayor, en tanto que se reconoce el derecho de los trabajadores a la promoción profesional interna y ello, a pesar de la naturaleza que expresamente se le atribuye, aleja considerablemente la figura del contrato de duración determinada y lo aproxima más que nunca al trabajador fijo de plantilla (más adelante se analizará esta cuestión).

B) Menos dudas o titubeos ha mostrado el Tribunal de Justicia a la hora de calificar la naturaleza jurídica del indefinido no fijo. Así, ya en el ATJUE de 11 de diciembre de 2014, *Huétor Vega* (asunto C-86/14), califica a estos trabajadores como contratos de duración determinada a efectos de extenderles las garantías derivadas de la Directiva 1999/70/CE, y en la que se censuraba que la inexistencia de indemnización en los supuestos de amortización simple de la vacante –con anterioridad a la STS de 14 de octubre de 2013– determinase la no contemplación por el Estado miembro de una medida efectiva para sancionar el abuso en la contratación temporal de acuerdo con la Cláusula 5 del Acuerdo Marco. La posterior STJUE de 25 de julio de 2018, *Vernaza Ayovi* (asunto C-96/17) también ha confirmado la naturaleza temporal del indefinido no fijo. Por tanto, es claro que para el TJUE esta categoría de trabajador está vinculada a la Administración mediante un contrato de duración determinada.

⁵⁹⁰ Una revisión crítica de su argumentación en F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, cit., p. 171 y ss.

2.4. El estatuto profesional del indefinido no fijo

2.4.1. Acceso a la condición de indefinido no fijo

Una cuestión nada nueva pero siempre controvertida ha sido la relativa al título que permite el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo. La figura nace, como se ha podido ver, como una respuesta judicial a una reclamación del trabajador por irregularidades en su contratación. Es por ello que mayoritariamente los tribunales vienen entendiendo que el indefinido no fijo debe ser declarado judicialmente sin que exista la posibilidad de contratación inicial bajo esta modalidad ni la transformación en la misma sin contar con una resolución judicial al respecto⁵⁹¹. Sin embargo, no se trata, como es habitual, de un criterio uniforme en tanto que otras resoluciones han convalidado la postura contraria⁵⁹². No es raro que lleguen estos supuestos a los tribunales porque no es en absoluto desconocido que las propias entidades públicas en no pocas ocasiones han reconocido directamente tal condición sin control alguno⁵⁹³.

Pero si se piensa bien, constatado el hecho causante, la negativa de la Administración, abocando al trabajador al conflicto judicial o produciendo una «parálisis» en la situación jurídica del trabajador que verá perpetuado el mantenimiento de la irregularidad, también es cuestionable⁵⁹⁴. En este sentido, se ha censurado el hecho de que la Administración deniegue sistemáticamente reclamaciones de los trabajadores basadas en un incumplimiento de la Ley por temor a reconocer la irregularidad o el fraude cometido por el ente público. En este sentido, se da conocimiento de que una postura extendida entre los gestores públicos y auspiciada desde el ámbito académico es que se recomienda que la Administración no resuelva positivamente la reclamación, sino que espere a que el trabajador impugne contra el silencio administrativo para los tribunales del orden social decidan. Y ello, aun cuando contradice frontalmente la previsión contenida en el artículo 15.8 ET que establece un claro mandato a la empleadora reconocer la condición de trabajador fijo de la empresa –en este caso indefinido no fijo–⁵⁹⁵.

Pues bien, en este panorama irrumpe la DA 34 LPGE 2017, y posterior DA 43 LPGE 2018, ambas, con vigencia indefinida a pesar de estar ubicadas en la Ley presupuestaria⁵⁹⁶. El apartado Dos de dicha norma establece que “*los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición*

⁵⁹¹ STSJ (CA) Castilla-La Mancha, de 20 de diciembre de 2013, rec. 68/14; STSJ (CA) Cataluña 19 de febrero 2014, rec. 170/2013; STSJ Islas Canarias, Tenerife, de 4 de febrero de 2014, rec. 4/13.

⁵⁹² SAN de 10 de febrero 2016, rec. 335/2015.

⁵⁹³ En efecto, no se ignora que un riesgo de la legitimación de la auto-declaración administrativa de la condición de indefinido no fijo es el riesgo de que suponga un «atajo» para incorporar a los trabajadores a la plantilla de forma casi permanente. Véase: X. BOLTAÍNA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 10/12 pdf descargado.

⁵⁹⁴ J. F. LÓPEZ PÉREZ, “¿Qué hacer con el trabajador indefinido sí fijo de las administraciones públicas?”, *Diario La Ley*, n.º 8988, 2021.

⁵⁹⁵ X. BOLTAÍNA BOSCH, “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, cit., p. 10/12 pdf descargado.

⁵⁹⁶ Véase capítulo noveno, apartado II.2.2.3.

de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial". En este punto, se aplaude que sea uno de los pocos ámbitos en los que la legislación da una respuesta jurídica, si bien no puede estimarse que la misma sea aplicable a todos los supuestos causantes de indefinidos no fijos, habida cuenta de su ámbito objetivo limitado⁵⁹⁷. A mayor abundamiento, tras la anulación del inciso referente a la contratación administrativa por la STC n.º 122/2018, de 31 de octubre, dejaría fuera también los supuestos de cesión ilegal, falsos autónomos y sucesión de empresas⁵⁹⁸.

2.4.2. Condiciones de trabajo

A) La ausencia de normación específica del estatuto profesional del indefinido no fijo conlleva que cualquier cuestión relativa a las condiciones de trabajo deba integrarse con las reglas generales previstas en la normativa interna y comunitaria y su interpretación jurisprudencial. En este sentido, dos son las normas, o más bien principios, que deben presidir cualquier opción legal, administrativa o judicial en torno a la determinación de las condiciones de trabajo.

De un lado la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre contratación de duración determinada incluido en la Directiva 1999/70/CE por el cual se establece un principio de igualdad de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos, con prohibición expresa de aplicar condiciones de trabajo menos favorables a los primeros salvo que estén justificadas por una razón objetiva. En concreto, los derechos derivados de la antigüedad de los trabajadores serán los mismos a menos que, igualmente, el trato diferente venga justificado por razones objetivas.

Del otro lado, el artículo 15.6 ET que cumple idéntica función en el ámbito nacional, estableciendo un principio de igualdad de trato entre indefinidos y temporales, a salvo de las particularidades específicas que prevé la Ley en relación a la extinción contractual. Igualmente, los derechos atribuidos por razón de la antigüedad del trabajador se aplicarán con iguales criterios para todos los trabajadores con independencia de la modalidad contractual.

⁵⁹⁷ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 97.

⁵⁹⁸ R. ROQUETA BUJ, "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", cit., p. 35. Algún autor diferencia, mediante una interpretación sistemática de la DA 34 (o DA 43), las distintas lógicas a las que responden los apartados Uno y Dos. En este sentido, el apartado Uno obliga al estricto cumplimiento de la legalidad laboral, mientras que el apartado Dos ordena a los órganos de contratación velar para que no se produzca una irregularidad en la contratación temporal que derive en la conversión en indefinido no fijo, proscribiendo que pueda reconocerse tal condición sin mediar sentencia judicial. Pues bien, el autor diferencia entre supuestos en los que se alcanza la condición de indefinido no fijo por una irregularidad (Dos) del resto de supuestos (Uno). En el primer caso es claro que solo procede mediante declaración judicial en tanto que puede existir cierto margen de discrecionalidad en la comisión de la irregularidad que puede ser constitutiva de un acceso fraudulento al empleo público, pero en el segundo, referido a la superación de la duración máxima del contrato de obra, al encadenamiento de contratos ex art. 15.5 ET o a la sucesión de empresa, en los que no existe irregularidad y la conversión se produce de forma objetiva en cumplimiento de la legalidad. Véase: L. GORDO GONZÁLEZ, "¿Es posible el reconocimiento unilateral de la condición de indefinido no fijo por parte de la Administración?", en el blog «IDL de la UAM» [23-10-19], fecha de consulta 5 diciembre 2020, en <https://www.idluam.org/blog/category/blog/>.

B) Pues bien, con este sencillo pero insuficiente marco normativo se han planteado numerosas cuestiones tanto en sede judicial nacional como europea en torno a la igualdad de trato del trabajador indefinido no fijo respecto a los empleados públicos laborales fijos al servicio de las Administraciones Públicas. Se trata, no obstante, de cuestiones que, como el propio régimen extintivo que anteriormente se analizó, están intrínsecamente ligadas a la inteligencia que se haga de la propia naturaleza del vínculo indefinido no fijo. Con todo, brevemente se apuntan algunas cuestiones que ya han sido resueltas por los tribunales.

a) Como punto de partida, tal y como señalaban los primeros comentaristas del indefinido no fijo⁵⁹⁹ –posición respaldada por los más recientes⁶⁰⁰, así como por la propia jurisprudencia y la Ley–, la diferencia entre fijo e indefinido es una noción que debe trascender de la mera duración del contrato trabajo y que afecta al *status* que ambas categorías de trabajadores tienen dentro de la Administración. De esta forma –afirmaban GOERLICH PESET y VEGA LÓPEZ– pueden entenderse cohesionados los dos bloques normativos enfrentados, el laboral y el administrativo. En efecto, el incumplimiento de la normativa en materia de contratación temporal impone como consecuencia o sanción la indefinición prevista en la norma laboral, con el sacrificio a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Pero este sacrificio ha de ser el «mínimo imprescindible» para evitar que mediante una equiparación plena entre fijos e indefinidos se neutralicen las exigencias legales de acceso al empleo público y se coloque en la misma posición a aquellos que han accedido de forma regular de aquellos otros que no han superado un proceso selectivo igual de exigente.

En este orden de acontecimientos parece razonable que aquellas condiciones de trabajo, derechos o expectativas que van ligadas a quienes han accedido de forma regular acreditando su mérito y capacidad queden reservadas solo al personal fijo de plantilla, en la medida en que esta circunstancia les otorga una especial «posición subjetiva» que les permiten gozar con plenitud del estatuto profesional del empleado público. Sin embargo, dejando al margen este bloque de materias, para el resto de derechos y obligaciones que recaen sobre los empleados públicos debe existir una igualdad plena. Para los autores la frontera o «línea definitoria» de cuáles han de ser las materias aplicables o excluidas para el indefinido no fijo es clara:

i) De un lado, la regla general será la aplicación de las normas laborales en toda su extensión, previstas legal o convencionalmente. De ello deriva que las condiciones salariales, de tiempo de trabajo, de determinación de la prestación laboral (movilidad funcional y geográfica y modificación sustancial), vicisitudes del contrato, derechos colectivos, mejoras en materia de Seguridad Social, etc. Todas estas serán igual para ambos colectivos aplicándose la misma fuente normativa sea la Ley o el convenio colectivo.

⁵⁹⁹ J. M. GOERLICH PESET; J. VEGA LÓPEZ, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla»”, cit., p. 579 y ss.

⁶⁰⁰ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 50.

ii) De otro lado, se exceptuarán aquellas materias que se encuentren vinculadas al acceso regular al empleo público y a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Estas están conformadas por un conjunto de derechos, ventajas y expectativas que serán patrimonio exclusivo del empleado laboral fijo de plantilla que haya accedido de conformidad con el procedimiento legalmente establecido. En este momento, todavía incipiente de la doctrina del indefinido no fijo – aun no se habían dictado las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998– los autores citados proponían algunos ejemplos que se concretan, a su vez, en dos bloques. El primero referido la promoción profesional, que conforman un conjunto de expectativas y ventajas que no pueden ser atribuidas a quienes no han ingresado por el cauce reglamentario (provisión de puestos de trabajo, ascensos, concursos de traslado, pruebas restringidas, etc.). Más recientemente, también se ha incidido en la idea en que los indefinidos no fijos no deberían poder participar en este tipo de procesos selectivos calificados como «blandos»⁶⁰¹. Y el segundo, se refiere a las reglas específicas de la estabilidad en el empleo del trabajador público basadas en el exigente sistema de acceso que debe superarse. En especial, en este grupo se hace referencia a las especialidades en materia de despido que refuerzan la posición de estabilidad del empleado público⁶⁰².

b) Siguiendo estas premisas se ha reconocido que, en materia retributiva y en cuanto a la «progresión del salario» prevista en el Convenio Colectivo, la diferencia de trato no obedece a una justificación objetiva y razonable basada en la forma de acceso⁶⁰³. En el mismo sentido, respecto de aquellos complementos relacionados con la antigüedad del trabajador⁶⁰⁴, el derecho a devengo del trienio durante el tiempo de inactividad del trabajador indefinido no fijo plantilla «discontinuo»⁶⁰⁵, o cualesquiera otros pluses, incentivos o ayudas⁶⁰⁶.

c) En cambio, se ha denegado el derecho de acceso a la excedencia voluntaria especial por incompatibilidad prevista en la Ley 53/1984, en tanto que dicha institución constituye una garantía de estabilidad que no puede reconocerse al indefinido no fijo que tiene un «estatuto precario» cuya naturaleza jurídica se caracteriza por su «provisionalidad». A mayor abundamiento, el derecho que

⁶⁰¹ R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., p. 43.

⁶⁰² En el mismo sentido, pero basando la argumentación en la «inamovilidad» del empleado público: M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública”, 2004, Universidad Autónoma de Madrid, p. 380.

⁶⁰³ SSTS de 29 de enero de 2009, rec. 326/08; de 4 de mayo de 2009, rec. 1631/08.

⁶⁰⁴ STS de 21 de septiembre de 2011, rec. 4074/10. En el mismo sentido: STSJ Galicia de 26 de marzo de 2013, rec. 229/16; STSJ Asturias de 9 de febrero de 2016, rec. 2355/15.

⁶⁰⁵ STS de 13 de enero de 2021, rec. 3918/19. Véase: I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 111.

⁶⁰⁶ Así, entre otros: complemento personal de capacitación y ayuda personal (STSJ Galicia de 18 de marzo de 2014, rec. 2550/12; de 28 de marzo de 2014, rec. 1843/12; de 10 de junio de 2014, rec. 1919/12); incentivo de jubilación (STSJ Galicia de 28 de marzo de 2018, rec. 4290/17); ayuda por limpieza bucal (STSJ País Vasco de 15 de mayo de 2018, rec. 744/18), etc.

reconoce, esto es, un derecho preferente al reingreso en una vacante igual o similar, no puede reconocerse a un trabajador cuya relación está vinculada al puesto que ocupa⁶⁰⁷.

d) Por su parte el legislador también ha establecido algunas diferencias de trato⁶⁰⁸. De un lado, la DA 15 ET ha introducido diferentes consecuencias para la superación de los límites contenidos en los artículos 15.1.a y 15.5 ET respecto a los trabajadores del sector privado. Y la DA 16 ET introduce una preferencia de permanencia para el trabajador fijo en caso de despido colectivo sobre, entre otros, el indefinido no fijo, que ha sido convalidada por los tribunales⁶⁰⁹.

e) Asimismo, el régimen especial previsto para el despido disciplinario improcedente en el artículo 96.2 EBEP, que obliga a la readmisión, ha sido interpretado por la justicia europea que ha entendido que procede la diferencia de trato entre trabajadores fijos e indefinidos por cuanto que están basadas en el sistema de acceso del personal fijo y las mayores garantías de permanencia y estabilidad que le otorgan, necesarias para el desarrollo de sus funciones en condiciones de imparcialidad, eficacia e independencia⁶¹⁰.

f) Una última cuestión merece la pena ser apuntada aunque será analizada con mayor detalle en el apartado inmediatamente siguiente por su conexión. Se hace referencia a la posibilidad de que el personal indefinido no fijo participe en convocatorias relacionadas con la promoción interna o la provisión de puestos de trabajo. Si bien en un momento inicial se había negado tajantemente el derecho a participar en concursos de traslado⁶¹¹, posteriormente se aprecia una tendencia más aperturista en la medida en que se ha reconocido este derecho cuando el convenio colectivo que los regula no distingue entre los diferentes tipos de personal laboral⁶¹², así como el derecho a percibir los complementos propios de la carrera profesional horizontal⁶¹³. No obstante, algunas de estas sentencias, además de contar con un voto particular discrepante, han sido objeto de crítica por parte de la doctrina por su discutible argumentación⁶¹⁴.

⁶⁰⁷ SSTS de 29 de noviembre de 2005, rec. 3796/04. En el mismo sentido, STSJ Cataluña de 9 de noviembre de 2016, rec. 3889/16; STSJ Madrid de 26 de abril de 2018, rec. 67/18; STSJ Asturias de 17 de abril de 2018, rec. 194/18. En sentido contrario, la STSJ C. Valenciana de 27 de diciembre de 2018, rec. 2727/18, aunque vinculada exclusivamente a esa plaza en tanto no se haya cubierto reglamentariamente. También la STSJ Andalucía, Sevilla, de 20 de septiembre de 2018, rec. 2867/17. Con mayor detalle: R. ROQUETA BUJ, "Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público", cit., pp. 42-43. I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., pp. 113-115.

⁶⁰⁸ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., pp. 52-53.

⁶⁰⁹ STS de 23 de mayo de 2014, rec. 179/13; de 23 de noviembre de 2016, rec. 91/16.

⁶¹⁰ STJUE de 25 de julio de 2018, *Vernaza Ayovi*, asunto C-96/17. Una crítica a la postura del TJUE en J. L. MONEREO PÉREZ; P. G. ORTEGA LOZANO, "Sobre la diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración Pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión «in natura»)", *Revista de Derecho Social*, n.º 84, 2018, p. 205 y ss.

⁶¹¹ STS de 3 de mayo de 2006, rec. 1819/05.

⁶¹² STS de 21 de julio de 2016, rec. 134/15.

⁶¹³ SSTS de 6 de marzo de 2019, rec. 8/18; de 3 de abril de 2019, rec. 1/18.

⁶¹⁴ A. DESDENTADO BONETE, "Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]", cit., p. 18/28 y ss. pdf descargado.

2.4.3. La confirmación del derecho a la promoción profesional y sus consecuencias

A) Mención aparte requiere la STS de 2 de abril de 2018 (rec. 27/17) que reconoce el derecho de los trabajadores indefinidos no fijos a la promoción profesional. No nos interesa tanto a efectos de este estudio el reconocimiento del concreto derecho, sino las consecuencias que del mismo se desprenden, pues esta conclusión afecta a las bases sobre las que se construye al indefinido no fijo e implícitamente a su propia naturaleza.

Como se ha dicho más arriba una de las notas esenciales del indefinido no fijo es la vinculación a la plaza que ocupa, de lo cual se derivan dos consecuencias inmediatas que permiten trazar una línea de separación con el trabajador fijo de plantilla. De un lado, su particular régimen extintivo que actualizará la causa de extinción cuando dicha plaza se cubra reglamentariamente o cuando se amortice. Y de otro lado, la sustracción del régimen jurídico profesional de aquellos derechos, ventajas o expectativas consustanciales al acceso regular al empleo público fijo.

Pues bien, el reconocimiento del derecho a la promoción profesional supone, a mi juicio, deconstruir esta premisa que, hasta el momento, se había considerado que era una de las pocas certezas que había en torno al régimen jurídico del indefinido no fijo⁶¹⁵. En cualquier caso, el TS concluye que los indefinidos no fijos tienen derecho a la promoción profesional reconocida en el convenio colectivo, basándose en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, porque el convenio colectivo no distingue en la concreción del alcance del derecho entre fijos, indefinidos o temporales, simplemente determina que “*para la promoción profesional se valorará la acumulación de experiencia, el cumplimiento de objetivos y la formación necesaria; todo ello dentro de un adecuado desempeño*”. Adicionalmente contempla previsiones específicas para cada grupo particular, por ejemplo, para acceder al grupo 1 se “*requerirá la existencia de vacantes en la organización y la selección mediante convocatoria interna, en la que exclusivamente podrán participar los que reúnan los requisitos*” (antigüedad, adecuado desempeño y superar un programa formativo).

Instruye así la norma paccionada un derecho básico de los trabajadores por cuenta ajena (art. 4.2.b ET), que en el ámbito del empleo público debe realizarse de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través objetivos y transparentes (art. 14.c EBEP). A mayor abundamiento, para el personal laboral la promoción profesional deberá realizarse a través de los procedimientos previstos en el estatuto de los trabajadores o en los convenios colectivos (art. 19.1 EBEP). Asimismo, la provisión de puestos de trabajo y la movilidad del personal laboral también será un ámbito material que le corresponde a la negociación colectiva, debiéndose recurrir a los sistemas previstos para el personal funcionario solo en defecto de aquella (art. 83 EBEP). Con este marco normativo la Sala afirma que no hay inconveniente en admitir que el indefinido no

⁶¹⁵ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, cit., p. 57.

fijo pueda participar en este tipo de concursos, máxime cuando se trata de favorecer el ejercicio de un auténtico derecho constitucional como es la promoción a través del trabajo (art. 35.1 CE).

b) En segundo lugar, porque distinguir donde no lo hace la norma fuente del derecho en cuestión atentaría contra el principio de igualdad y no discriminación, contenido en la Directiva 1999/70/CE, en el artículo 15.6 ET y en el artículo 14 CE.

i) Para ello se parte de la consideración de que el trabajador indefinido no fijo es un trabajador con contrato de duración determinada, y en este sentido la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre contratación de duración determinada garantiza impide un trato diverso entre fijos y temporales cuando no haya una justificación objetiva y razonable. Así afirma que *“la equiparación de derechos se edifica desde la dicotomía conceptual apuntada; desde tal perspectiva se comprende que a quienes son indefinidos no fijos se les considere como temporales, puesto que de ese modo se permite el contraste (con quien sea comparable) y queda garantizada la equiparación de derechos”*. En este sentido afirma que *“la transformación o el cambio de denominación no puede afectar a sus garantías como trabajadores temporales”* (entiendo que cuando hace referencia a la transformación se refiere al tránsito de personal temporal en situación de irregularidad a indefinido no fijo de plantilla por declaración judicial, también temporal).

ii) En el mismo sentido, el artículo 15.6 ET equipara a ambos colectivos con la sola excepción de la materia de la extinción contractual (que no es lo que se discute en este conflicto).

iii) Tampoco es compatible con el artículo 14 ET que la modalidad contractual sea una razón objetiva para justificar una diferencia de trato sobre esta materia, lo que a la postre conduciría, en contra de lo que ha determinado la doctrina constitucional, el establecimiento de trabajadores con un «estatuto de trabajador pleno» (los fijos) y otros trabajadores que ocupan una «posición de segundo orden» con un «estatuto más limitado o incompleto».

c) En tercer lugar, no ignora la Sala que existe un obstáculo objetivo que impediría aplicar las consideraciones apuntadas y, por ello, en primer lugar, se ocupa de refutarlo. Se trata de la eventual vinculación exclusiva del indefinido no fijo a una plaza o puesto concreto.

El Alto Tribunal reconoce que la doctrina jurisprudencial del indefinido no fijo en sus orígenes partía de la vinculación del trabajador al puesto de trabajo en el que se comete la irregularidad que causa su declaración. De hecho recuerda la asimilación casi plena que ha existido –hasta no hace mucho– con el trabajador interino por vacante. Sin embargo, considera que *“la figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello tenga en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato)”*.

i) De hecho, una manifestación clara de ese alejamiento es el abandono de la construcción de la cláusula resolutoria que opera en el interino para el indefinido no fijo, cuya resolución contractual ha pasado a canalizarse en los últimos años a través de otros mecanismos extintivos.

Así, asevera que en el caso el interino por vacante *“hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va a desarrollarse mientras que cuando se declara una concreta plaza como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza”*⁶¹⁶. En este sentido se apoya en algunos precedentes aislados de la Sala en los que se afirma que dicha vinculación con la plaza no tiene por qué existir necesariamente⁶¹⁷. Así pues, de acuerdo con el estado actual de su doctrina, entiende que *“ya no puede afirmarse tajantemente que quien posee la condición de indefinido no fijo siempre viene adscrito a una concreta plaza en las mismas condiciones que quien ha sido contratado para una interinidad por vacante”*⁶¹⁸. En contraposición, las «interinidades puras» sí que quedan estrictamente vinculadas al puesto, de tal forma que se «desnaturalizaría» el contrato de trabajo de no estarlo. Ello no obsta –según su criterio– para que en algunos supuestos concretos la adscripción a la plaza sea innegable y necesaria, pero no será así en la mayoría de los casos en los que la existencia del indefinido no fijo revela un «empleo adicional» al previsto en el organigrama, esto es, la RPT. O, supuestos, como el presente asunto que analiza, correspondiente a un conflicto colectivo que afecta a 250 trabajadores indefinidos no fijos y en los que no resulta pertinente un análisis individualizado.

ii) Por otra parte, mantiene la sentencia que la única diferencia existente entre el trabajador fijo y el trabajador indefinido no fijo es la relativa a la causa de extinción del vínculo contractual (que será, recuérdese, por amortización o cobertura de plaza). Y es que recae sobre la empleadora pública la obligación de proceder a la cobertura reglamentaria del mismo o a su amortización, ya que *“cuanto más tiempo persista la plaza sin ser convocada mayor es el incumplimiento del empleador”*. En cambio, el resto de derechos laborales o sindicales no admiten merma alguna durante la vigencia del contrato. Por todo ello, entiende que este personal sí puede cambiar de destino siempre que mantenga su naturaleza contractual: *“El trabajador indefinido no fijo trasladado sigue siendo indefinido no fijo y no se convierte en un trabajador fijo de pleno Derecho por el mero hecho del cambio de trabajo”*. La «no alteración» del vínculo se revela como una cuestión esencial para la Sala, por lo que se encarga de reiterarla hasta en cinco ocasiones más:

⁶¹⁶ *“De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida”*.

⁶¹⁷ De acuerdo con la STS de 2 de febrero de 2017 (rec. 53/15), *“no podemos obviar el hecho de que estamos ante la situación de quien posee la condición de indefinido no fijo, y no está cubriendo necesariamente una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura. Estamos, por tanto, ante un supuesto en que la falta de identificación de la plaza no sólo se da respecto de la convocatoria para su cobertura, sino también respecto de la situación de la trabajadora, de la cual sólo se acredita que presta servicios en determinada categoría profesional y centro de trabajo”*.

⁶¹⁸ Insiste y reafirma su postura reformulando la misma idea: *“A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo”*.

1) *“De ahí que no veamos inconveniente en admitir que el indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno derecho” [...].*

2) *“La solución que abrazamos en modo alguno ignora las exigencias constitucionales (y legales) de acceso a los empleos públicos. De ahí las cautelas que hemos venido introduciendo sobre imposibilidad de que la promoción interna se convierta en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término. De ahí también que reafirmemos la necesidad (auténtica obligación) de que el empleador proceda, cuanto antes, a la amortización o convocatoria pública de las plazas desempeñadas por este tipo de trabajadores” [...].*

3) *“La sentencia de instancia y nuestras consideraciones también insisten en que la promoción profesional, aunque comporte cambio de destino funcional, no altera la naturaleza del contrato” [...].*

4) *“Interesa recordar que en ella se advierte que la condición de quien pueda participar en esas convocatorias no se verá alterada en caso de obtener éxito. Se trata de una reflexión importante. De este modo, si en algún concreto caso la obtención de la plaza pretendida comportase la transformación del vínculo indefinido no fijo en otro dotado de fijeza habría que rechazarla” [...].*

5) *“Asimismo, aunque no trasciendan al fallo, debe advertirse sobre las importantes cautelas que en fundamentos precedentes hemos incorporado para evitar que por esta vía se alcancen resultados indebidos. La promoción profesional reclamada ha de reconocerse pero solo cuando su consecución se considere posible sin alterar la naturaleza (indefinida no fija) de la relación laboral, lo que requiere un análisis individualizado” [...].*

De esta particular forma el Tribunal Supremo defiende la compatibilidad entre el ejercicio del derecho a la promoción profesional y los principios rectores de acceso al empleo público⁶¹⁹. El problema es que por más que se defienda esa compatibilidad, la consecuencia práctica de su aplicación es que el régimen jurídico del indefinido no fijo se aproxima peligrosamente al del trabajador fijo y atenta gravemente contra el principio que se sigue para preservar la igualdad, el mérito y la capacidad: evitar la consolidación del personal que no accedido de forma regular. Al respecto, la propia sala admite que *“estamos ante personas que poseen una posición más consolidada que el resto de empleados temporales y que incluso pueden estar «flotantes», sin adscripción a puesto concreto”*. A mi parecer, la consolidación en este contexto es una cualidad que no admite graduaciones, por lo que solo el personal fijo puede tener una posición consolidada mientras que los que no hayan accedido de forma regular no.

B) La doctrina sentada en esta sentencia ha sido particularmente polémica, suscitando un considerable número de críticas doctrinales. Para empezar la STS de 2 de abril de 2018 cuenta

⁶¹⁹ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 57.

con un voto particular⁶²⁰ que evidencia algunas de las contradicciones, inconsistencias o inexactitudes de la postura del voto mayoritario.

a) En primer lugar, la postura de los cuatro magistrados que conforman dicho voto discrepa abiertamente del pretendido acercamiento del trabajador indefinido no fijo al fijo de plantilla. Y es que considera inaceptable tal asimilación al trabajador a efectos de conceder una «igualdad absoluta» de derechos. En efecto, se entiende que por más que el ordenamiento jurídico garantice un «elevado nivel de igualdad» en cuanto a las condiciones laborales, de modo alguno debe perderse la perspectiva de que el indefinido no fijo es un «contrato sujeto a término» que necesariamente será extinguido por cobertura o amortización de la plaza.

b) A mayor abundamiento considera una «afirmación inexacta o incompleta» la que formula la Sala respecto a que la única diferencia entre fijos e indefinidos es la mencionada extinción. Señala que esta postura parece haber olvidado la verdadera razón de fondo, que constituye una diferencia «mucho más trascendente» y que inherente a la existencia del indefinido no fijo: la no superación de un proceso reglado de acceso al empleo público⁶²¹. Por este motivo, señala que no entiende la distinción que hace la sentencia de instancia, a efectos de la promoción profesional, entre los indefinidos no fijos y los trabajadores eventuales. Recuerda que el planteamiento del conflicto colectivo versaba en su origen sobre la reclamación de reconocimiento del derecho a la promoción interna de ambas categorías de empleados laborales, aunque sobre los eventuales quedó rechazada la pretensión en instancia. En este sentido, la sentencia argüía que *“está justificada la exclusión de los concursos de traslado de los contratados temporales puesto que, como hemos visto, su contrato de trabajo está vinculado a un determinado puesto de trabajo y si se produce la desvinculación con ello se afecta a la propia naturaleza temporal del mismo”*. Por tanto, no se comprende porqué *“la eventualidad resulta ser un factor objetivo y razonable que justifica la exclusión de los concursos de promoción interna del personal eventual y, paralelamente, el hecho de haber ingresado en la empresa sin sujetarse a los principios constitucionales de capacidad, mérito o igualdad no puede ser considerado como una circunstancia objetiva y razonable que apoye lícitamente la exclusión del personal indefinido no fijo del concurso de promoción interna y excluya cualquier atisbo de discriminación”*. Razonamiento que, por otro lado, está perfectamente alineado con la STJUE de 25 de julio de 2018, *Vernaza Ayovi*, asunto C-96/17.

c) Cobra sentido así que, a ojos de la doctrina constitucional en torno al enjuiciamiento de la igualdad, la superación del procedimiento legal de acceso al empleo constituya una razón objetivamente justificada para introducir diferencias en el régimen jurídico aplicable a tales

⁶²⁰ Formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Ángel Blasco Pellicer, al que se adhieren las Excmas. Sras. Magistradas D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea y D^a. M^a Luz García Paredes y el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando De Castro Fernández.

⁶²¹ Un sector de la doctrina administrativa es partícipe de esta conclusión, en tanto que se afirma que *“hoy por hoy, la única diferencia existente entre el trabajador indefinido no fijo y el fijo es el diferente procedimiento de acceso a su condición”*. Cfr. J. MAURI I MAJÓS, “La irregularidad en el empleo público no permanente y sus medidas de corrección”, en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco) *Defensa del patrimoni público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, p. 416.

trabajadores sin sospechas de constituir un supuesto de discriminación prohibida. Es más, se indica que el artículo 14 EBEP, que reconoce los derechos individuales de los trabajadores entre los que se encuentra la promoción profesional, permite que se apliquen “*en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio*”. Por tanto, no debe limitarse a la distinción entre funcionario y laboral, sino que dentro de este último ha de atender a las distintas figuras de personal laboral fijo, indefinido o temporal. Recurre a la doctrina científica para señalar cómo este derecho a la promoción profesional ha sido uno de los que tradicionalmente se ha considerado que no debe operar para el personal temporal, incluido el indefinido no fijo de plantilla⁶²².

d) Y es que la verdadera naturaleza y significado de este determina la necesaria exclusión del personal indefinido de la misma forma que pacíficamente se realiza para el personal temporal. Se entiende así que lo que verdaderamente configura la regulación convencional controvertida es un sistema de provisión de vacantes que permite el acceso a “*un puesto estable de superior categoría*”. De este modo, si se admite la participación de indefinido no fijo en concursos que le permiten ocupar un puesto estable se «desnaturaliza» su carácter temporal como contrato sometido a término ligado a la amortización o cobertura de la plaza. Dicho con otras palabras, “*habrán pasado a ocupar una plaza estable y consolidada mediante un sistema de promoción interna y, consecuentemente, tal plaza no volverá a ser objeto de concurso, con lo que habrán logrado de facto una absoluta equiparación a los trabajadores fijos sin haber superado pruebas objetivas de ingreso que respeten los aludidos preceptos constitucionales*”.

C) la doctrina científica también se ha mostrado especialmente crítica con este pronunciamiento en la medida en que se ha entendido que desencadena una “*nueva conmoción en el agitado universo de los indefinidos no fijos*” e introduce dificultades prácticas a la hora de cumplir con la función que típicamente cumple esta figura⁶²³.

a) La más autorizada doctrina sobre el tema se ha centrado sobre todo en la cuestión de la conexión o desconexión entre el puesto de trabajo y el trabajador indefinido. Según DESDENTADO BONETE, no puede negarse que hay “*una relación clara en el plano conceptual entre el mantenimiento provisional de vínculo y la cobertura de la plaza reglamentaria de la plaza que ha de considerarse vacante*”. Así las cosas afirma que si esa vinculación desaparece, el indefinido no fijo pierde tal condición y se convierte “*en portador «errante» de una especie de interinidad perpetua que «contamina» cualquier puesto de trabajo que desempeñe*”⁶²⁴. Ahora bien, asume que, en ocasiones, sea difícil probar esa vinculación debido a una mala gestión de personal en la que no se cumple con el deber de, tras la sentencia declarativa, incluir el puesto en la RPT, dotarlo financieramente, ofertarlo en la OEP y convocar las pruebas de acceso. Así, entiende que más que de trabajadores «flotantes» cabría hablar de trabajadores «no formalizados», en el sentido de

⁶²² En este mismo sentido, además de los autores antes señalados, véase: J. F. LÓPEZ PÉREZ, “¿Qué hacer con el trabajador indefinido sí fijo de las administraciones públicas?”, cit.

⁶²³ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, cit., p. 16/28 pdf descargado.

⁶²⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 18/28 pdf descargado.

que no quedan incluidos en la plantilla de personal y en la RPT. Pero esto no contradice que «materialmente» la plaza exista y que se retribuya, por lo que hay en cualquier caso una vinculación jurídica entre la plaza y el tipo contractual. Esta vinculación es un «elemento constitutivo» del indefinido no fijo, tanto en las sentencias que lo crearon –cuya construcción queda inalterada hasta la STS 02-04-18, pese a que haya habido «algunas desviaciones» puntuales– como en la DA 15 ET cuando afirma que el trabajador, que en ningún caso adquirirá la condición de indefinido ordinario, “*continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura [...] momento en que se producirá la extinción de la relación*»⁶²⁵.

En definitiva, entiende el autor que el TS ha abandonado la «concepción orgánica» –en el sentido de vinculación a la plaza– apostando por una «concepción subjetiva» del indefinido no fijo –en el sentido de que la causa de la extinción del contrato va aparejada al propio contrato–. Sin embargo, ambas concepciones deben ser complementarias, pues la vinculación a la plaza (requisito objetivo) permite que el contrato se extinga por cobertura o amortización garantizando que el trabajador afectado por una irregularidad contractual no acceda al empleo estable de forma ilícita (aspecto subjetivo). Si se elimina el primero, cada puesto desempeñado por un trabajador indefinido no fijo se convierte automáticamente en «vacante», además de que se le permite participar en procedimientos regulares de provisión en los que no tendrían cabida –en condiciones normales– quienes no hayan accedido primero mediante una convocatoria externa ajustada a derecho. A mayor abundamiento, complica la regularización de la situación de provisionalidad que caracteriza a esta categoría, provocando que se encuentra ahora más próximo al fijo que al temporal⁶²⁶. Y es que, a mi juicio, la desvinculación de la plaza en la que se comete la irregularidad supone un notable refuerzo de la estabilidad en el empleo del trabajador indefinido no fijo que se acerca notablemente a la idea de consolidación del puesto, olvidando su finalidad originaria⁶²⁷.

⁶²⁵ *Ibid.*, pp. 20-22/28 pdf descargado. El autor afirma que “*todo está encadenado y lleva a la idea de vinculación: el trabajador que accede a la condición de indefinido-no fijo continúa en su puesto de trabajo; ese puesto es el que debe ser objeto de convocatoria pública y su cobertura determina la extinción del contrato de trabajo indefinido no fijo o su conversión en un contrato fijo. En realidad, la sentencia reconoce también la vinculación, aunque la proyecta sobre la nueva plaza que haya podido adjudicarse al trabajador. Así afirma que «la dicción de la Disposición Adicional 15.ª ET sobre permanencia en el puesto de trabajo bien puede concordarse con todo lo anterior, simplemente acomodando el “puesto de trabajo” al desempeñado en el momento en que se produce una convocatoria de plazas*»”. Comparten plenamente esta argumentación y se suman a ella M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, cit., p. 60.

Comparte esta opinión: R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., pp. 41-42.

⁶²⁶ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, cit., pp. 22-23/28 pdf descargado.

⁶²⁷ De nuevo, cabe recurrir a las consideraciones formuladas por DESDENTADO BONETE que afirma con acierto que cuando se promociona a otro puesto es para permanecer en él y no para salir inmediatamente de la relación laboral a causa del vencimiento del término o actualización de la condición resolutoria. De este modo la promoción interna “*rompe la causa de temporalidad: se sale de la obra, del trabajo que justifica su eventualidad, del marco de la sustitución y, claro está, de la vacante*”. Cfr. *Ibid.*, p. 24/28 pdf descargado.

Dicha provisionalidad también queda latente en la STS de 2 de abril de 2018 analizada: “*La solución que abrazamos en modo alguno ignora las exigencias constitucionales (y legales) de acceso a los empleos públicos. De ahí las cautelas que hemos venido introduciendo sobre imposibilidad de que la promoción interna se convierta en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término. De ahí también que reafirmemos la necesidad (auténtica*

b) Por su parte, LÓPEZ BALAGUER y RAMOS MORAGUES sostienen que este entendimiento del Tribunal Supremo de la desvinculación entre la plaza y el contrato bien podría anticipar un cambio de doctrina, de tal manera que la STS de 2 de abril de 2018 podría constituir una suerte de «aviso» o «preparación» para una nueva redefinición de esta figura⁶²⁸. Los autores señalan que dicha desvinculación de la plaza o puesto de trabajo trae consigo, de forma inmediata, el impedimento de que entre en juego la causa extintiva por cobertura o amortización, en la medida en que la jurisprudencia mayoritaria viene exigiendo como condición *sine qua non* la identificación de la plaza para que opere la extinción. La eliminación de dicho requisito hace surgir nuevos interrogantes y contradicciones en torno a esta compleja doctrina.

Así, quedan por solventar numerosas cuestiones sin una respuesta legal ni jurisprudencial acerca de los efectos de la promoción profesional, a saber: 1) cuál debe ser ahora el destino de la plaza que venía ocupando el indefinido no fijo; 2) o si conlleva el cambio de puesto de trabajo el reconocimiento de un nuevo derecho indemnizatorio; 3) ¿debe la Administración proceder de inmediato a cubrir o amortizar la nueva plaza ocupada por el indefinido a la que ha accedido por promoción interna?; 4) o, si por el contrario, la participación en dicho procedimiento de conformidad con los principios de mérito y capacidad avala una conversión en fijo de plantilla. Sobre esta última cuestión advierten de que no con poca frecuencia dichos «supuestos de promoción» se articulan a través de procesos de «consolidación» en los que se valora de forma exorbitada la experiencia o mediante «pruebas restringidas» que impiden la participación a quienes no son empleados públicos. En ambos casos, “*el fraude está más que garantizado*”⁶²⁹.

Tampoco desaprovechan la oportunidad de destacar la flagrante contradicción que supone estructurar toda la argumentación para extender dicho derecho al trabajador indefinido no fijo sobre la base de que es un trabajador temporal que admite una diferencia de trato injustificada con los trabajadores fijos al albur del derecho a la igualdad –tanto de base constitucional como comunitario–, toda vez que implícitamente se reconstruye la concepción del indefinido como trabajador asimilado al fijo de plantilla, entre los cuales no deben haber más diferencias que las relacionadas con el régimen extintivo.

c) La idea de que el nuevo derecho contribuye a «disipar» las diferencias entre fijos e indefinidos no fijos esta generalmente extendida entre los autores que han analizado la sentencia. También se critica que el nuevo giro en la recalificación de la naturaleza de «no temporal» a

obligación) de que el empleador proceda, cuanto antes, a la amortización o convocatoria pública de las plazas desempeñadas por este tipo de trabajadores”.

⁶²⁸ En este sentido, se entiende que si lo que pretende el TS es dar un giro «sorpresivo» a su doctrina en el sentido de otorgarle una mayor estabilidad, a lo que en definitiva estaría contribuyendo es la creación de un proceso de consolidación por la puerta de atrás (J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, *GABILEX. Revisra del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º13, 2018, p. 32).

⁶²⁹ Cfr. M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 61 y 65.

«temporal» se haya realizado por la Sala sin motivación alguna⁶³⁰. Por otro lado, de nuevo se apuntan nuevas contradicciones o, cuanto menos, situaciones paradójicas, cual es que la sanción contra una irregularidad acometida por una Administración Pública sea básicamente la conversión del contrato temporal ilícito en otro contrato temporal, de acuerdo con la naturaleza que se le atribuye al indefinido no fijo⁶³¹.

d) El reconocimiento del derecho en liza también ha sido analizado por la doctrina administrativa, de la cual parece desprenderse la idea de que es una materia impropia para quien no tiene un estatuto profesional estable o consolidado. En efecto, lo que se persigue mediante la convocatoria de promoción interna es satisfacer una demanda de trabajo permanente, por lo que cabría esperar que la solución más razonable fuera aquella que también fuese permanente. Por ello, lo lógico y habitual ha sido que en estos concursos solo pudieran participar personal fijo, a quienes iban dirigidos estos procesos ordenados por la negociación colectiva. Con todo, cuando no se podía satisfacer esta demanda internamente, lo normal era acudir a convocar una provisión externa mediante un turno libre de acceso para la cobertura definitiva de vacantes. Pues bien, esta nueva doctrina trae consigo algunas «disfuncionalidades» como que *“la obtención de una solución temporalmente limitada a la satisfacción permanente de una demanda de trabajo, por más que sea cierto que el indefinido no fijo que pudiera ascender en primer lugar, acabaría dejando su puesto tarde o temprano a un fijo”*. Así las cosas, la satisfacción de la necesidad de mano de obra quedaría en última instancia pendiente de satisfacción, por lo que la Administración debería convocar la plaza de nuevo mediante un turno de promoción interna o mediante un turno libre⁶³².

D) No puedo más que sumarme a las fundadas críticas que formula la doctrina científica. El hecho de que la Sala caiga en la profunda contradicción que significa considerar al indefinido un contrato temporal en algunos aspectos (para justificar la igualdad de trato con los fijos), pero fijo en otros aspectos (para alejarlo de los eventuales e interinos y reconocerles derechos que solo corresponden a los fijos) solo se entiende si el Tribunal Supremo está preparando el terreno para realizar un giro doctrinal de gran calado. A mi parecer, tal giro sería la desvinculación de su propia doctrina sobre el indefinido no fijo para acepar la fijeza sin matices, con una forma de proceder muy similar a la que recientemente ha realizado respecto al contrato de obra y servicio vinculado

⁶³⁰ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 53.

⁶³¹ En este sentido, *Ibid.*, p. 56. El autor afirma que *“el hecho de que la doctrina coexista en la actualidad pacíficamente con la naturaleza temporal de los INF es la muestra más que evidente del «principio de complementariedad», propio de la física cuántica [...]. Sin embargo esta complementariedad tiene un difícil encaje en el universo jurídico, y ello deja un margen muy estrecho (casi inexistente) para seguir defendiendo la naturaleza jurídica temporal de los INF”*. Incluso, no ve con malos ojos, como ya han hecho algunas sentencias del TSJ de Andalucía, volver a la consideración de que no tiene naturaleza temporal y de que el contrato queda sometido a una condición resolutoria, lo que podría marcar una nueva fase o etapa en la concepción del indefinido no fijo (véase la argumentación en las pp. 56-58). En este sentido también se había manifestado DESDENTADO BONETE quien, si bien no ve problemas para identificar el contrato interino por vacante como sujeto a término, nota mayores dificultades con el indefinido, habida cuenta de que hasta que la plaza no se dota presupuestariamente, se incluye en la RPT y en la OEP, no hay certidumbre en torno a la existencia de un término (no empieza a computar el plazo del art. 70 EBEP), por lo que entiende que se acomoda mejor en la condición resolutoria. Véase: A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, cit., pp. 8-9/28 pdf descargado.

⁶³² J. F. LÓPEZ PÉREZ, “¿Qué hacer con el trabajador indefinido sí fijo de las administraciones públicas?”, cit.

la a contrata o concesión administrativa, en el cual fue primero restringiendo progresivamente los supuestos de extinción hasta el punto en que la práctica perdió toda relevancia el mantenimiento de la figura contractual según el sentido original que la Sala le había otorgado.

Y aunque se insista con vehemencia en que la desconexión de la plaza o puesto de trabajo no afecta a la naturaleza del vínculo, lo cierto es que no creo que desconozca la Sala que en realidad ello no va a ser así, pues no parece factible que una vez finalizado el proceso de provisión interna que concluye con la ocupación de una vacante por el indefinido no fijo la Administración vaya a promover inmediatamente otro procedimiento selectivo o vaya a amortizar la plaza, que es lo que debería hacer para cumplir con el mandato que las normas de la función pública le imponen. Si quisiera o pudiera prescindir de la plaza, lo habría hecho antes de convocar su cobertura. Si realiza un nuevo procedimiento interno, no parece que vaya a acabar con un resultado diferente. Y si decide promover una cobertura externa y abierta, no se entiende el sentido que ha tenido realizar primero la de promoción interna, desde luego va en contra de los principios de eficacia y eficiencia administrativa. Por tanto, lo predecible es que el trabajador indefinido que obtuvo la plaza, por más que sea una vacante, permanecerá un largo periodo de tiempo en ella, lo que en la práctica supone «renovar» su «temporalidad indefinida» acercándose al concepto de consolidación del empleo que es lo que precisamente pretendía evitarse con la creación del indefinido no fijo. Este reforzamiento de la estabilidad en el empleo, desde mi punto de vista, resulta inadmisibles para quienes han accedido al empleo público por una vía irregular o fraudulenta, en la que no es posible descartar de pleno la connivencia del propio trabajador.

2.4.4. La regularización de la condición del indefinido no fijo

Desde la más antigua (STS de 20 y 21 de enero de 1998) a la más reciente (STS de 2 de abril de 2018) doctrina jurisprudencial sobre el indefinido no fijo, vienen dejando constancia de cuál es la vía normal o habitual de regularización de la situación de indefinido no fijo: la cobertura legal de la plaza o, alternativamente, su amortización. De esta forma, se pretende poner fin a una situación de provisionalidad o transitoriedad, y en la que el trabajador no puede acabar consolidando el empleo para salvaguardar el derecho legal de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

A) Una primera apreciación que debe formularse al respecto es que la normativa sobre empleo público no contempla la imposición de un plazo concreto para llevar a cabo la regularización ni prevé penalidades para el caso de su incumplimiento. Como ya se ha anticipado, el “*plazo improrrogable de tres años*” al que se refiere el artículo 70 EBEP lo es para la “*ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar*”, de manera que hasta que la plaza no esté económicamente dotada, incluida en la RPT y posteriormente en la OEP, no empieza a computar el plazo señalado para desarrollar la convocatoria de los correspondientes procesos selectivos.

B) Pero también existen otras posibles vías de regularización que proporcionan al trabajador la posibilidad de consolidar la plaza y adquirir fijeza en el empleo público⁶³³.

a) En primer lugar, convocando su cobertura mediante un proceso abierto de selección ordinario que de al trabajador la posibilidad de ganar la plaza presentándose a las correspondientes pruebas selectivas en concurrencia competitiva con cualquier ciudadano que aspire a acceder al empleo público. Con todo, a efectos de ejecutar la OEP deben tenerse en cuenta los límites derivados la normativa presupuestaria al incremento de plantillas, esto es, la ya conocida tasa de reposición⁶³⁴. No obstante, se ha considerado que la modificación sistemática operada por la LPGE 2021 respecto a sus predecesoras implicaría que no computan a efectos de la tasa de reposición los trabajadores indefinidos no fijos declarados por sentencia judicial no solo en el ejercicio anterior, sino con independencia del año que se reconociera la condición⁶³⁵. En este sentido, la tasa de reposición ofrecería un margen ciertamente amplio para convocar las plazas que subsistan como indefinido no fijo y proceder a su cobertura regular.

b) Una segunda vía sería a partir de los «procesos de estabilización» del empleo temporal⁶³⁶. Aunque los artículos 19.Uno.6 LPGE 2017 y 19.Uno.9 LPGE 2018 arbitraron un «macro proceso de estabilización» del empleo interino y temporal a través del sistema de concurso-oposición. Alguna autora ha considerado que las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos no se pueden incluir en estos procesos en la medida en que la norma establece que de su realización no podrá derivarse un incremento del gasto, mientras que si los trabajadores indefinidos no fijos no superan el proceso selectivo la Administración se verá obligada al pago de la indemnización correspondiente al despido objetivo precedente⁶³⁷.

c) Otra cuestión diferente es el «proceso de consolidación de empleo temporal» previsto en la DT 4 EBEP que, pese ha encontrarse suspendido por las Leyes de Presupuestos de los años 2012 a 2016, se reactiva por lo dispuesto en el artículo 19. Uno.6 último párrafo de la LPGE 2017:

⁶³³ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., pp. 105-108.

⁶³⁴ “Deriva así en estéril el debate de que el EBEP permite convocar todas las plazas cubiertas por personal temporal e interino; sólo podrá suceder si se cumple con las previsiones de la TRE de la Ley de Presupuestos”. Cfr. X. BOLTAINA BOSCH, “¿Cómo interpretar la tasa de reposición de efectivos para el 2021 en la Administración local?”, en el blog «El Sextante» [21 enero 2021], fecha de consulta 15 mayo 2021, en <https://el sextante.cat/>.

⁶³⁵ En efecto, tanto la LPGE 2017 como la LPGE 2018 incluían en su apartado Uno.4 que no computarían a efectos de las tasas la convocatoria de plazas de personal indefinido no fijo, y lo hacía acto seguido de formular cómo debía realizarse el cálculo: a grandes rasgos, computando las altas y bajas producidas el año anterior. En este sentido, entiende el autor que se refería a las declaraciones judiciales de indefinido no fijo que adquirieron firmeza en el ejercicio inmediatamente anterior. Pero ahora, al haberse separado dicha norma en un precepto diferente al que determina la fórmula de cálculo (art. 19. Uno.6.c LPGE 2021), la excepción debe realizarse sin tener en cuenta un ejercicio concreto. Véase: X. BOLTAINA BOSCH, “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, cit.

⁶³⁶ Véase R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 88 y ss. Con mayor detalle, R. ROQUETA BUJ, “Las bases de las convocatorias de estabilización. Sistemas selectivos, méritos, pruebas y notas de corte.Límites y posibilidades”, en AA.VV. (Dir. Joan Mauri i Majós) *Seminari sobre relacions col·lectives (21ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2019, p. 10 y ss, fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/fixers/publicacions/2019/SRC A4 2019.pdf> el 15-12-20.

⁶³⁷ R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 93.

“Además de lo previsto en los párrafos anteriores, las administraciones públicas, podrán disponer en los ejercicios 2017 a 2019 de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de aquellas plazas que, en los términos previstos en la disposición transitoria cuarta del texto refundido del EBEP, estén dotadas presupuestariamente y, desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005, hayan venido estando ocupadas ininterrumpidamente de forma temporal. A estas convocatorias les será de aplicación lo previsto en el apartado tercero de la citada disposición transitoria”. Norma que se ha prorrogado mediante la DA 23 LPGE 2021, que establece que “la tasa adicional para la estabilización de empleo temporal en los términos y condiciones que regula el artículo 19.uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, incluirá hasta el 100 por ciento de las plazas que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016”.

Se trata este último de un régimen «privilegiado»⁶³⁸ o «aventajado»⁶³⁹ que beneficia al trabajador temporal de la Administración en tanto que, a pesar de ser abiertos (art. 61.1 EBEP) y de ajustarse al principio de proporcionalidad en la valoración de méritos (art. 61.3 EBEP), permiten valorar en la fase de concurso el tiempo de servicios prestados en las AAPP y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, sin perjuicio de que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (DT 4.2 y 3 EBEP)⁶⁴⁰.

i) En primer lugar, en cuanto al carácter abierto de la convocatoria que predica la DT 4 EBEP, el TC ha dictaminado recientemente que resulta inconstitucional la convocatoria al amparo de dicha norma mediante una ley autonómica que ordena un proceso de consolidación de carácter restringido previsto únicamente a quienes tenían experiencia previa en los puestos ocupados, lo que además invade la competencia estatal al configurar un sistema de acceso diverso al general establecido por la norma básica sobre función pública (STC n.º 38/2021, de 18 de febrero, FJ 4). Del mismo modo que se ha declarado la nulidad de una convocatoria de consolidación que, aun viniendo establecida con carácter obligatorio por la negociación colectiva, prevé la conversión en personal laboral fijo de todo aquél que tuviera reconocida por sentencia judicial la condición de indefinido no fijo (STS de 14 de diciembre de 2009, rec. 1654/09).

ii) En segundo lugar, en cuanto a la valoración de la experiencia debe tomarse en consideración la doctrina constitucional. Así, el Tribunal Constitucional admite que la experiencia sea, “desde luego, un mérito, y conferir relevancia a su disfrute no sólo no es contrario a la igualdad, sino que, en tanto que cualidad susceptible de justificar una diferencia de trato, se

⁶³⁸ R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., p. 46.

⁶³⁹ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 107.

⁶⁴⁰ Que resulta perfectamente aplicable al personal indefinido no fijo (R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., p. 46). Sobre el régimen jurídico de la DT 4 EBEP: R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., pp. 88-89.

cohonesta perfectamente con el art. 14 de la Constitución y es condición de obligada relevancia en atención a criterios tales como los de eficacia en la prestación de servicios por parte de la Administración Pública”. Sin embargo, lo que no encaja bien con el principio de igualdad es que mediante un concurso de méritos en el que se valor la experiencia adquirida “se prime desafortadamente y de manera desproporcionada -y con la consecuencia de hacerlo determinante del resultado último del concurso- la experiencia representada por el desempeño de una determinada categoría (la de los puestos convocados) en un determinado Ayuntamiento (el convocante)”. Es decir, la valoración del mérito pierde la debida proporcionalidad cuando no se trata de favorecer a quienes hayan desempeñado funciones equivalentes o similares, sino que se pretende es favorecer a las concretas personas que hubieran ocupado el puesto en la Administración convocante. En este sentido, diferenciar a las personas por la sola razón de la Administración en la que ha prestado servicios y no de la experiencia objetivamente considerada no es compatible con el principio de igualdad⁶⁴¹. Con todo, la propia DT 4 EBEP admite de forma excepcional la consideración de dicha experiencia en el puesto, siempre y cuando guarde la debida proporcionalidad. En este sentido, la valoración de la experiencia del aspirante “ni puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el «límite de lo tolerable»⁶⁴².

d) En fin, queda por determinar el alcance de los procesos de promoción interna tras la STS de 2 abril de 2018 como vía de regularización, lo que ocurriría tanto si mediante la participación en dichos procesos se permite acceder a un puesto cuya cobertura se realice de forma estable como si el mero hecho de desvincular el contrato de trabajo de la plaza ocupada refuerza su estabilidad en el empleo al reducirse las posibilidades de extinción contractual.

e) Pues bien, recientemente se ha aprobado el *RD-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*⁶⁴³, cuyo artículo 2 vuelve a habilitar un proceso de estabilización para el personal temporal, funcionario y laboral, adicional al establecido en los artículo 19.Uno.6 y 19.Uno.9 de las LPGE 2017 y 2018, respectivamente, por el que se autoriza una tasa de reposición adicional para la estabilización del empleo que incluirá “*las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020*”. Y ello con claros límites temporales, pues se establece que las OEP deberán ser aprobadas y publicadas en el BOE antes del 31-12-21, la publicación de las convocatorias tendrá como fecha tope el 31-12-22, y la resolución del proceso deberá finalizar antes del 31-12-24. Dicho proceso, que será igualmente con carácter abierto y garantizando los principios de acceso al empleo público, establece como sistema selectivo el concurso-oposición y como

⁶⁴¹ STC n.º 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2.

⁶⁴² STC n.º 107/2003, de 3 de junio, FJ 3.

⁶⁴³ BOE n.º 161 de 07-07-21.

novedad incorpora límites legales a la valoración de la experiencia profesional. Así, la “*valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente...*”.

Además, en relación con anteriormente dicho, en el caso de que la normativa sectorial o de dada Administración así lo prevea, los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas serán compatibles con estos procesos de estabilización.

Entiendo, a falta de las primeras valoraciones de la doctrina, por cuanto que esta incorporación se efectúa en el momento de cierre de esta tesis doctoral, que en estos procesos de estabilización sí puede participar el personal indefinido no fijo por los siguientes motivos:

i) Porque aunque igual que el anterior prescribe que no podrá derivarse del mismo un incremento de gasto ni de efectivos –motivo por el cual acabamos de señalar que un sector de la doctrina descarta la inclusión del indefinido por la indemnización que puede generar si no supera las pruebas selectivas– en este caso, la propia norma habilitadora extiende el reconocimiento de la indemnización a todo el personal laboral o funcionario que, participando en él no adquiera la plaza. Así el artículo 2.6 del RD-ley 14/2021, reconoce “*una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización*”. Aunque en el caso del personal laboral el reconocimiento de dicha indemnización supondrá un tope máximo con independencia de que la legislación laboral prevea para la finalización de su modalidad contractual temporal, teniendo en cuenta que hay diversas posibilidades según se trate de un contrato de duración de terminada según lo precisado en el artículo 49.1.c ET, un contrato de interinidad, o la indemnización correspondiente al indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza. Al respecto, el apartado dos del precepto señala: “*En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades*”. Ahora bien, la no participación del candidato/a en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica alguna.

ii) Porque, a diferencia de los anteriores, se trata de una medida excepcional para alcanzar una tasa de temporalidad del 8% en el sector público, que permite la inclusión de todas las plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal, independientemente, esto es lo realmente importante, de que consten o no en las RPT o el instrumento de organización de recursos humanos disponible en cada Administración.

Por cierto, aunque el citado precepto no cuantifica la tasa de reposición adicional, debido al marco temporal definido para su ejecución, coincidente con el ámbito temporal de vigencia de la

LPGE 2021, de acuerdo con su DA 23, dicha tasa será del 100% de las plazas estructurales ocupadas de forma temporal. De esta manera, y de acuerdo con la finalidad de la norma de extraordinaria y urgente necesidad, que no es otra que zanjar defectivamente el problema de la excesiva temporalidad en el sector público, lo que se pretende –a mi juicio con este nuevo «macroproceso de estabilización» es habilitar una última oportunidad para consolidar el empleo temporal y hacer un «borrón y cuenta nueva» habida cuenta de las medidas contra el abuso contra la temporalidad que también contempla de acuerdo con la cláusula 5 del Acuerdo Marco europeo.

C) En cualquier caso, tanto los sistemas de estabilización y consolidación como la promoción interna han sido calificados por la doctrina administrativista como «procesos selectivos blandos» en la medida en que llevan a cabo una aplicación laxa de los criterios de mérito y capacidad que comprometen las bases y principios sobre los que descansa el sistema de empleo público. Se suman así a otros sistemas previstos por la propia legislación en materia de función pública en los que, abiertamente, se acepta que suponen una degradación en la aplicación de los principios rectores de acceso al empleo público (como la funcionarización o la selección de empleados temporales a través de listas de espera o bolsas de empleo)⁶⁴⁴.

3. La aplicación a otros supuestos diversos a la contratación temporal

A) Además de los supuestos para los que originariamente fue creado el indefinido no fijo, esto es, para la aplicación de los efectos previstos en el artículo 15.3 ET (contratación temporal celebrada en fraude de Ley) a las Administraciones Públicas⁶⁴⁵, posteriormente se ha ido utilizando esta figura como una suerte de «comodín» para diversos supuestos en los que la consecuencia impuesta por la normativa laboral –generalmente la adquisición de fijeza a causa de una irregularidad en su aplicación– debe compatibilizarse con las normas de empleo público.

Una primera ampliación, estrechamente conectada con la anterior, es la superación de los límites temporales previstos en los artículos 15.1.a ET (duración máxima del contrato de obra o servicio) y del artículo 15.5 ET (encadenamiento de contratos temporales válidos), introducidos por las Leyes 35/2010 y 43/2006 respectivamente⁶⁴⁶. Límites que en el sector privado conllevan la adquisición de fijeza y en el público de indefinido no fijo de acuerdo con la DA 15 ET⁶⁴⁷. Si bien, los tribunales han apreciado que “*no constituyen en absoluto situaciones de fraude de ley, puesto*

⁶⁴⁴ X. BOLTAINA BOSCH, “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, cit., p. 141 y ss. Atribuye el sugerente calificativo a Rafael Jiménez Asensio.

⁶⁴⁵ Entre los asuntos judiciales más recientes pueden verse: SSTS de 8 de septiembre de 2020, rec. 4192/1/; de 29 de diciembre de 2020, rec. 240/18; de 27 de enero de 2021, rec. 1613/18.

⁶⁴⁶ Véase J. LAHERA FORTEZA, “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, en AA.VV. (Coord. Jesús Cruz Villalón) *La reforma laboral de 2006 (Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio)*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 41 y ss. Según el autor, en los casos de conversión legal en indefinido no fijo por superación de los plazos previstos en los artículos 15.1 y 15.5 ET tiene lugar “*una novación contractual ex lege, puesto que el último contrato temporal del trabajador se convierte en indefinido por mandato legal, que se activa cuando se traspasa la duración máxima prevista, sin que las partes del contrato de trabajo puedan disponer una consecuencia contraria*” (Cfr. *ibid.*, p. 52).

⁶⁴⁷ STS de 19 de noviembre de 2018, rec. 3665/16.

que la novación indefinida no fija de sus contratos no se activa porque su contratación temporal se formaliza al amparo de una norma persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, que son los presupuestos para la concurrencia del fraude de ley, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.4 CC, sino por imperativo legal, al haberse sobrepasado los límites previstos legalmente para la utilización de sus contratos temporales”⁶⁴⁸. Ahora bien, lo que no puede ignorarse es que la conversión nace de una actuación consciente de permitir la continuidad del contrato más allá de sus límites temporales, por lo que no se aleja tanto del fraude⁶⁴⁹.

Pues bien, a este estado de cosas debe añadirse un comentario de urgencia a raíz del citado RD-ley 14/2021, pues entiendo que esta vía de conversión en indefinido no fijo por superación de los límites temporales de la contratación temporal queda zanjada desde ya mismo. Y es que la reforma citada incluye, dentro de las medidas preventivas y correctivas contra el abuso de la contratación temporal introducidas mediante una nueva DA 17 en el EBEP, en sus apartados 3 y 5 dispone lo siguiente: 1) que *“todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”*; y 2) más concretamente, referida al personal laboral temporal, determina que *“el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”*. Esto es, se trata igualmente de una indemnización equivalente a la del despido por causas de empresa procedente. Ahora bien, teniendo en cuenta el posible reconocimiento de indemnizaciones por parte de la legislación laboral, en especial, el artículo 49.1.c ET, dicha indemnización será compensada percibiéndose como tope máximo el anterior descrito. Además, señala que *“el derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento”*. De este modo creo que, el legislador de urgencia opta por la extinción indemnizada de contrato en el caso de superación de los límites temporales de la contratación temporal en lugar de la conversión en indefinido no fijo. Esta indemnización, complementaria a la que, generalizadamente se atribuiría por finalización de las relaciones laborales de duración determinada, podría cumplir con el carácter específico de sanción efectiva, proporcionada y disuasoria a los ojos de la Cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE, como más adelante se concretará.

a) Al margen de estos supuestos que pueden denominarse «prototípicos»⁶⁵⁰, también se ha extendido la figura del trabajador indefinido no fijo al uso fraudulento de contratos administrativos que encubren relaciones laborales, que permiten al ente público disponer de mano de obra sin

⁶⁴⁸ SAN de 10 de enero de 2016, rec. 335/15.

⁶⁴⁹ J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, cit., p. 33.

⁶⁵⁰ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 68.

necesidad de celebrar los procesos selectivos propios de los contratos laborales. En estos casos, en los que “*la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto*”⁶⁵¹, se produce una doble vulneración jurídica: la sustracción del estatuto jurídico laboral que debería corresponder al trabajador y la omisión de los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir la selección de empleados públicos⁶⁵². El hecho de que, concurriendo realmente las notas de dependencia y ajenidad, “*se le haya dado forma administrativa, ello no desvirtúa la naturaleza laboral de la relación, sólo refleja la utilización de un sistema totalmente irregular y «contra legem» de contratación*”⁶⁵³. Por tanto, la consecuencia que debe imponerse será la prevista por “*la doctrina de la Sala contenida en las Sentencias de 7 de octubre de 1996, 20 de enero de 1998 y otras posteriores sobre las consecuencias de las irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas*”⁶⁵⁴. En cualquier caso, también la doctrina científica ha entendido que la formalización de contratos administrativos en los casos en los que la relación se desarrolla en base a los prepuestos que rigen una relación laboral constituye un supuesto de fraude de Ley⁶⁵⁵.

b) En el mismo sentido se ha aplicado a los fenómenos interpositivos que merecen la calificación de cesión ilegal de trabajadores⁶⁵⁶. Generalmente, en el ámbito de las AAPP se producen en el marco de «pseudocontratas» –a través de la contratación pública o mediante encomiendas de gestión–⁶⁵⁷ o por el incumplimiento de la normativa sobre Empresas de Trabajo Temporal que merecerán igualmente la calificación de cesión ilegal⁶⁵⁸. En estos casos, el artículo 43.3 ET reconoce a los trabajadores sometidos a tráfico prohibido el derecho a adquirir la condición de fijo con el respeto de su antigüedad, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Pues

⁶⁵¹ STS de 18 de febrero de 1999, rec. 5165/97. En el mismo sentido, SSTS de 2 de febrero de 1998, rec. 575/97; de 10 de febrero de 1998, rec. 2112/97.

⁶⁵² M. Á. RECUERDA GIRELA; L. FERNÁNDEZ DELPUECH, “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 32, 2013, lustel, p. 14/40 pdf descargado.

⁶⁵³ Por todas, STS de 24 de abril de 1997, rec. 3581/96.

⁶⁵⁴ Cfr. STS de 21 de enero de 1999, rec. 3890/97. En el mismo sentido, SSTS de 21 de julio de 2011, rec. 2883/10; de 22 de diciembre de 2011, rec. 3796/10; de 16 de mayo de 2012, rec. 2227/11; de 24 de julio de 2014, rec. 2676/13; de 23 de julio de 2015, rec. 2360/14. Más recientemente SSTS de 2 de julio de 2020, rec. 5121/18; de 13 de enero de 2021, rec. 3416/18.

Aunque un sector de la doctrina ha defendido la declaración de nulidad del contrato. Véase: M. Á. RECUERDA GIRELA; L. FERNÁNDEZ DELPUECH, “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, cit., p. 27/40 y ss. pdf descargado.

⁶⁵⁵ Así se afirma que “*la celebración de contratos administrativos de servicios que encubren una relación laboral constituye un fraude no sólo a la legislación laboral y de Seguridad Social, a tenor de los artículos 15.3 ET y 6.4 del Código Civil, sino también a las normas que regulan el sistema de acceso de los empleados públicos*”. Cfr. F. CAVAS MARTÍNEZ, “La contratación administrativa de servicios como mecanismo de huida del Derecho del trabajo [Ref. BIB/2016/912]”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 185, 2016, p. 21, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 20 mayo 2021.

⁶⁵⁶ SSTS de 12 de marzo de 2002, rec. 1271/01; de 19 de junio de 2002, rec. 3846/01; de 17 de septiembre de 2002, rec. 3047/01; de 19 de noviembre de 2002, rec. 909/02; de 11 de diciembre de 2002, rec. 639/02; de 27 de diciembre de 2002, rec. 1259/02; de 11 de noviembre de 2003, rec. 3898/02.

⁶⁵⁷ R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., p. 34.

⁶⁵⁸ F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, cit., p. 131.

bien, “en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas) la declaración judicial que corresponde en aplicación del art. 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no la de trabajador fijo”⁶⁵⁹. Se trata de una «consecuencia punitiva» prevista en la legislación laboral en atención a una práctica ilícita y fraudulenta que tiene que ponderarse, de nuevo, con la legislación administrativa⁶⁶⁰.

c) También se ha plantado en los contratos de interinidad por vacante y en relación al juego del «plazo improrrogable de 3 años» al que se refiere el artículo 70 EBEP para ejecutar la OEP. El *quid* de la cuestión es si la superación de dicho plazo sin proceder a la convocatoria para la cobertura de la vacante determina la existencia de un incumplimiento que desnaturalice la validez inicial del contrato de trabajo temporal, en cuyo caso determina la conversión en indefinido no fijo. En un primer momento la jurisprudencia entendía que así debía ser⁶⁶¹. Lo que no parecía pacífico es la aceptación de si esa conversión debía producirse de forma automática o no⁶⁶². En cualquier caso, sobre esta materia resultó decisiva la influencia de la STJUE de 5 de junio de 2018, *Montero Mateos* (asunto C-677/16) y su conocido apartado 64, que abría la posibilidad a la conversión en fijo (en el caso concreto sobre un contrato de obra o servicio en el sector privado) de contratos con una «duración inusualmente larga» y que se caracterizaban por una «imprevisibilidad de su finalización». Ajustándose a estos presupuestos, podía discutirse la una conversión del interino por vacante en indefinido no fijo de plantilla, sin embargo la duda sería la relevancia que adquiere el plazo mentado en el artículo 70 EBEP para determinar la existencia de una relación

⁶⁵⁹ Por todas, SSTS de 28 de abril de 2009, rec. 66/08; de 2 de noviembre de 2009, rec. 68/08.

Solución que ha sido arduamente criticada en tanto que supone una merma de derechos para el trabajador al que condena a la terminación del contrato si opta por integrarse en la Administración, aun en el caso en que su situación de origen tuviera carácter estable (sin perjuicio de que la consecuencia de fijeza se impone igualmente aunque la relación tuviera naturaleza temporal, pues el art. 43 ET prevé una consecuencia que es punitiva para la empresa y reparadora para el trabajador). Véase: C. L. ALFONSO MELLADO; S. PEÑA OBIOL, “De nuevo sobre el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, n.º 22, 2003, p. 165 y 174.

⁶⁶⁰ Sobre esta aparente ponderación se critica que más que eso se produce una prevalencia, objetable, de las normas administrativas sobre selección e ingreso en las AAPP (*Ibid.*, p. 167). Sobre el carácter ilícito y fraudulento en la conducta de las empresas cedente y cesionaria: R. SERRANO OLIVARES, “Internalización de servicios y adaptación de las condiciones de trabajo del personal subrogado”, cit., p. 19/43 pdf descargado. También se atribuye este fenómeno como a otro claro supuesto de clientelismo político (J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, cit., p. 34).

⁶⁶¹ SSTS de 14 de julio de 2014, rec. 1847/13; de 15 de julio de 2014, rec. 1833/13; de 10 de octubre de 2014, rec. Rec. 723/13; de 14 de octubre de 2014, rec. 711/13. También por la doctrina judicial, entre otras, STSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 de febrero de 2018, rec. 2129/17; STSJ Madrid de 12 de noviembre de 2018, rec. 1009/19; STSJ Galicia de 11 de enero de 2019, rec. 3374/18.

⁶⁶² Y es que de aplicarse la conversión automáticamente la Administración podría calificar como indefinido no fijo podría dar cabida a prácticas fraudulentas por parte de aquella, permitiendo la utilización de mano de obra no temporal de forma no ajustada a derecho de manera recurrente, permitiéndole mantener a los trabajadores interinos de forma permanente. Véase: M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., pp. 72-73.

inusualmente larga⁶⁶³. Dicho con otras palabras se trataba de dirimir si el contrato de interinidad deviene fraudulento en la medida en que se cubren necesidades permanentes.

Sin embargo, la posición de la doctrina judicial no fue uniforme hasta la STS de 24 de abril de 2019, rec. 1001/17. Si bien en este concreto caso el Alto Tribunal concluye que la relación es fraudulenta por inusualmente larga –en la medida en que el interinaje se prolongó durante 20 años, sin que pueda inferirse voluntad alguna por parte de la Administración de convocar la plaza–, rechaza el parámetro temporal contenido en el precepto estatutario para alcanzar esta conclusión. Así, determina que *“no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra el plazo, se ha desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión”*. Y es que el TS ha entendido que el mencionado plazo se refiere simplemente a *“la ejecución de la oferta de empleo público”*, por lo que son las circunstancias concretas del caso las que permitirán alcanzar la conclusión de que el contrato es fraudulento⁶⁶⁴. Por tanto, para verificar tal situación recurre a su doctrina anterior que estipulan que *“el abuso de derecho en la contratación temporal (art. 7.2 CC) deslegitima el contrato inicialmente válido, que se desdibuja al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, necesariamente se ha incorporado al habitual quehacer”*⁶⁶⁵.

A resultas de estos argumentos tiene lugar, en forma de aluvión, una jurisprudencia que declara que el mero transcurso del plazo de 3 años marcado en el artículo 70 EBEP no produce la conversión en indefinido no fijo⁶⁶⁶. Criterio que necesariamente ha sido modificado en la reciente STS de 28 de junio de 2021, rec. 3263/19, dictada por el Pleno de la Sala y con unanimidad⁶⁶⁷. En efecto, la cuestión controvertida consiste en determinar si el contrato interino por vacante, con una duración de 8 años, debe considerarse válido o declararse la condición de indefinido no fijo a resultas de su extinción por cobertura de la plaza. A pesar de que la doctrina empleada por el Tribunal Supremo considera plenamente válida su posicionamiento, reconoce que la resolución

⁶⁶³ Un sector de la doctrina defendía que no debería producirse tal conversión por este motivo: F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, cit., p. 133.

⁶⁶⁴ Postura reafirmada por la STS de 22 de mayo de 2019, rec. 1336/18.

⁶⁶⁵ SSTS de 18 de julio de 2018 (2), rec. 1037 y 823/17, que aplican de la doctrina *Montero Mateos* a supuestos de contratos por obra o servicio vinculados a la contrata inusualmente largos.

⁶⁶⁶ A modo meramente ejemplificativo, STS de 12 de mayo de 2020 (4), rec. 77, 1301, 515 y 4718/18; de 18 de mayo de 2021, rec. 5004/18. El profesor BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ cuantifica hasta 220 sentencias recaídas en un intervalo de 2 años. Véase: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Interinos por vacante, abuso y Directiva 1999/70: valoración crítica a la STJUE 3 de junio 2021 (C-726/19), IMIDRA”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [04-06-2021]*).

⁶⁶⁷ Con mayor detalle: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Los interinos por vacante se convierten en indefinidos no fijos si superan un plazo de 3 años: comentario de urgencia a la STS\Pleno 28/6/21”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [29-06-2021]*), fecha de consulta 29 junio 2021, en <https://ignasibeltran.com/2021/06/29/los-interinos-por-vacante-se-convierten-en-indefinidos-no-fijos-si-superan-un-plazo-de-3-anos-comentario-de-urgencia-a-la-stspleno-28-6-21/>.

del conflicto *“exige, con independencia del hecho de que la Sala haya resuelto múltiples asuntos muy parecidos al presente, examinemos la incidencia que sobre nuestra decisión haya de tener”* la STJUE de 3 de junio de 2021, IMIDRAA (asunto C- 726/29), sobre una cuestión prejudicial plantada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un asunto muy similar.

Tras repasar los principales pasajes de la doctrina del TJUE, y declarar que la Sala no reconoce su propia doctrina tal y como el tribunal de Luxemburgo la interpreta –quizás debido a un insinuado sesgo en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales–, considera que resulta necesario efectuar una «nueva reflexión» sobre su doctrina que, sin perjuicio de continuar afirmando que desde una perspectiva «técnico jurídica» es conforme a la jurisprudencia comunitaria, debe considerarse también *“la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración contratante”*, habida cuenta de que *“los órganos judiciales nacionales estamos obligados a garantizar el resultado perseguido por el Derecho de la Unión y que evitar el abuso en la contratación temporal constituye objetivo básico del mismo”*.

En este sentido, el reciente asunto IMIDRAA determina en su parte dispositiva que el *“Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a «trabajadores indefinidos no fijos» como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores. En efecto, esta normativa nacional, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al órgano jurisdiccional remitente, no parece incluir ninguna medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada”*.

En consecuencia, aunque no por convencimiento, sino de nuevo por mor del carácter vinculante de la jurisprudencia comunitaria, *“debe conducir a precisar y rectificar la aplicación de nuestra doctrina”*. En este sentido, aun cuando el contrato de interinidad haya sido válidamente celebrado, su mantenimiento de forma interrumpida durante varios años debido al incumplimiento de la Administración de cumplir con la obligación de organizar el procedimiento selectivo, determina que estemos ante una contratación temporal en fraude de ley que ha de convertirse en indefinido no fijo. Y aunque la legislación nacional no establece un plazo máximo para la duración del contrato, tampoco puede admitirse que su concreción quede al arbitrio del ente público empleador, por lo que estima que *“salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración*

injustificadamente larga” que determinaría la conversión en indefinido no fijo y el reconocimiento de los efectos indemnizatorios que corresponden a esta figura de empleo público⁶⁶⁸.

Una prueba del ritmo vertiginoso al que se suceden los cambios en todas las cuestiones que se refieren al empleo público –en especial, cuando interacciona con el derecho laboral– es el que se ha producido –por enésima vez– en este aspecto por el reciente RD-ley 14/2021, de 6 de julio, citado. De momento, es cierto que la regulación que dispone del interino por vacante supone una modificación del artículo 10 del EBEP, que se refiere solo al funcionario interino por vacante. En ella, según la exposición de motivos, se pretende reforzar el carácter temporal de dicho contrato, aclarando las causas de celebración, entre las cuales, la principal novedad es que se establece un plazo de duración máxima de tres años de conformidad con la cláusula 5, apartado 1.b, y aclarando las causas «normales» de extinción sin indemnización alguna. Sin embargo, la nueva normativa se encarga de aclarar que del desarrollo de una interinidad por vacante no puede derivarse ninguna expectativa de consolidación, en tanto que: 1) establece que el nombramiento derivado de los procesos de selección para la cobertura del interino por vacante en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera; y 2) porque establece una extinción automática e indemnizada del contrato agotado el plazo máximo de 3 años. Una vez acontecida dicha extinción, la plaza ya solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que este proceso quede desierto y entonces se admitirá otro nombramiento de interinidad.

Pues bien, como decía, en principio esta regulación se prevé para el personal funcionario y no para el laboral, lo que deja fuera de su cobertura a un gran número de interinos por vacante en las administraciones públicas. Sin embargo, de forma refleja considero que podría afectar también al interino laboral, por cuanto que, como ya se dijo antes, el apartado 5 de la nueva DA 17 EBEP, establece que *“en el caso del personal laboral temporal, al incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir una compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”*. En este sentido, la reciente STS de 28 de junio de 2021, cuya doctrina es provocada por la STJUE de 3 de junio de 2021, ambas, sobre supuestos de interinidad por vacante laboral, establece la superación del plazo de tres años desde su nombramiento permite entender que el contrato adquiere una duración «injustificadamente larga». En este sentido, en lugar de la consecuencia de la conversión en indefinido no fijo tal y como reconocen estas recientes resoluciones, una interpretación integrativa con la DA 17.5 EBEP podría dar lugar al entendido de que el legislador opta, en lugar de la conversión, por la extinción indemnizada de los contratos laborales que excedan el plazo máximo de permanencia. Circunstancia que, considero, sería conforme con la valoración de las medidas preventivas y sancionadoras que realiza el TJUE tanto en esta última sentencia, como en el asunto *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*. Si esta

⁶⁶⁸ Aunque, por otro lado, *“la indicación del plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor”*.

interpretación se confirma, también podría zanjar la conversión en indefinidos no fijos por esta vía, sustituyéndola por la extinción automática del contrato.

B) En cualquier caso, de todos los supuestos analizados se infieren dos características comunes. De un lado, la necesidad de equilibrar las consecuencias de algunas normas laborales que –como medida para garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores– imponen la fijeza, con las garantías de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público lo que, aparentemente, emerge un problema irresoluble⁶⁶⁹. Y, del otro, dejando a un lado estas razones jurídicas que conducen a la antinomia, el verdadero problema de fondo o “*el origen «patológico» de la enfermedad*”, es poner freno a la *mala praxis* que hay detrás de la figura del indefinido no fijo⁶⁷⁰. Ciertamente, sobre esto último, el diagnóstico de la doctrina es prácticamente unánime: la finalidad típica consiste en dar una respuesta jurídica a una aplicación fraudulenta o cuanto menos abusiva de la legislación social en detrimento de los derechos de los trabajadores⁶⁷¹.

a) Se trata esta de una idea muy arraigada también en la jurisprudencia, desde las primeras sentencias a las más recientes. Y es que el origen de la polémica modalidad de trabajo en la Administración responde en su origen al fraude en la contratación laboral, pero como se ha expuesto en este apartado, todos y cada uno de los supuestos a los que se ha extendido la misma solución pueden enmarcarse en esta situación abusiva o fraudulenta de la norma. Así la STS de 28 de marzo de 2017 cuando afirma que “*el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, (art. 15.3 y 5 ET), pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 103 CE y 9.2, 11.2, 55, 70 y demás concordantes del EBEP), no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad*” [los subrayados son míos]⁶⁷². Aunque expresamente no se diga, además de los supuestos prototípicos (arts. 15.3 y 5 ET) a los que pueden reconducirse también la duración inusualmente

⁶⁶⁹ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, cit., p. 2/28 pdf descargado.

⁶⁷⁰ Cfr. M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 11.

⁶⁷¹ En este sentido, se afirma que provienen de una previa actuación administrativa que no ha respetado el ordenamiento jurídico. Véase: J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, cit., p. 23.

⁶⁷² Más recientemente, STS de 12 de mayo de 2020, rec. 825/18; de 2 de marzo de 2021, rec. 569/19.

larga del trabajador interino, el encubrimiento de una falsa contratación administrativa o de una falsa contratación, indudablemente, supuestos de fraude en la aplicación de la ley laboral⁶⁷³.

b) Y en el mismo sentido el Tribunal Constitucional. Antes narrábamos como el TS se apoyaba, en las primeras resoluciones por las que se creaba en indefinido no fijo (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998), en ciertos Autos del TC que admitían una graduación en la aplicación de la legislación laboral al sector público (en concreto, se refería al ATC n.º 858/1988, citado⁶⁷⁴). Se trata este de un auto que conforma, junto con otros, una serie de resoluciones dictadas en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional entre finales de la década de los ochenta y principios de los noventa y que muchos de ellos se referían precisamente este tipo de conflictos en los que la legislación laboral impone la fijeza, otros, a la imposición de las consecuencias del despido declarado improcedente. Más concretamente, afirman que *“es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración”*. Esta constituye para mí una de las premisas que justificarían la existencia del indefinido no fijo, y una de las características que está presente en todos los supuestos causantes antes analizados. Pero no es la única.

En efecto, aunque no todos los autos referidos incorporen el mismo tenor literal, una buena parte de ellas introduce otra premisa, a mi juicio, imprescindible. Es decir, todos y cada uno de ellos reproducen literalmente el argumento citado textualmente justo arriba, pero muchos de ellos incorporan otro argumento que se reproduce a continuación. Así, establecen una segunda premisa que no es otra que evitar que *“la irregularidad pueda ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad”* (ATC n.º 364/1991, de 10 de diciembre, entre otros). Puede apreciarse, tanto en las palabras del TC por mí destacadas como en la cita anterior del TS que emplean el verbo «utilizar», en el sentido de acudir a la irregularidad laboral para conseguir un acceso al empleo público a ciertos trabajadores. Como dije antes⁶⁷⁵, en realidad se trata de evitar una mala aplicación

⁶⁷³ Para el caso de la cesión ilegal, véase: C. L. ALFONSO MELLADO; S. PEÑA OBIOL, “De nuevo sobre el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores”, cit., pp. 174-175. Para el caso de los falsos autónomos, véase: M. Á. RECUERDA GIRELA; L. FERNÁNDEZ DELPUECH, “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, cit., p. 35/40 pdf descargado.

⁶⁷⁴ Entre otros, AATC n.º 100/1988, de 6 de junio; n.º 267/1988, de 4 de julio.

⁶⁷⁵ Véase capítulo octavo, apartado II.3.1.2.

deliberada de la normativa laboral para que las consecuencias «antifraude» que prevé constituyan la norma de cobertura que permita «puentear» las normas de acceso al empleo público, cayendo de lleno en el supuesto de hecho que predica el artículo 6.4 del Código Civil.

Más recientemente reiteran estas dos premisas, entre otros, los AATC n.º 122/2009, de 28 de abril; n.º 124/2009, de 28 de abril; n.º 135/2009, 5 de mayo; n.º 178/2009, de 2 de junio. Lo relevante esta vez es que se corresponden con diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por un mismo órgano judicial a raíz de diversos supuestos de cesión ilegal de trabajadores y de relaciones laborales encubiertas en organismos de derecho público. Y, además, que son posteriores al reconocimiento de la figura de indefinido no fijo, por lo que da la oportunidad al Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre la figura creada por el Supremo.

El órgano judicial promotor de la cuestión va más allá de la resolución del caso concreto y estima que la figura del indefinido no fijo creada por el TS y derivada de la aplicación de los artículos 8.1, 15.1, 15.3 y 43.4 ET continuaba constituyendo una vulneración de las normas constitucionales referidas al acceso al empleo público, en tanto que no solo supondría la desigualdad de trato no justificada frente a la ciudadanía titular del derecho conferido por el artículo 23.2 CE, sino también respecto de aquellos otros trabajadores contratados por la Administración que superaron un procedimiento de acceso, incluso respecto de aquellos contratados de forma temporal que superaron un procedimiento más flexible. En conclusión, el juez propone una *“tesis interpretativa alternativa a la solución hermenéutica sentada por el Tribunal Supremo”*, sustentada en la omisión cualificada del procedimiento de selección. Así, estima que *“lo procedente sería declarar la nulidad de la contratación, sin perjuicio del abono de los salarios devengados (art. 9.2 ET) y de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios”*.

El Tribunal Constitucional inadmite a trámite todas cuestiones, además de por aspectos procesales, por tratarse de una «cuestión notoriamente infundada», en la medida en que el juez promotor omite la existencia de la doctrina constitucional contenida en el ATC n.º 364/1991 (cuyo contenido se reproduce más arriba) y afirma, en torno a la creación del indefinido no fijo, que para *“evitar esos efectos se orienta precisamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado en estos temas”*. De esta manera, el Alto Tribunal convalida la opción jurisprudencial alegando que la doctrina del TS, con independencia de que represente o no un «óptimo» aseguramiento de los principios constitucionales en juego, pondera la legislación laboral y administrativa y *“en todo caso impide que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y una permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución”* [el subrayado, de nuevo, es mío].

Ahora bien, sobre la posibilidad de que la tesis de la nulidad del contrato propuesta por el juzgado de lo social fuera la «solución óptima» que mejor salvaguarda los valores constitucionales en liza, afirma que tanto esta como la creación del indefinido *“son posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que, acaso, hubieran respondido más plenamente a tales valores”*. Sin embargo, *“una cosa es la necesidad del respeto de los derechos fundamentales, cuya garantía nos está encomendada, y otra, muy distinta, la exigencia de la*

*máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad. Esto último puede no ocurrir, sin que ello implique necesariamente la vulneración de un derecho fundamental (STC 45/2004, de 23 de marzo) o de los preceptos constitucionales que plasman principios informadores de la actuación de los poderes públicos (AATC 11/2006, de 17 de enero, y 404/2006, de 8 de noviembre)*⁶⁷⁶.

Esta última afirmación no es baladí pues, como ya venimos defendiendo, primero distingue entre principios informadores (mérito y capacidad ex art. 103.3 CE) y derechos subjetivos fundamentales (igualdad ex art. 14 CE), y segundo entiende que no se puede pretender una aplicación radical de estos en todos los supuestos de interpretación de la legalidad ordinaria. En sintonía con estas palabras, no todo acceso –o mejor dicho integración– en la Administración Pública vulnera el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades⁶⁷⁷.

c) En todo caso, esta es la verdadera finalidad a la que responde la creación del indefinido no fijo, lo que constituye que sea una solución extensible a todos los supuestos antes analizados por cuanto que se parte del mismo presupuesto, la necesidad de evitar una aplicación desviada de la legislación laboral para obtener un resultado ilícito⁶⁷⁸. Así pues, el foco debe recaer no tanto sobre el hecho de que se ocupe un puesto de trabajo público sin haber superado el proceso selectivo, como en la posibilidad de que recurriendo al fraude de Ley las AAPP puedan hacer valer sus preferencias en favor de unos ciudadanos o sus reticencias en perjuicio de otros. Esta discrecionalidad del gestor público es la que no resulta compatible con el derecho a la igualdad que predica el artículo 14 CE. Por el contrario, nada habría que objetar si finalmente se produce esa misma consecuencia pero en atención a una causa objetiva razonablemente justificada.

Otra cosa es que esta solución cumpla su misión. Sin pretensión de extenderme en exceso, porque no es directamente el objeto directo de mi tesis, sí que considero necesario recopilar y traer aquí de nuevo algunas consideraciones que se han efectuado a lo largo del trabajo y algunas otras nuevas que permitan deslindar estos casos, de la subrogación que se tratará a continuación. La conclusión aquí alcanzada será instrumental a la solución propuesta para la integración.

⁶⁷⁶ No se posiciona sobre si es adecuada o no, sino que prefiere pasar de puntillas sobre el tema central: J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, cit., p. 31.

⁶⁷⁷ Extensamente, capítulo octavo, apartado II.3.1.

⁶⁷⁸ En el mismo sentido, M. TREVIÑO PASCUAL, “El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo”, cit., p. 486. El autor afirma que la finalidad de esta figura debe ser “evitar que entren en el empleo público «por la puerta falsa» trabajadores nombrados a dedo a través de un contrato fraudulento que luego se declara como tal (ordinariamente, mediante sentencia judicial pero a veces mediante simple reconocimiento unilateral de la entidad contratante)”. Por su parte, F. CASTILLO BLANCO (*La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 102.), pone de manifiesto que la creación de esta figura es tributaria “de la actitud descuidada y arbitraria de la propia Administración y, sobre todo, de algunos de sus gestores, quienes de forma reiterada y amparándose en una supuesta situación de ausencia de responsabilidad han actuado de forma irresponsable consagrando el abuso de derecho y el fraude de ley como técnicas habituales de contratación, y como remedio irregular para suplir la falta de una adecuada planificación de plantillas y, con ello, desconociendo los más elementales principios del derecho laboral”.

i) Primero, la integración en el sector público se produce en los supuestos analizados a través de una aplicación fraudulenta de la legislación laboral, mientras que la obligación de subrogación es una consecuencia derivada de una aplicación estricta de la legislación laboral. La garantía laboral va dirigida a una colectividad indeterminada de trabajadores que cumplan los requisitos cuando se produzca un traspaso de la entidad económica, por lo que no puede apreciarse subjetividad alguna o, en términos del TC, «acepciones» o «pretericiones» *ad personam*. Únicamente cabría acudir a la doctrina del fraude de Ley en dos supuestos: 1) cuando la decisión de reversión se acometa sin observancia de los objetivos procedimentales y materias establecidos por la Ley y sin que pueda justificarse que es una decisión adoptada en pro del interés general; y 2) cuando se pruebe que se ha realizado la reversión con el único fin de integrar al personal en la organización pública, lo que en la práctica de *lege lata* se reduce a la asunción voluntaria de la plantilla sin venir obligada por el artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE⁶⁷⁹.

ii) Segundo, dejando de lado los supuestos de transmisión, la figura del indefinido no fijo no resulta a día de hoy satisfactoria, en tanto que acarrea más problemas de los que puede llegar a solucionar, y además da cabida a que se haga una aplicación perversa⁶⁸⁰ de esta figura favoreciendo el fraude, por cuanto que una vez dentro de la organización pública es discrecional para la Administración decidir que plazas se convocan y cuales no, decisión que no puede desligarse por completo de ciertos «favoritismos» en favor de algunos trabajadores⁶⁸¹.

iii) Tercero, no resulta admisible que quienes hayan accedido al empleo público de forma irregular así como quienes hayan accedido a través de esos otros procedimientos «ágiles» y «flexibles» previstos para el personal temporal lleguen a adquirir una expectativa de consolidación del empleo⁶⁸². Sin embargo, esta es la práctica habitual y como suelen acabar la mayoría de los

⁶⁷⁹ En sentido contrario, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ entiende que bastaría con acudir a la gestión externalizada de un servicio para a continuación, en un plazo mayor o menor de tiempo, revertirlo y obviar así con facilidad las garantías de la Carta Magna (R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 135.).

⁶⁸⁰ En la medida en que la cobertura reglamentaria se demora considerablemente, que las entidades públicas reconocen de oficio la condición de indefinido no fijo, que se habilitan procesos de consolidación acogidos al «sistema de mochila» (valoración excesiva de la experiencia profesional) o mediante «pruebas restringidas» que impiden la participación de aspirantes externos. Véase con más detalle: M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, cit., p. 102.

⁶⁸¹ Véase C. L. ALFONSO MELLADO; S. PEÑA OBIOL, «De nuevo sobre el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores», cit., pp. 165-166 y 174-175. Más recientemente, C. L. ALFONSO MELLADO, «¿Interino indefinido?: dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018», *Revista de Derecho Social*, n.º 84, 2018, p. 157. En el mismo sentido, y con cita de más autores que opinan como él, entiende que su reconocimiento legal constituyó una «consolidación legal» que puede contribuir a mantener prácticas de acceso irregulares, A. MÁRQUEZ PRIETO, «Contratación y acceso al empleo público», en AA.VV. (Coord. José Manuel Gómez Muñoz) *La reforma de las Administraciones Públicas y el Empleo Público*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales, 2015, p. 173.

⁶⁸² En este sentido, J. FONDEVILA ANTOLÍN, «Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»», cit., p. 23. Más concretamente, lo que le parece inadmisibles es la incorporación de una modalidad contractual nacida de una relación previamente viciada a la que se le da carta de validez con su reconocimiento legal, que no hace si no convalidar y legalizar actuaciones ilegales del ente público sin fundamento constitucional.

indefinidos no fijos: vinculados con carácter permanente y estable por esta vía⁶⁸³. Como ha dicho la jurisprudencia más reciente, los procesos selectivos previstos para ocupar plazas temporales o la realización de una mera entrevista no son equiparables a los del personal laboral fijo y no satisfacen adecuadamente los principios del artículo 103.3 CE⁶⁸⁴. En el «mismo saco» se ha de meter el acceso a través «listas de espera» o «bolsas de empleo», pues no garantizan el respeto a los principios de acceso, más al contrario son procesos «blandos» o “*muy debilitados a la hora de valorar el mérito y la capacidad*”, en donde la interferencia sindical y política es muy intensa, lo que a la postre crea el caldo de cultivo idóneo para prácticas «clientelares» o «vecinales» –en el caso de la Administración local–. Con estos términos se expresa BOLTAINA BOSCH quien estima que, “*en gran medida, aquí se localiza el origen de muchos vicios de nuestro empleo público*”⁶⁸⁵. No pretendo decir que no sean necesarios estos procedimientos rápidos para la provisión urgente de personal, sino que critico que de ellos derive una futura consolidación que también suele ser un proceso de selección «blando». Por eso entiendo, como ya dije, que la misma solución haya de aplicarse tanto cuando se contrata al personal sin observar el proceso selectivo, como cuando se ha contratado a personal temporal mediante un proceso *ad hoc* con escasas o nulas garantías y se produce una irregularidad laboral que requiere la imposición de la fijeza del contrato⁶⁸⁶. Sin embargo, entiendo que el legislador de emergencia ha apostado por esta opción para zanjar el problema de la temporalidad, habida cuenta del artículo 2 del RD-ley 14/2021, de 6 de julio.

iv) Y cuarto, esta solución debe ser a mi juicio, como estima el juzgado de lo social que plantea las cuestiones inconstitucionales resueltas por los Autos de 2009, como estima el juzgado de lo contencioso administrativo (analizado en el apartado II.2.2. anterior) y, sobre todo, como lleva defendiendo un amplio sector de la doctrina como los profesores SALA FRANCO y ALTÉS TÁRREGA⁶⁸⁷ que la nulidad del contrato es la solución que mejor se adapta a estos casos en los que se accedido de forma irregular, además del reconocimiento de una indemnización cuando se pruebe el daño y perjuicio, pues no se puede desconocer que en muchos supuestos habrá connivencia del trabajador para acceder a una posición más consolidada dentro del empleo público. Llegados al estado de cosas actual, se afirma que esta solución es la única forma de “*cortar de una vez por lo sano*” y evitar el crecimiento desmedido de indefinidos no fijos creados mediante el fraude y la corrupción que afecta, esencialmente, a las entidades locales⁶⁸⁸.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 73.

⁶⁸⁴ SSTS de 17 de septiembre de 2020, rec. 154/18; de 30 de septiembre de 2020, rec. 112/18.

⁶⁸⁵ Cfr. X. BOLTAINA BOSCH, “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, cit., p. 142 y 143. En el mismo sentido, J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, cit., p. 33.

⁶⁸⁶ Véase capítulo noveno, apartado I.3.2.3.

⁶⁸⁷ De nuevo remito al mismo apartado anteriormente señalado y a las fuentes allí citadas.

⁶⁸⁸ A. ARUFE VARELA, “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, cit., p. 86. En sentido contrario, entiende que es una solución excesivamente drástica, extremista, muy severa y perjudicial para los empleados: R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 136.

Más recientemente, FONDEVILA ANTOLÍN se suma a esta postura, incluso admite el reconocimiento de la indemnización referida, siempre y cuando, eso sí, se pruebe la buena fe del trabajador. Para garantizar esta solución entiende que debe pasar por la atribución definitiva de la competencia al orden contencioso-administrativo y la aplicación de la doctrina de los «actos separables», de modo que pueda declararse la nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa con las consecuencias que de ello han de derivarse sobre los contratos. Además, cita una serie de pronunciamientos judiciales en los que el TJUE ha admitido esta solución de la nulidad acompañada de una indemnización resarcitoria y, en su caso, de responsabilidades para los cargos públicos que acometieron la irregularidad (amparadas en la DDAA 34 y 42 LPGE 2017 y 2018)⁶⁸⁹. Aunque no se pronuncia sobre la identidad entre los supuestos fraudulentos y la subrogación por reversión administrativa, sí que se manifiesta a favor de extender una solución similar en el sentido de impedir la incorporación al ente público, lo que a mi juicio, siempre que no sea nulidad y si extinción con los requisitos antes expuestos no es incompatible con la Directiva 2001/23/CE⁶⁹⁰. El autor elabora una propuesta normativa a la que me sumo, pues entiende necesaria una reforma legislativa en el sentido de eliminar la referencia al «indefinido» de los artículos 8.c y 11.2 EBEP. Junto a ello, en el mismo cuerpo normativo, han de integrarse las siguientes previsiones: 1) una prohibición expresa de reconocer de oficio la transformación de un contrato temporal en fraude de Ley en indefinido; 2) la exigencia de responsabilidades administrativas, disciplinarias y penales para los cargos y autoridades que incumplan estas previsiones (dotando de un régimen más concreto e incorporado al EBEP a la DA 34 LPGE); 3) incorporar una obligación expresa y concreta de incorporar las plazas a la siguiente OEP, lo que precisará de una acomodación de los límites presupuestarios (tasa de reposición) para deje de ser un obstáculo para articular la solución)⁶⁹¹; y 4), en fin, lo más importante: incorporar mediante una

⁶⁸⁹ J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, cit., pp. 44-55. La STJUE de 23 de abril de 2009, *Angelidaki y otros* (asuntos C-378, 379 y 380/07) que, con base en las normas constitucionales, impone la nulidad del contrato y el reconocimiento de una indemnización –eso sí, objetiva– equivalente a la del contrato indefinido en caso de rescisión. O la STJUE de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu* (asunto C-53/04), en este caso una indemnización por daños y perjuicios pero acompañada de responsabilidades o sanciones para los responsables públicos.

⁶⁹⁰ Aunque en otra obra posterior parece que aclara su posicionamiento en torno a la posible distinción pues identifica perfectamente todos los supuestos que deberían conducir a la misma solución excepto el de sucesión de empresa. Así afirma: “Lo primero que llama la atención es la inexplicable «vis expansiva» de la jurisdicción social sobre el empleo público con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo, ya que, como se ha podido apreciar en todos los supuestos existe siempre de forma previa, como no podía ser de otra manera, una decisión o actuación administrativa (recuerdo que el acto administrativo tácito es una figura reconocida por nuestra jurisprudencia) por lo cual de forma previa a la formalización de la relación jurídica laboral se toma una decisión, da lo mismo que esta afecte a la renovación contractual, utilización de un tipo de contrato inadecuado legalmente, como a un uso en fraude de ley de las condiciones de un contrato administrativo (contrato de servicios), en todas estas actuaciones existe una actuación previa de la administración, y estas por su propia naturaleza se encuentran residenciadas en el orden contencioso administrativo y no en el orden social”. Cfr. J. FONDEVILA ANTOLÍN, “El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas”, cit., p. 119.

⁶⁹¹ Esta idea también ha sido defendida por M. A. BALLESTER PASTOR, “Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública”, cit., p. 33.

disposición transitoria al EBEP el régimen de ineficacia contractual de personal afectado que, como se ha dicho, será la nulidad (contemplando el régimen indemnizatorio)⁶⁹².

A mayor abundamiento, me parece absolutamente revelador que el profesor DESDENTADO BONETE, artífice de la creación del indefinido no fijo, en uno de sus últimos trabajos, reconociera que ha dejado de cumplir los fines que “*debía cumplir la institución de acuerdo con su doctrina fundacional*” y admite compartir posturas de otros autores que formulan “*interesantes observaciones sobre la nulidad como posible solución frente a unas situaciones que han de considerarse patológicas en el marco del empleo público*”⁶⁹³.

Ahora bien, en un sentido diverso, LÓPEZ BALAGUER y RAMOS MORAGUES, tras reconocer que el uso de la figura se ha pervertido perdiendo la perspectiva de finalidad primigenia, la continúan considerando una alternativa válida para todos los supuestos en los que se aplica (incluido la reversión de contrata públicas), solo que precisa reducirse la inseguridad jurídica que rodea a la institución mediante una intervención legislativa. Así, la primera medida que estiman necesaria sería su reconocimiento legal expreso en el EBEP con la delimitación positiva de su régimen jurídico, incluyendo el régimen extintivo tal cual está definido por la jurisprudencia reciente y el reconocimiento de la igualdad en condiciones de trabajo excepto aquellas consustanciales a la fijeza (promoción profesional, derecho de permanencia en despido objetivo y colectivo y efectos del despido disciplinario improcedente). Por lo demás, coinciden con el anterior autor en el resto de medidas: necesidad de reconocimiento por sentencia judicial, obligación concreta de incorporar la plaza a una OEP próxima, y la imputación de responsabilidades a los órganos de contratación que cometan la irregularidad (incluyendo la defensa de la aplicación del artículo 7.2 LISOS a estos casos). Y en fin, no descartan una consolidación a modo de regularización de la situación del personal mediante valoración de la experiencia y acceso por convocatorias restringidas, haciendo alusión respecto a esto último a que la jurisprudencia constitucional ha admitido excepciones. En este sentido, reconocen que puede ser una solución satisfactoria para todos los actores implicados (Administración, trabajadores y sindicatos), excepto para los ciudadanos titulares del derecho de acceso al empleo público en términos de igualdad, mérito y capacidad⁶⁹⁴.

En síntesis, a mi parecer, insisto: el indefinido no fijo requiere de una intervención legal, pero para erradicarlo e impedir que se pueda seguir aplicando *ad futurum*. La nulidad del contrato acompañada de una indemnización por daños y perjuicios y la imposición de penalidades a los funcionarios y cargos públicos causantes de la irregularidad es una medida lo suficientemente disuasoria y sancionatoria para la mayoría de causas expuestas que conducen la declaración del

⁶⁹² J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, cit., pp. 72-80. Reitera su postura en J. FONDEVILA ANTOLÍN, “El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas”, cit., p. 120.

⁶⁹³ Refiriéndose a GORELLI HERNÁNDEZ. Véase: A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, cit., p. 27/28 pdf descargado.

⁶⁹⁴ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., pp. 101-111.

indefinido y que quedan amparadas por el Acuerdo Marco sobre contratación temporal (a excepción de la cesión ilegal de trabajadores). El TJUE ha determinado, en torno a la indemnización, que para ser calificada como una «medida equivalente» a los efectos de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre contratación temporal “*debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*” y que la misma no solo debe ser “*proporcionada, sino también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula*” (SSTJUE de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras II*, asunto C-619/17, ap. 94 y 95; de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, asunto C-103 y 429/18, ap. 103 y 104). Así se ha entendido que la sentencia cuestiona que, incluso en el ámbito de la indemnización por despido improcedente cuando ya se ha producido el cese del trabajador víctima de abuso, pueda constituir una medida adecuada y suficiente, por cuanto que no tiene por objeto compensar y sancionar «específicamente» los efectos del abuso. Pues bien, lo mismo cabría decir respecto a la indemnización del despido por causas empresariales procedente reconocido para la extinción del indefinido no fijo por cobertura o amortización, en la medida en que pierde su «especificidad» cuando es reconocida de oficio a todos los trabajadores con independencia de la causa por la que acceden, incluida en el ámbito de la Directiva 1999/70/CE o no⁶⁹⁵. En cambio, una indemnización por daños y perjuicios suficientemente disuasoria sí que cumpliría con la Cláusula 5.

La medida para acabar con la conversión en indefinidos no fijos y que sea compatible con el Derecho europeo debería completarse con la exigencia de responsabilidades, desarrollando la imprecisa DA 34 LPGE 2017 o DA 42 LPGE 2018. La STJUE de 7 de marzo de 2018, *Santoro* (asunto C-494/16) ha reconocido el carácter disuasorio y efectivo de una normativa italiana que apunta que prevé lo siguiente: “*Por ejemplo, el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 165/2001 establece que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de este Decreto Legislativo dispone que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción*” (ap. 52). Y ello, a pesar de que no se prevé una indemnización a favor del trabajador que compense la no transformación en indefinido, pero sí prevé “*la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de*

⁶⁹⁵ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 159 y 179.

manera regular, lo habría superado” (ap. 54). No obstante, a nivel interno sería necesario diseñar normativamente los parámetros para determinar la cuantía de la misma⁶⁹⁶.

Pues bien, en esta cuestión incide de nuevo el RD-ley 14/2021, de 6 de julio. Más concretamente la nueva DA 17 EBEP, cuyos apartados 1 y 2 disponen lo siguiente:

“1. Las Administraciones Públicas serán responsables del cumplimiento de las previsiones contenidas en la presente norma y, en especial, velarán por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino.

Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

2. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas”.

Más compleja va a ser la solución que se de a quienes ya ostentan esta situación, pues no parece que ni la consolidación o la extinción indemnizada de todo el colectivo vaya a ser pacífica. Aunque, de nuevo, la citada norma se ha posicionado, como ya se ha comentado, a favor de la primera opción (art. 2 RD 14/2021).

4. Reversión de contrata públicas e Indefinido no fijo

Alcanzada la conclusión anterior de que se debe cerrar la vía al acceso a todos los hechos causantes de la declaración de indefinido no fijo derivados de irregularidades, toca ahora decidir qué pasa con el personal subrogado. Esto es, si se trata de una posibilidad factible para la integración del personal que fue contratado por las empresas contratistas privadas sin mediar criterio objetivo alguno en su selección. No obstante, lo que no se puede negar es que para la doctrina judicial y científica continúa siendo una alternativa preferente. Por tanto, formularemos a continuación algunas consideraciones adicionales tanto a favor como en contra. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, partiremos de las siguientes premisas:

A) Primera, si bien tanto los supuestos de subrogación como los anteriores derivados de una aplicación ilícita de la legislación laboral comparten la premisa de actualizar un conflicto entre normas procedentes de distintos sectores del ordenamiento jurídico, no nos encontramos aquí

⁶⁹⁶ Sobre la cuantificación de la indemnización, algún autor ha defendido que la extinción del indefinido por amortización o cobertura de la plaza no necesariamente tiene por qué llevar aparejada una indemnización legalmente tasada, sino que estima más razonable que se cuantifique en atención al perjuicio real que ocasiona el cese, considerando circunstancias como la edad del trabajador o la duración de su relación laboral. En este sentido, lo considera compatible con la prevención y sanción del abuso de forma eficaz tal y como exige la cláusula 5 el Acuerdo Marco (C. L. ALFONSO MELLADO, “¿Interino indefinido?: dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018”, cit., p. 158).

ante supuestos que deriven de una aplicación fraudulenta de la norma laboral⁶⁹⁷ y, más aún, que puedan constituir una vía de acceso fraudulenta al empleo público al «utilizar» el artículo 44 ET como norma de cobertura ex artículo 6.4 Código Civil que permita eludir el artículo 55 EBEP y concordantes que regulan el acceso al empleo público. Es decir, este supuesto comparte con aquellos únicamente una de las premisas que habilitan a la Administración para una aplicación diversa de la legislación social.

B) Por otro lado, debe destacarse, aunque se deduce perfectamente de todo lo dicho anteriormente, que una vez se produce la declaración judicial de indefinido no fijo, no habrá diferencias en cuanto al régimen jurídico y extintivo por razón de la causa de procedencia. Por ello, tiene sentido la exposición que hemos realizado en el apartado III.2 de este capítulo cuyas consideraciones servirán para argumentar nuestra postura final.

C) En fin, no puede olvidarse que, aunque el indefinido no fijo sea una consecuencia generalmente impuesta para el abuso en la contratación de duración determinada que queda sometida al Acuerdo Marco europeo y a las interpretaciones del TJUE, su naturaleza jurídica para el máximo pretor comunitario continúa siendo temporal, lo cual ha sido criticado por cuanto que el Tribunal de Justicia incurre en una argumentación «circular» ya que propone una nueva temporalidad para combatir el abuso de la temporalidad⁶⁹⁸. Y esta naturaleza temporal persiste con independencia de la causa que lo originó, por lo que con independencia de que su origen no se encuentre en una contratación temporal abusiva previa –como en los casos de cesión ilegal y sucesión de empresa– una vez declarada la condición indefinido no fijo, su régimen jurídico sigue sometido al Acuerdo Marco contenido en la Directiva 1999/70 y su evolución jurisprudencial. En consecuencia, las últimas sentencias del TJUE aplicables a personal temporal en sector público no son del todo inocuas para el destino de esta figura.

4.1. Posturas a favor de su extensión a la reversión de contrataciones públicas

A) Como se dijo al principio de esta sección, la mayoría de sentencias que se pronuncian sobre la fórmula de integración del personal subrogado procedente de las empresas contratistas o concesionarias se pronuncian a favor de la figura del indefinido no fijo. Algunas de ellas, además de declarar su aplicación, apuntan alguna idea adicional que merece la pena destacar.

a) Así, por ejemplo, la STSJ Cantabria de 2 de mayo de 2014 (rec. 201/14), además de la vulneración a los principios de acceso al empleo a consecuencia de la subrogación, alega también que se opone a la normativa en materia de contención del gasto público que limita las posibilidades de contratación por las AAPP. No obstante, entiende que debe aplicarse la figura del indefinido no

⁶⁹⁷ Entre otros muchos, J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 44 y ss. J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 112 y ss. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 109.

⁶⁹⁸ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, “Interinos por vacante, abuso y Directiva 1999/70: valoración crítica a la STJUE 3 de junio 2021 (C-726/19), IMIDRA”, cit.

fijo en tanto que la Administración no puede escapar lo preceptuado en el artículo 44 ET y del efecto automático de la subrogación que la convierte en empleadora laboral toda vez que concurren los presupuestos aplicativos de la norma. Acogiendo la distinción entre el interés privado que supone la tutela de la estabilidad en el empleo plasmada en los derechos laborales y el interés público que constituyen las normas de acceso al empleo público y su “*indudable relevancia constitucional*” señala abiertamente que lo que debe prevalecer es la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las AAPP y a los intereses que con aquélla se tutelan.

b) En el mismo sentido, la STSJ (CA) Castilla-La Mancha, de 20 de diciembre de 2013 (rec. 304/12) que, tras dudar y cuestionar de la aplicación del artículo 44 ET a los supuestos de reversión de contrataciones por lo dispuesto en la exclusión prevista en el artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE, entiende que la norma laboral ha de matizarse y moderarse por los principios de acceso al empleo público, para evitar que sirva de norma de cobertura o «puerta falsa» para permitir un acceso al margen de aquellos principios. Asevera que si jurisdicción social, a quien corresponde principalmente velar por el respeto de la relación laboral realiza dicha matización, con mayor motivo ha de proceder así el orden contencioso-administrativo encargado de velar por el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

c) También aplica la figura del indefinido no fijo en la SJS n.º 2 Zaragoza de 19 de febrero de 2018 (proc. 715/17) sobre la reversión del servicio 010 de atención telefónica del Ayuntamiento de Zaragoza. Sin embargo el caso entraña una peculiaridad, pues no es un supuesto puro de reversión y subrogación. En efecto, esta se produce, pero en lugar de que la corporación se niegue a asumir a la plantilla, permite que sigan trabajando bajo su dependencia tras el abandono de la concesionaria, pero sin reconocimiento de la subrogación y sin alta en la Seguridad Social. Así, de un lado podría afirmarse que se produce una asunción de personal tácita, pero del otro el juzgado recurre a los artículos 1.1 y 8.1 ET para declarar la verdadera condición de empresario que ha asumido el ente al producirse “*una contratación irregular realizada por el Ayuntamiento, desprovista de todo tipo de formalidad legal, basada solo en la continuidad de las trabajadoras en la prestación del servicio en los mismos locales del Ayuntamiento, bajo la dirección de esta entidad pública, que acordó la continuación del servicio 010 de forma provisional y transitoria.*”

B) Como se vio también al principio, los autores han defendido mayoritariamente esta figura, entiendo que el intento de conciliar los sectores del ordenamiento jurídico enfrentados determina que exista una identidad de razones entre el conflicto que pretendía resolver la figura en los casos de contratación irregular y los de sucesión de empresa ahora estudiados, por lo que se estima que es adecuada su extensión también a estos últimos⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ L. E. NORES TORRES, “La reversión de contrataciones en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, cit., p. 15. Apoyan esta idea: M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 83. En el mismo sentido, M. GARCÍA PÉREZ, “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de

a) En este sentido, un primer inconveniente para su aplicación consiste en salvar el obstáculo de que se su reconocimiento haya de hacerse necesariamente mediante sentencia judicial. Cuestión esta que, durante un limitado periodo de tiempo, vino reforzado por la prohibición de reconocimiento de oficio por parte de la Administración de esta figura, tal y como disponía la DA 34 LPGE. Pero en la medida en que la STC n.º 122/2018 declaró inconstitucional el inciso que hacía referencia al personal de las empresas que tengan un contrato administrativo con la Administración, puede entenderse que este obstáculo ha sido superado. No obstante, por un lado sigue vigente este inciso en la DA 42 LPGE 2018, aunque a mi juicio no debería suponer problemas en tanto que se trata de una previsión ya materialmente declarada inconstitucional, por lo que considero innecesario tener que plantear una cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional dé exactamente la misma respuesta. Pero por otro lado, la DA 26 LPGE 2017, apartado Dos, relativa a la integración del personal subrogado en sociedades de capital público sigue sometiendo la eficacia de dicho efecto a la previa declaración judicial. A mi modo de ver, estas previsiones de las normas presupuestarias no pueden restar eficacia al mandato de subrogación, pues tanto antes como después de su aprobación, no puede constituir el requisito de la declaración judicial un obstáculo insalvable tal y como defiende NORES TORRES, (a diferencia, al menos a mi juicio, de los casos de contratación temporal ilícita).

En efecto, el autor ya argumentaba antes de la aprobación de dichas normas presupuestarias⁷⁰⁰ y mantiene con posterioridad⁷⁰¹, que no tiene sentido que así sea en los casos de reversión de contrata públicas, abocando a los trabajadores a una previa reclamación judicial con las esperables dilaciones de la justicia para hacer valer un derecho subjetivo reconocido por el legislador español y comunitarios (de especial trascendencia este último)⁷⁰². Al respecto, no solo expone con claridad las razones jurídicas por las que no resulta coherente la negativa de la Administración a admitir la subrogación sin mediar un juicio declarativo previo, sino que proporciona varias posibilidades para articular la contratación del indefinido no fijo⁷⁰³. Entiendo, además, que la Administración queda vinculada por el artículo 103.1 CE que establece que la AP

junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao [Ref. BIB 2020/9230]”, cit., p. 25/44 pdf descargado.

⁷⁰⁰ Con mayor detalle: L. E. NORES TORRES, “La reversión de contrata en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, cit., pp. 15-16.

⁷⁰¹ J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contrata y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., pp. 102-105.

⁷⁰² En el mismo sentido, J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 14/28 pdf descargado.

⁷⁰³ En cuanto a las razones alega el reconocimiento legal de la existencia de la modalidad de empleado público (art. 8.2.c EBEP), la mala praxis de las AAPP abocando a recurrir a la justicia para garantizar la plenitud del derecho y el entendimiento de que la DA 15 ET no impone necesariamente este requisito cuando se sobrepasan los límites temporales para la contratación temporal. Entre las soluciones para articular la subrogación a falta de un tipo contractual específico de indefinido no fijo propone tres posibilidades: 1) recurrir al contrato indefinido ordinario y hacer valer la extinción acaecida la amortización o cobertura de la plaza; 2) introducir una cláusula en el contrato que especifique estos motivos de extinción y el reconocimiento de la indemnización que debe llevar aparejada; o 3), introducir una condición resolutoria de alcance similar. En cambio, expresamente se posiciona en contra de la última solución, en tanto que supone una introducción *ex novo* de una cláusula resolutoria inexistente que se insertaría contractualmente por el mero hecho del traspaso. Véase: F. A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, *Descentralización productiva y estabilidad en el empleo*, cit., p. 105.

actúa con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, pero la primera no agota el ámbito del segundo, que es más amplio e incluye el derecho internacional y supranacional⁷⁰⁴. Posteriormente, junto con GOERLICH PESET, reafirma estas ideas y mantiene ambos autores, a la luz de la evolución del régimen extintivo e indemnizatorio en los supuestos de amortización o cobertura reglamentaria, que las diferencias entre el indefinido no fijo y el indefinido ordinario están “*en trance de desaparición, lo que podría permitir salvar la adecuación de esta figura a las exigencias laborales, internas y comunitarias, en materia de transmisión de empresa*”. Con todo, reconocen que el hecho de que surja una nueva causa de extinción –la cobertura o amortización del puesto de trabajo– inexistente antes del traspaso puede ser problemática a ojos del TJUE⁷⁰⁵.

Tampoco la profesora DE SANDE PÉREZ-BEDMAR entiende que haya problema alguno en el reconocimiento unilateral por parte de la Administración empleadora de la condición de indefinido no fijo por subrogación, en la medida en que ello no supone una vulneración de los principios contenidos en el artículo 55 EBEP porque no hay consolidación. Por una parte, aduce que este acto administrativo contribuye a desjudicializar el conflicto, lo cual es positivo. Pero por otra parte, advierte que las dudas que subsisten en torno a la naturaleza jurídica de esta figura de creación jurisprudencial, llevan implícito el riesgo de acabar regularizando una situación irregular, en la medida en que no puede evitarse que tarde o temprano se acabe consolidando el estatus del trabajador mediante procedimientos reglamentarios⁷⁰⁶. Si bien comparto esta afirmación, por coherencia con lo que ya vengo defendiendo a lo largo de este capítulo, no puedo estar de acuerdo en el tratamiento unitario que expresamente da al indefinido no fijo con independencia de su hecho causante, pues es evidente que si accede por subrogación no accede de modo irregular. En base a esta idea, la distinción, CEINÓS SUÁREZ defiende que el indefinido no fijo por subrogación no requiere de previa sentencia judicial, circunstancia que debe entenderse únicamente referida a los supuestos de fraude en la legislación laboral, en la medida en que deben ser los tribunales quienes constaten la irregularidad antes de proceder a la integración⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Artículo 103”, cit., p. 461.

⁷⁰⁵ En el mismo sentido, se afirma que el estatus de las personas asumidas por las AAPP en supuestos de transmisión “*no puede ser otro*” que de indefinido no fijo, aunque reconoce la imposibilidad de consolidar la plaza determina que la subrogación se haga en condiciones de precariedad e inseguridad laboral porque finalmente va a tener que convocarse la plaza para su provisión definitiva. M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 70. El mismo autor, realiza una comparación entre la situación que ostentaban los trabajadores cuando dependían de la empresa contratista y tras ser subrogados. En primer lugar, afirma que podría afirmarse, en términos generales, que la situación de inseguridad ante una eventual extinción se encuentra asimilada por la evolución de las indemnizaciones extintivas del indefinido no fijo y que la única diferencia se sitúa en la cobertura de la plaza. Ahora bien, reconoce que la equiparación es únicamente aparente, pues como trabajador de la contratista, ante un posible despido objetivo o colectivo por pérdida de la contrata, siempre cuenta la plantilla con dos situaciones que le permitiera mantener el empleo: la recolocación en caso de empresas contratistas de gran envergadura o la intervención de la subrogación convencional que le permita mantener las mismas condiciones con una nueva empresa. Pues bien, ninguna de las dos puede plantearse si son asumidos por Administraciones Públicas (p. 71).

⁷⁰⁶ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, cit., p. 111.

⁷⁰⁷ Á. CEINÓS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio*

b) No obstante, esta última autora, pese a posicionarse a favor de esta solución jurisprudencial, también introduce algunas consideraciones prácticas sobre la aplicación del indefinido no fijo que pueden servir para el debate sobre su conveniencia⁷⁰⁸.

i) En primer lugar, reflexiona en torno a la obligación que recae sobre la Administración para proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza, matizando su alcance. Pues en realidad, del derecho de la función pública no puede deducirse que, una vez producida la reversión del servicio, haya una obligación concreta y precisa que fuerce a las AAPP a la creación de la plaza, su dotación presupuestaria, su inclusión en la OEP y, finalmente su convocatoria. La situación es más compleja y requiere ser matizada, pues tales decisiones forman parte del ámbito de las facultades de auto-organización administrativa, aunque resulte harto censurable –como hemos puesto de relieve antes– que pueda mantenerse este tipo trabajador extramuros de la RPT, en una situación de «informalidad» o, como más recientemente parece validar el TS, como trabajadores «flotantes» no vinculados a una plaza⁷⁰⁹. En efecto, solo cuando la administración, ha realizado estos trámites administrativos queda compelida a cumplir el plazo de tres años que dice el artículo 70 EBEP. La excepción se daría en algún ámbito territorial a raíz de que su Ley de la Función Pública establece garantías contundentes para evitar esta perpetuación *sine die*⁷¹⁰.

Y aun así, se ha venido entendiendo que el plazo queda suspendido por los límites presupuestarios al incremento del gasto público⁷¹¹. Lo que la profesora citada remarca es que, a los efectos de puntualizar si existe una verdadera obligación de convocar la plaza, hay que distinguir dos momentos: 1) antes de la realización de los trámites señalados –en especial la inclusión en la OEP– que estaríamos en el terreno de las facultades y libertades administrativas; y 2) una vez aprobada la OEP, el ente está obligado a instar los procedimientos selectivos para la cobertura reglamentaria de la plaza, siempre cuando la restricciones presupuestarias lo permitan.

En síntesis, sobre esta primera consecuencia práctica, lo que se deduce es que los trabajadores así integrados pueden permanecer largas temporadas en de provisionalidad⁷¹².

a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, p. 311.

⁷⁰⁸ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, cit., pp. 110-117.

⁷⁰⁹ En cuyo caso algún autor entiende que el trabajador permanece en un «limbo» que puede mantenerse durante mucho tiempo, pues depende de la voluntad de la Administración sacar a concurso la plaza (J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 131).

⁷¹⁰ Es el caso de la *Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia* (DOG n.º 82 de 04-05-15; BOE n.º 123, de 23-05-15) cuyo artículo referido al «personal laboral indefinido» establece: 1) la modificación de la RPT para crear la plaza cuando no exista una plaza vacante, cuya propuesta deberá realizarse en un plazo máximo de 3 meses desde la declaración judicial; 2) la incorporación en la OEP salvo que se amortice el puesto; 3) la previsión de responsabilidades para las personas que con su actuación irregular causen la declaración judicial.

⁷¹¹ Véase la exposición que formula la reciente STS de 28 de junio de 2021, rec. Rec. 3263/19.

⁷¹² Se afirma, de modo casi unánime, que la experiencia muestra que la permanencia en el puesto suele ser larga debido a la lentitud habitual en la convocatoria y desarrollo de los procesos selectivos por parte de los poderes públicos. Por todos, R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, cit., p. 142.

Aunque esto podría cambiar a la luz de la STJUE de 3 de junio de 2021, *IMIDRAA* (asunto C-726/19), incorporada con extrema celeridad al acervo jurisprudencial interno por la STS de 28 de junio de 2021, rec. 3263/19. Su doctrina, de momento, queda referida a los interinos por vacantes que se mantenían sin convocar la cobertura durante un periodo inusual o injustificadamente largo.

Pues bien, al respecto, el tribunal de Luxemburgo introdujo hace poco dos criterios que ya han sido asumidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Primero, que ante la inexistencia de otras medidas preventivas del abuso en la contratación temporal de acuerdo con la Cláusula 5 del Acuerdo Marco, los procesos selectivos no deberán superar el plazo de tres años referido en el referido artículo 70, de forma que si así sucediera estaríamos ante una relación inusualmente larga que determinaría, en el caso del contrato de interinidad, su conversión en indefinido no fijo. Con todo, señalada la contradicción de que se convierta un contrato temporal en otro contrato temporal –pues esta es naturaleza que atribuye el TJUE al indefinido no fijo– no puede descartarse que este límite para convocar las plazas no acabe trasladándose también a este último para prevenir la perpetuación la provisionalidad de la relación laboral. Y segundo, también entiende el TJUE y, por fuerza así lo estima ahora también el TS, que las limitaciones presupuestarias no pueden justificar la inactividad de las AAPP al convocar dichas plazas en tanto que impedirían la adopción de medidas preventivas para evitar los abusos en la contratación temporal en el sector público, y con ello, obviamente, se condicionaría la eficacia de la Directiva 1999/70/CE.

ii) En segundo lugar señala también DE SANDE problemas prácticos en la amortización de la plaza, pues para poder proceder a ello es necesario, primero, que exista en sentido administrativo. Es decir, que se haya creado e incluido en la RPT u otros instrumentos organizativos similares, circunstancia que, como hemos visto, no siempre ocurre⁷¹³. Circunstancia que se incrementa,

Esta situación se haya alegado, a mi juicio, como una suerte de «consuelo» para el personal subrogado con esta condición. En efecto, se afirma que en los casos amortización de la plaza el indefinido no fijo tiene la misma tutela laboral que el indefinido ordinario en cualquier empresa privada, afirmación que es totalmente cierta. Y que la diferencia vendría a focalizarse en la cobertura de la plaza, aunque se alega: *“repárese en que no es algo inusual que las propias Administraciones Públicas perpetúen la situación de «indefinidos no fijos» sine die o, en el caso de convocar las plazas, configuren aspectos de selección –en connivencia sindical– donde, o bien restringen el acceso al personal que se encuentra en tal situación o bien recurren a la fórmula del concurso oposición o concurso –[...]– donde se suele valorar de manera exorbitada la experiencia. En estas circunstancias, las posibilidades reales de que la cobertura de la plaza [...] se lleve a cabo por el propio «indefinido no fijo», no será algo infrecuente”*. Cfr. M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 88. No puedo estar de acuerdo con esta idea porque sustenta que el mantenimiento de las relaciones laborales en las mismas condiciones que regían en la empresa cedente en una hipótesis, además, harto censurable: la perversión de la figura del indefinido no fijo por parte del Administración.

⁷¹³ Algún autor afirma que subrogar al personal y no crear la plaza en la RPT, amortizar aquellas que no precisa y cubrir reglamentariamente las que sí, comporta que la autoridad responsable incurra en prevaricación por omisión y malversación de caudales públicos si se mantienen relaciones laborales más costosas a consecuencia de los derechos adquiridos por los trabajadores antes de la subrogación. Véase: J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, cit., p. 13/19 pdf descargado. En el mismo sentido, F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 103. Este último autor, con cita de la SAP de Pontevedra de 23 de julio de 2001, en la que se aprecia la comisión de un delito continuado de prevaricación del equipo de gobierno de la administración local (alcalde y concejales) por la conversión en indefinidos no fijos de diversos trabajadores precarios fraudulentamente contratados con carácter temporal so pretexto de urgencia y necesidad, posteriormente prorrogados sin motivación alguna de la necesidad temporal,

como ya analizamos antes, por la nueva jurisprudencia que apoya la desvinculación entre el puesto de trabajo y el indefinido no fijo, que dificulta la actualización de la causa extintiva. De esta manera, apuntábamos, parece que el Tribunal Supremo orienta su jurisprudencia sobre esta figura hacia la desaparición de diferencias con el indefinido ordinario o fijo de plantilla. Y aquí, la consecuencia perniciosa sería la que también hemos referido ya: que se engloba en la misma resolución a quienes accedieron por una vía que constituye abuso o fraude en la aplicación del Derecho laboral, que quienes se integran por una estricta observancia de las obligaciones legales.

c) Curiosa defensa de la aplicación de indefinido no fijo es la que realiza SERRANO OLIVARES que, en el contexto de vigencia de la DA 26 LPGE, afirma la autora que el legislador debía haber apostado por extender esta figura al personal subrogado proveniente de las contrata⁷¹⁴. La autora parte de la premisa de distinguir los diversos hechos causantes de la figura en tres categorías: los provenientes del abuso y fraude en la contratación temporal; los de cesión ilegal; y los de sucesión de empresa. Los primeros tienen la particularidad, que no tienen los otros dos, de que el personal que resulta declarado indefinido ya era empleado público, pues había accedido al puesto siquiera temporal y formaba parte de la plantilla pública. Esto marca la diferencia entre las otras dos vías de aplicación de la figura jurisprudencial, entre los que reconoce que existe una «notable analogía» en tanto que el personal laboral afectado no había sido previamente contratado por la Administración. En cambio, también subsisten diferencias entre ambos: 1) mientras que la cesión ilegal tiene *“como telón de fondo una conducta ilícita de las empresas cedente y cesionaria”*, la subrogación no deriva de una «situación patológica»; 2) aunque en ninguno de los dos casos eran previamente personal público, sí que puede entenderse que los trabajadores objeto de cesión ilegal, indirectamente, han ostentado una relación laboral *de facto* con la entidad pública, situación que no se produce en los casos de contrata^s o concesiones reales que se recuperan; y 3), en fin, la sucesión de empresa queda amparada por la Directiva europea sobre transmisión de empresa, por lo que de entrada, a la luz del mantenimiento de las relaciones laborales y sus condiciones de trabajo que impone aquella, *“no parece defendible aplicar a los trabajadores subrogados una condición resolutoria en sus contratos de trabajo por el mero hecho de la sucesión, pasando de ser trabajadores fijos a trabajadores indefinidos”*.

Ahora bien, tras analizar la figura del «personal subrogado» que parecía desprenderse necesariamente de la DA 26 LPGE 2017, la autora da un giro argumental para defender la aplicación del indefinido no fijo que basa en el principio de igualdad. Y es que entiende que la no consideración de empleado público a los efectos del artículo 8.2.c EBEP y los diferentes regímenes profesionales por los que se regirán el trabajador subrogado no empleado público y el resto de empleados públicos que realicen un puesto de trabajo similar, no parece que pueda justificarse a los ojos del artículo 14 CE ni del artículo 20 CDFUE, por cuanto que introduce diferencias en las

finalmente convertidos en indefinidos no fijos sin realizar trámite alguno orientado a la cobertura reglada del puesto. En el mismo sentido, la SAP de Albacete de 5 de mayo de 2004, en la que alcanza tal condición la mujer del Alcalde.

⁷¹⁴ R. SERRANO OLIVARES, “Internalización de servicios y adaptación de las condiciones de trabajo del personal subrogado”, cit., pp. 17-25/43 pdf descargado.

condiciones de trabajo entre ambas figuras que no responden a una justificación objetiva y razonable, según su opinión⁷¹⁵. Así las cosas, la autora presume la validez de todos cambios jurisprudenciales que han ido aproximando las figuras del trabajador fijo de plantilla y el indefinido no fijo (por ejemplo, la participación en concursos de traslado y promoción interna), fijando que la única diferencia que debe mantenerse es la relativa a la duración del contrato y su causa de extinción. A su parecer, esto se acomoda más al principio de igualdad que aplicar al trabajador dependiente de la Administración un régimen profesional no comprendido en el EBEP, por cuanto que habrá así más diferencias en materia de condiciones de trabajo⁷¹⁶.

C) En fin, alguna norma legal autonómica ha dado carta de validez a la aplicación del indefinido no fijo. En este sentido, la *Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos* (de Navarra)⁷¹⁷, en su artículo 67 titulado “*Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo*”, que pretende ser una suerte de concreción y desarrollo del artículo 130 LCSP que tiene idéntico título, cuando recoge normativamente el apartado 3 de la norma estatal dispone lo siguiente: “*En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta ahora venía siendo prestado por un operador económico, estará obligada a la subrogación del personal que lo prestaba, que se mantendrá en el puesto de trabajo hasta que las plazas sean objeto de cobertura mediante la normativa de función pública que resulte de aplicación*”. Es evidente que el precepto (art. 67.4 Ley Foral) va más allá que el artículo 130 LCSP.

Por un lado, porque no alude a las fuentes que pueden causar la subrogación como se especifica en este último, recuérdese: cuando lo establezca una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Ello ya de por sí podría dar lugar al entendimiento de que puede dar cabida a una aplicación más amplia de la institución laboral que no se agote con los supuestos previstos en el artículo 130 LCSP. Y no es una interpretación descartable porque una lectura sistemática evidencia que la Ley Foral apuesta claramente por la subrogación más allá de que la misma venga impuesta por una norma heterónoma o autónoma. En este sentido, se ha destacado que el artículo 130.1 LCSP ha sido un factor crucial para descartar la opción de que los pliegos de condiciones puedan imponer la subrogación en la sucesión de contratistas, limitándose el significado y alcance de la norma estatal a las obligaciones de información de la subrogación cuando ello derive de una norma de negociación colectiva. Pero el artículo 67.1 Ley Foral determina, junto a la remisión de las condiciones de subrogación establecidas por el convenio colectivo sectorial de la actividad objeto del contrato⁷¹⁸, que “*si no*

⁷¹⁵ Pues como se desprende de algunos votos particulares a las sentencias que marcaron la evolución del régimen jurídico del indefinido no fijo, la no superación del procedimiento de acceso legalmente establecido es una diferencia más que objetiva y razonable para habilitar una diferencia de trato.

⁷¹⁶ En un sentido similar, C. MOLINA NAVARRETE, “Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo”, cit., p. 18.

⁷¹⁷ BON n.º 73 de 17-04-18.

⁷¹⁸ A estos efectos dispone tres reglas o garantías para dotarla de eficacia. En primer lugar, que “*el órgano de contratación deberá comunicar a la representación sindical del centro de trabajo la intención de licitar nuevamente el contrato al efecto de que, en el plazo máximo de quince días, esta pueda informar que existiendo convenio colectivo*

existiese convenio sectorial de aplicación en la actividad objeto del contrato o existiendo no regulase la subrogación, procederá la subrogación de todos los trabajadores que, a pesar de pertenecer a otra empresa, vengan realizando la actividad objeto del contrato”. Esto es, garantiza sí o sí la subrogación en todos los cambios de contratatas⁷¹⁹.

Y por otro lado, también va más allá del artículo 130 LCSP en la medida en que concreta los efectos que esa subrogación ha de tener, siendo esta una de las cuestiones que más se le criticó a la norma estatal, que determine aplicable la sucesión de empresa pero que no se pronuncie sobre las especialidades que ha de tener en el sector público. Es claro que la Ley autonómica no se refiere explícitamente al indefinido no fijo, pero no deja a lugar a dudas al delimitar sus efectos extintivos, coincidentes con los regulados en la DA 15 ET.

4.2. Posturas en contra de su extensión a la reversión de contratatas públicas

A) Aunque la doctrina judicial mayoritariamente integre al personal como indefinido no fijo, también pueden encontrarse resoluciones de órganos judiciales que descartan esta opción. Así, por ejemplo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en numerosas sentencias sobre asuntos de reversión de contratatas y concesiones públicas⁷²⁰. En todas ellas se

sectorial de aplicación, las condiciones laborales de aplicación en el centro de trabajo de las personas trabajadoras a subrogar resultan superiores. Emitido informe por la representación sindical sobre las condiciones de aplicación, el pliego deberá incluir estas” (art. 67.1 párrafo segundo). En segundo lugar, que “la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de una penalidad equivalente al 0,1% del precio de adjudicación por cada día de retraso en la aportación de la información y hasta el total cumplimiento de esta obligación (art. 67.2 párrafo tercero). Y en tercer lugar, que “los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo” (artículo 67.2 párrafo segundo).

⁷¹⁹ Esta interpretación viene confirmada por el Acuerdo del Tribunal Administrativa de Contratos Públicos de Navarra de 4 de marzo de 2019, expte. 5/19 que afirma: “Esta regulación, tal y como manifiesta el Consejo de Navarra en su Dictamen 32/2017 de 27 de julio, sobre el anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra, viene a solventar los problemas de legalidad que se producían cuando la obligación de subrogación establecida en los pliegos carecía de cobertura legal, toda vez que la doctrina de los tribunales solo admite la obligación de subrogación en los tipos de subrogación ex convenio colectivo y ex artículo 44 del ET, pero no cuando deriva del contrato público sin norma que la ampare (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, número 1350/2016); proporcionado, así, a las entidades públicas la referida cobertura legal para la inclusión de cláusulas de subrogación en los pliegos de contratación [...]. Así las cosas, de una interpretación conjunta de ambos preceptos, no cabe sino concluir que en los contratos de servicios como el que nos ocupa, es la propia LFCP la que determina la existencia de obligación de subrogar al personal de la empresa que venía prestando tales servicios; obligación, además, exigible aún en el caso de que el convenio colectivo de aplicación no la prevea y que se contempla como contenido necesario de los pliegos reguladores de los contratos”.

⁷²⁰ SSTSJ País Vasco de 5 de junio de 2018, rec. 1042/18; de 11 de septiembre de 2018, rec. 1402/18; de 11 de diciembre de 2018, rec. 2260/18; de 19 de junio de 2018, rec. 1168/18; de 3 de julio de 2018, rec. 1264/2018; de 17 de julio de 2018 (2), rec. 1386 y 1429/18; de 18 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 25 de septiembre de

la sala determina “que la relación laboral del demandante no puede ser así calificada - como de laboral indefinido no fijo-. Y no procede tal calificación ni en el momento previo a la fecha del despido, ni tampoco luego de ella, aunque mediase tal incorporación en el ayuntamiento condenado y recurrente”. Además, la operación de reversión se realizó durante la vigencia de la DA 26 LPGE 2017, por lo que la sala debe cohonstar la solución con lo en ella preceptuado. A tal efecto formula una singular interpretación de la misma que parte de la declaración en ella contenida del respeto a la norma laboral sobre sucesión de empresa y a que dicha disposición no establece una prohibición de integración “de forma incondicional y sin excepciones. De hecho, la misma ya prevé que, en todo caso, esa prohibición está sujeta al respeto de un valor superior, cuál es el acatamiento de lo decidido previamente por la jurisdicción, que se ha de cumplir en todo caso, según allí se lee”. En este sentido, para el TSJ, partiendo del respeto a lo preceptuado en el artículo 44.1 ET tal y como reza la norma presupuestaria entiende que, en el marco del proceso judicial por despido que pretende resolver, “antes del despido era trabajador por cuenta ajena indefinido y si esto no puede cambiar por la subrogación, se ha de deducir que igualmente ha de mantener esa condición indefinida luego de esa subrogación, salvo excepción normativa que, desde luego, ni tiene su asiento en tal artículo 44 ni alcanzamos a ver se deduzca de esa disposición adicional vigésimo sexta”. Así las cosas, la regla laboral implica que el mantenimiento de la relación laboral en los mismos términos legales que derivan del precepto estatutario no puede determinar su integración como indefinido no fijo, pues “resulta que siendo empresa privada, no cabe considerar siquiera que esa relación fuese entonces indefinida no fija (figura creada por la jurisprudencia sólo y exclusivamente en relación a los trabajadores de la Administración Pública)”.

En el mismo sentido, la antes citada STSJ (CA) Andalucía (Granada) de 23 de enero de 2018 (rec. 600/16)⁷²¹, que también descarta aplicar el indefinido no fijo sobre la base de que si bien acepta su uso en supuestos de fraude en la contratación temporal, lo descarta para los casos de subrogación por cambio en la forma de gestión de los servicios públicos, distinguiendo claramente entre unos y otros supuestos en atención a la finalidad por la que se creó esta figura.

B) Tampoco faltan autores que se han mostrado contrarios a la aplicación de esta figura. Los argumentos empleados por la doctrina científica han girado en torno a las siguientes ideas:

a) En primer lugar, en contra de lo que afirmaban algunos autores antes citados, en este sector de la doctrina se descarta abiertamente que exista esa identidad de supuestos entre los fines que motivaron la creación jurisprudencial del indefinido y la solución que se pretende dar a la reversión de contrata públicas. Entre quienes han liderado esta opinión está el profesor CRUZ VILLALÓN que ha apuntado las «diferencias cualitativas existentes» con los supuestos prototípicos

2018, rec. 1538/18; de 9 de octubre de 2018, 1780/18; de 23 de octubre de 2018, rec. 1915/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; de 20 de noviembre de 2018, rec. 2047/18.

⁷²¹ Que sigue a muchas otras anteriores en el mismo sentido: SSTSJ (CA) Andalucía (Granada) de 10 de marzo de 2014, rec. 938/10; de 16 de diciembre de 2013, rec. 1672/09; de 18 de noviembre de 2013, rec. 1409/09; de 4 de noviembre de 2013 (2), rec. 1503 y 3146/09; de 28 de octubre de 2013, rec. 1407/09.

del indefinido no fijo, seguido por muchos otros autores⁷²². En efecto, en estos casos –señala– no puede obviarse que “*se parte de un escenario en el que, tanto la actuación de la Administración Pública como como de las empresas privadas involucradas, ha sido plenamente correcta desde el punto de vista de la legalidad, tanto por lo que se refiere al proceso de contratación de tales trabajadores como al desarrollo de los procedimientos de externalización así como de reversión, pudiendo afirmar que hay una plena trazabilidad de legalidad en todo el desarrollo temporal de nacimiento y ejecución de los contratos*” mientras que, en contraposición, el resto de supuestos en que se aplica el indefinido no fijo se construyen sobre la base de una “*transgresión de la legalidad, y por tanto, provoca un resultado de vinculación temporal en la que no se goza de plena estabilidad*”⁷²³. En definitiva, se destaca que la contradicción legal que se actualiza en los casos de subrogación empresarial por una Administración ha provocado que se haya tenido que dar respuesta a través de los recursos jurídicos existentes, como el indefinido no fijo que constituye una solución compleja e inadecuada, pensada para resolver otros problemas⁷²⁴.

Por tanto, lo que la inactividad del legislador unida a la hiperactividad de la jurisprudencia en una labor «cuasi-legislativa» está consiguiendo es la creación de un verdadero «cajón de sastre» en el que tienen cabida todos los casos en los que se da un conflicto entre las normas laborales y las administrativas. Pero como afirma CASTILLO BLANCO –y el autor cita obras suyas mucho más antiguas que dejan constancia de lo consistente que es su criterio mantenido desde hace décadas– “*ni todos los supuestos son idénticos ni tampoco las causas por las que se producen son iguales*”⁷²⁵. Es más, hasta los supuestos de cesión ilegal (ajenos al ámbito al abuso de la contratación laboral) responden a una lógica autónoma y distinta, por lo que resulta aun más extraño comparar una situación derivada de la absoluta normalidad en el desarrollo de la relación laboral como es la derivada de la aplicación del artículo 44 ET⁷²⁶.

b) En segundo lugar, se destaca la pérdida de derechos que supone. No en vano, TOMÁS SALA FRANCO reconoce que, aunque se considerara que esta fórmula respeta la normativa constitucional y de acceso al empleo público, conculcaría claramente el mandato de la Directiva, incumpliendo con el necesario mantenimiento del contrato de trabajo con el mismo alcance que antes del traspaso pues “*se estaría novando un anterior «contrato indefinido fijo» en un «contrato*

⁷²² Entre otros, J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 112. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 11/28 pdf descargado. Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, cit., p. 303. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 140. R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., p. 29.

⁷²³ Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 45.

⁷²⁴ D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contrataciones en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. RR-7.1 recurso online.

⁷²⁵ Cfr. F. CASTILLO BLANCO, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, cit., p. 94.

⁷²⁶ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 106. Con cita de F. CASTILLO BLANCO, “Las problemáticas fronterizas entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo a propósito de los contratos temporales en el sector público”, cit.

indefinido no fijo»⁷²⁷. En palabras –de nuevo– de CRUZ VILLALÓN, al trabajador “se le «penaliza» por un proceso de reversión que él no ha decidido y sin que en ningún instante haya actuación ilegal por ninguno de sus protagonistas”. Y es que parece que no hay disenso doctrinal al coincidir en la «provisionalidad» de la figura, como afirman MONEREO PÉREZ o CASTILLO BLANCO⁷²⁸, lo que hace que no sea admisible. Y es que es, a todas luces, una transformación de la naturaleza jurídica del contrato de fijo a temporal⁷²⁹. Por tanto, en la medida en que perjudica la estabilidad en el empleo será una «solución plenamente satisfactoria» o de fácil aceptación sindical, a menos que, como afirma ALFONSO MELLADO, venga acompañada de garantías adicionales, como la posibilidad de un posterior acceso regular al empleo público si participa en las convocatorias existentes⁷³⁰. Ahora bien, si lo supera y consolida su puesto de trabajo no habrá problema, pero si obtiene la

⁷²⁷ Cfr. T. SALA FRANCO, “Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas”, cit., p. 206. En el mismo sentido: J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 141.

⁷²⁸ El autor afirma que no alcanza a comprender porqué debe variarse el régimen jurídico de indefinido fijo a eventual por mor de la calificación como indefinido no fijo. En este caso, se está produciendo una novación objetiva además de la novación subjetiva que ampara la norma sucesoria. Véase: F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 107.

⁷²⁹ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 112. En el mismo sentido, se afirma que el indefinido no fijo “es parte de un *sui generis* contrato temporal, con un plazo indeterminado”. Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Preparando un nuevo cambio en la regulación de los indefinidos no fijos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2016, RCU 755/2015”, cit. O que “los contratos indefinidos son plenamente equiparables a los contratos temporales”. cfr. M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 73. También se ha dicho que “deteriora el concepto de indefinición” que operaba en la empresa privada. Cfr. L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 145. O se afirma que es un personal sujeto a «fecha de caducidad» (R. VELA DÍAZ, “La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en materia de políticas de empleo: una visión de conjunto desde la perspectiva laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 415, 2017, p. 155). También se reconoce que tiene una duración limitada que llegará indefectiblemente con la cobertura de la plaza o su amortización, claro está, salvo que se alargue esta circunstancia por la concurrencia otros intereses en mantener la provisionalidad. En definitiva, no comparte el autor, máxima autoridad en la materia, que el indefinido no fijo tenga una mayor estabilidad que un contrato temporal (A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, cit., p. 25/28 pdf descargado.). En definitiva, “estamos ante una relación laboral de carácter temporal –no permanente–, en el que su fecha de finalización resulta simplemente incierta en la medida en que no se conoce la fecha precisa en que ello ocurrirá. Lo único que queda por determinar es el día exacto en el que se producirá ese hecho o acontecimiento, lo que viene a ser suficiente para asumir que estamos ante un contrato de duración determinada” (J. L. MONEREO PÉREZ; P. G. ORTEGA LOZANO, “Sobre la diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración Pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión «in natura»”, cit., p. 207.). Se trata de una “relación basada en un contrato temporal sujeto a plazo indeterminado”. Cfr. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 138. Y es que es ilógico entender que una relación laboral que nace con una cláusula resolutoria impuesta por el ordenamiento administrativo pueda ser calificada como temporal, a menos que el Tribunal Supremo esté reservando un giro sorpresivo a su doctrina (J. FONDEVILA ANTOLÍN, “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, cit., p. 32.). Pues, aunque no tenga fijada una duración determinada, puede catalogarse de una figura provisional en tanto que está destinada a su eliminación por la Administración empleadora (A. SÁNCHEZ GARCÍA, “Las medidas correctoras del abuso de la temporalidad de los empleados públicos en España”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2020, pp. 177-178.)

⁷³⁰ C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 43. C. L. ALFONSO MELLADO, “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, cit., p. 42.

plaza otra persona su contrato será extinguido, con las dificultades de aceptación que puede conllevar para el TJUE y las consecuencias económicas para la Administración⁷³¹.

Resulta bastante representativa la lectura que hace la profesora SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO desde una triple perspectiva. Así, dice la autora que desde un «punto de vista jurídico», el indefinido no fijo puede parecer una solución satisfactoria porque pondera los principios constitucionales enfrentados; sin embargo, desde un «punto de vista técnico», ya no lo es tanto porque incluye a los trabajadores subrogados en soluciones previstas para supuestos en los que la Administración actúa irregular o fraudulentamente; pero es que desde un «punto de vista de la tutela laboral» otorgada por la Directiva 2001/23/CE es ciertamente criticable porque supone una «mutación» de la relación laboral indefinida o estable (en origen) a una temporal y precaria (en destino), lo que supone un trato peyorativo a los trabajadores afectados por la transmisión⁷³².

Ahora bien, lo que no puede admitirse es, como señala GORELLI HERNÁNDEZ, que la dejadez de las Administraciones que olvidan el carácter transitorio de la figura y no convocan los concursos incumpliendo las obligaciones legales que deberían forzarle a ello, estabilizando a los trabajadores por la vía de hecho, suponga una equiparación con el trabajador indefinido y sobre esa base se acepte que no se ha visto alterada su naturaleza jurídica⁷³³. O que, diversamente, el hecho de que los *quantums* indemnizatorios se hayan equiparado a los que corresponden a cualquier relación laboral por un despido por causas empresariales, haya de ser entendido como una igualdad plena entre quienes son indefinidos no fijos y los fijos de plantilla⁷³⁴.

En definitiva, MAURI MAJÓS, que como ya vimos defiende que los principios de acceso al empleo público en el caso del personal laboral tienen una base de legalidad ordinaria –y no constitucional–, aduce que *“en el conflicto planteado entre una ley nacional que establece el sistema de mérito como procedimiento al acceso al empleo, y una Directiva comunitaria que propugna la conservación de los contratos de trabajo en su propia naturaleza, ha de prevalecer esta, dado que el derecho europeo prima sobre el interno”*⁷³⁵

⁷³¹ J. L. MONEREO PÉREZ, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, cit., p. 306.

⁷³² S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 38/45 pdf descargado. Es una postura que, con ciertos matices, viene defendiendo desde hace tiempo, por ejemplo, en otra obra de entre las muchas en las que la autora analiza este tema: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El fenómeno de la sucesión empresarial en la administración pública: contingut i conseqüències de l'aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l'Estatut dels Treballadors*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2010, p. 59. En este caso decía que la conversión en indefinido no fijo supone un retroceso respecto a su situación en la empresa cedente, pues no resulta identificable ni equiparable esta figura del empleo público a la del indefinido ordinario. Es claramente más perjudicial y se convierte en una solución judicialmente reconocida a favor del operario que constituye paradójicamente en una alternativa en su contra, en una auténtica trampa que premia a la Administración.

⁷³³ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 11/28 pdf descargado.

⁷³⁴ J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 139.

⁷³⁵ Cfr. J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 112.

c) En tercer lugar, se cuestiona que el indefinido no fijo sea una solución adecuada para cualquier supuesto, habida cuenta de la creación de conflictos jurídicos que conlleva y la falta de eficacia para resolver ningún problema a los que pretende dar solución. Afirma MONEREO PÉREZ que ni siquiera el incremento de la indemnización extintiva equiparada al despido procedente por causas de empresa tiene la capacidad de disuadir o persuadir a la Administración de las malas prácticas en materia de gestión del personal laboral. Siendo ello así, no puede pretenderse que sea aceptable en el marco de la transmisión de empresa cuando consigue un resultado contrario al perseguido. Esto es, en lugar de tutelar al trabajador reforzando su estatuto jurídico en la transmisión de empresa -aplicable sin lugar dudas a las AAPP- lo que hace es situarlo en una posición peyorativa a la que se encontraba⁷³⁶.

d) En cuarto lugar, también se ha puesto de manifiesto la existencia de un “*notorio desacierto en la búsqueda del equilibrio entre las normas laborales y los principios que rigen el acceso al empleo público*”⁷³⁷. Un sector de la doctrina ha llegado mucho más allá afirmando que el indefinido no fijo no integra compatibiliza los principios de acceso al empleo público con el principio de estabilidad en el empleo, sino que prima claramente los primeros sobre el segundo⁷³⁸.

En una obra relativamente reciente sobre la figura del indefinido no fijo, MARTÍNEZ ABASCAL se ocupó de corroborar la prevalencia de los principios de mérito y capacidad sobre el principio de estabilidad el empleo. En efecto, afirma que sobre la base del indefinido no fijo, la jurisprudencia “*ha venido interpretando la norma laboral reguladora de su extinción por cobertura o amortización del puesto de trabajo de las AAPP sin alcanzar el necesario equilibrio o compatibilidad entre los mencionados principios constitucionales, en una secuencia temporal que oscila entre la admisión de su coexistencia y la apreciación de una concurrencia conflictiva que, a la postre, se salda, en una última etapa de nominal armonización o integración, en una real supeditación del PEE [principio de estabilidad en el empleo] a los PIMC [principios igualdad, mérito y capacidad]*”⁷³⁹. En su análisis, señala los errores metodológicos en los que ha incurrido la jurisprudencia hasta llegar a determinar esta subordinación del primero a los segundos⁷⁴⁰.

i) Primero señala un error de diagnóstico entre el tipo de interés que subyace bajo cada uno de estos principios constitucionales. Así, como vimos al inicio de este apartado, los tribunales, influenciados por la pauta marcada por el Tribunal Supremo (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998), vienen señalando una contraposición de intereses. El primero, el de los trabajadores a la

⁷³⁶ J. L. MONEREO PÉREZ, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, cit., pp. 303-306.

⁷³⁷ Cfr. F. CASTILLO BLANCO, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, cit., p. 93.

⁷³⁸ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 18.

⁷³⁹ Cfr. V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública”, cit., p. 69. En el mismo sentido, M. TREVIÑO PASCUAL, “El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo”, cit., p. 492 y ss.

⁷⁴⁰ V. A. MARTÍNEZ ABASCAL, “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública”, cit., pp. 64-69.

conservación de su empleo, sobre el que el Alto Tribunal afirma que se trata de un interés social, pero al que atribuye una filiación claramente privatista. Mas concretamente, diagnostica que la estabilidad en el empleo “*protege fundamentalmente un interés privado*”, esto es, a su juicio, se trata de un mero interés particular de los propios trabajadores. Los segundos, el mérito y la capacidad, salvaguardan un interés de orden público, un interés no particular sino general, es decir, “*un interés público de indudable relevancia constitucional*”. Es claro que partiendo de esta premisa inicial errónea la conclusión no pueda ser otra que «minimizar» el primero para garantizar el interés de la mayoría, pues no puede compararse la estabilidad del empleo de un trabajador o unos trabajadores singularmente considerados con las normas de acceso al empleo público que garantizan la igualdad de los ciudadanos y la objetividad y eficacia administrativa.

ii) Segundo, aduce que el «error y la distorsión axiológica» también se produce cuando a los principios de mérito y capacidad se les otorga un valor constitucional y al de estabilidad en el empleo de mera legalidad ordinaria. Bien es cierto que los primeros, recogidos en el artículo 55 EBEP, sirven a la objetividad, la imparcialidad, eficacia y profesionalidad en la prestación de servicios públicos, así como que son un instrumento necesario para preservar la igualdad en el acceso al empleo público. Tienen, en definitiva, una finalidad instrumental para la consecución del interés general, pero ni su fundamento jurídico ni su finalidad constitucional pueden “*autorizar su sistemática aplicación prioritaria respecto del PEE*”. Y ello porque, para empezar, lo que omiten los tribunales es que la estabilidad en el empleo también tiene un “*fundamento constitucional suficiente como para no ser considerado de difícil coordinación con los intereses generales que vehiculan los PIMC*”. Por un lado, el artículo 40.1 CE, dirigido eminentemente a los poderes públicos, a quien les compete orientar una política al pleno empleo que no se agota con la creación de oportunidades de empleo sino también requiere de su mantenimiento en el marco de los objetivos generales de la política de empleo (art. 2.h LE) para cumplir el mandato constitucional. A mayor abundamiento, ha de entenderse que los sujetos creadores de empleo no son únicamente los empleadores privados, sino también los de carácter público. En cualquier caso, esta política de pleno empleo es claramente un componente esencial del interés general al que debe servir con objetividad la Administraciones (art. 103.1 CE). Por tanto, debe descartarse que los intereses sociales sean, desde esta perspectiva, un interés meramente particular de los trabajadores.

Pero por otro lado, el principio de estabilidad en el empleo también tiene su fundamento constitucional en el artículo 35 CE que prescribe el derecho constitucional al trabajo y que se plasma en la legislación ordinaria mediante una serie de supuestos en los que se considera que el despido se produce sin justa causa. Entre ellos, lógicamente los derivados de la contratación temporal abusiva o fraudulenta y también, porque así lo continúa refirmando la jurisprudencia, la sucesión de empresa⁷⁴¹. A mayor abundamiento se trata este de un principio que resulta especialmente reforzado en el ámbito del empleo público.

⁷⁴¹ STS de 21 de enero de 2021, rec. 47/19.

iii) Por tanto, en conclusión, “la implícita preferencia aplicativa así consagrada contradice el criterio de integración hermenéutica afirmado por la jurisprudencia en etapas de su evolución [referidas a la confrontación entre ambos en el ámbito de la contratación laboral por AAPP] más receptivas a esa integración”. En definitiva, la contratación laboral por parte de las Administraciones no puede conllevar que se alejen de los principios y valores constitucionales vinculados al trabajo por cuenta ajena, determinando la sistemática subordinación de estos principios constitucionales pro operario a los valores que rigen el acceso al empleo público. Lo que el legislador o la jurisprudencia –en su defecto– deben hacer es hallar un equilibrio entre ambos sin que los principios administrativos supongan un sacrificio de los laborales, todos constitucionales y todos comprensivos del interés general.

4.3. La influencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017

A) Ya se analizó en el capítulo anterior los efectos que tuvo la DA 26 LPGE 2017 sobre la figura del indefinido no fijo, tanto entre la doctrina científica como judicial⁷⁴². La mayoría de autores, durante su corta vigencia, descartaron la aplicación de esta figura en el entendido que la referencia a la prohibición de integración de personal en alguna de las categorías de empleado público dispuestas en el artículo 8 EBEP se oponía frontalmente a ello⁷⁴³, debiendo entenderse bien como la existencia de un vacío legal que, tratando de impedir la reversión, situaba al personal afectado en un «limbo jurídico»⁷⁴⁴, o bien que constituye una innovación normativa que apuesta por la «creación» de nuevas figuras contractuales que se analizarán en el apartado siguiente⁷⁴⁵.

Sin embargo, con la declaración de inconstitucional de buena parte de la DA 26, mayoritariamente, la doctrina volvió a entender que el indefinido no fijo era la figura que debía volverse a imponer sobre la base de que se ha abierto una «nueva ventana de oportunidad»⁷⁴⁶. El profesor BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, afirma que es la «única herramienta» que permite dar una respuesta mínimamente segura a la condición de los trabajadores transferidos, considerando

⁷⁴² Con mayor detalle: capítulo noveno, apartado II.2.3.3.

⁷⁴³ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contrata: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 56.

⁷⁴⁴ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 80.

⁷⁴⁵ L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 139 y ss. C. L. ALFONSO MELLADO, “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, cit., p. 26. (nota al pie n.º 16): “Superando así las interpretaciones que, incluida la mía, con anterioridad a la citada disposición sostenían la posibilidad de integración como personal indefinido no fijo, a efectos de no vulnerar así las reglas de acceso al empleo público”. J. MAURI MAJÓS, “L’assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics”, en AA.VV. (Coord. Juan Ignacio Soto Valle) *El servei públic del cicle de l’aigua*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2018, p. 338. R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 182. Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, cit., p. 311 y 318.

⁷⁴⁶ D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contrata en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. RR-7.5. en el mismo sentido: L. LÓPEZ CUMBRE, “Inconstitucionalidad de normas presupuestarias sobre sucesión de empresas en el ámbito público”, cit., p. 4/4 pdf descargado. X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 8/9 pdf descargado.

controvertidas las figuras del «personal subrogado» o «personal a extinguir» defendidas por algún sector de la doctrina administrativa y laboralista. En cambio, mediante el indefinido no fijo se puede dar una «mínima respuesta» a la situación de esos trabajadores mediante una fórmula existente que considera «la menos mala»⁷⁴⁷.

Aunque también hay quien, sobre las mismas bases anteriores con las que defendían la inconveniencia de la figura del indefinido no fijo, mantienen su posicionamiento y entienden que la anulación de la DA 26 LPGE no altera el status quo existente antes de su aprobación⁷⁴⁸.

Por su parte, GORELLI HERNÁNDEZ, entiende que el TC, con su decisión, ha dejado «fuera de juego» la figura del personal subrogado, aunque no haya manifestado nada en contra de la misma en la citada sentencia en la que se limita a valorar el contenido de las leyes de presupuestos generales. Con todo, salvo que el legislador la «rescate», posición por la que aboga el autor, entiende que no cabe más que asumir que debe aplicarse la figura del indefinido no fijo al haber desaparecido la cobertura legal del «personal subrogado». Sin embargo, critica rotundamente su extensión a los supuestos de reversión de contrataciones públicas afirmando que “*no puede ser la solución; tampoco es la solución menos mala, es una solución mala*”. Ni siquiera considera que una intervención legislativa que regule de manera completa su régimen jurídico e incluya al personal procedente de las empresas concesionarias por transmisión sería compatible con la Directiva comunitaria por su falta de estabilidad⁷⁴⁹.

B) También entre la doctrina judicial hay sentencias que estimaron que la DA 26 no debía impedir la aplicación del indefinido no fijo porque en ningún caso suponía la consolidación⁷⁵⁰. Y otras que declaraban la aplicación íntegra del régimen laboral privado con carácter de fijeza⁷⁵¹. Tras su anulación, unas vuelven a la aplicación del indefinido no fijo⁷⁵², mientras que otros tribunales mantienen que el personal debe seguir rigiéndose por el régimen laboral al margen del

⁷⁴⁷ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., pp. 84-85.

⁷⁴⁸ Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, cit., p. 311 y 318. R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., p. 30.

⁷⁴⁹ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., pp. 19-21/28 pdf descargado.

⁷⁵⁰ SSTSJ Castilla y León, Burgos, de 20 de diciembre de 2018, rec. 891/18; de 17 de enero de 2019, rec. 916/18; de 6 de febrero de 2019, rec. 1/19; SSTSJ (CA) Castilla y León, Valladolid, de 5 de julio de 2018, rec. 168/18; de 21 de mayo de 2019, rec. 339/18; SJCA n.º 3 Valladolid de 14 de noviembre de 2017, rec. 14/17; SJCA n.º 4 Valladolid de 9 de abril de 2018, rec. 11/17.

⁷⁵¹ SSTSJ País Vasco de 5 de junio de 2018, rec. 1042/18; de 16 de junio de 2018, rec. 1168/18; de 3 de julio de 2018, rec. 1264/18; de 17 de julio de 2018 (2), rec. 1386 y 1429/18; de 11 de septiembre de 2018, rec. 1402/18; de 18 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 9 de octubre de 2018, rec. 1780/18; de 23 de octubre de 2018, rec. 1915/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; de 11 de diciembre de 2018, rec. 2260/18.

⁷⁵² SSTSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 4 de junio de 2020, rec. 105/20; de 11 de junio de 2020, rec. 263/20; de 7 de julio de 2020, rec. 307/20; de 27 de julio de 2020, rec. 359/20; de 18 de marzo de 2021, rec. 18/21; STSJ Extremadura de 25 de marzo de 2021, rec. 119/21; de 10 de septiembre de 2020, rec. 281/20; STSJ Andalucía, Málaga, de 9 de diciembre de 2020, rec. 1376/20; STSJ Andalucía, Granada, de 19 de noviembre de 2020, rec. 1003/20.

EBEP⁷⁵³. En algunos asuntos, incluso, puede apreciarse como el cambio ha afectado a las distintas fases o instancias del proceso judicial, en la medida en que el juzgado de lo social entendió que debía aplicarse el «personal subrogado» y tras la anulación de la DA 26 en suplicación se vuelve al indefinido no fijo (STS Cataluña de 24 de febrero de 2020, rec. 6394/19).

4.4. Un nuevo «pulso» entre la jurisprudencia nacional y europea

4.4.1. La STJUE de 13 de enero de 2019, Correia Moreira, asunto C-317/18

A) Debe comenzarse esta sección destacando que la doctrina había aventurado que la aplicación del indefinido no fijo, más tarde o más temprano, se vería vetada por la jurisprudencia europea por el hecho de situar al trabajador en una situación más desfavorable⁷⁵⁴. Pues bien, aunque ello no ha plenamente así, sí que mediante el asunto *Correia Moreira*, al que tantas veces nos hemos referido en este trabajo, el TJUE ha incidido de pleno sobre esta cuestión.

La cuestión, como ya sabemos, corresponde al mismo supuesto de transmisión de empresa por internalización sobre el que Tribunal de Justicia se había pronunciado dos años antes en el asunto *Piscarreta*, en el que parte de las actividades de una empresa pública que había iniciado un proceso de disolución y liquidación (en fecha 15-10-14) son asumidas por el propio Ayuntamiento propietario de aquella y la otra parte externalizadas mediante un procedimiento de contratación pública, con fecha de efectos ambas del 01-01-15. Pues bien, en relación a las actividades recuperadas por el ente local, consta que a los trabajadores la corporación les ofreció en julio de 2015 la posibilidad de concurrir a un proceso de selección público y informándoles que, si aprobaban, accederían a la primera escala de la función pública con la obligación de permanecer en ella durante al menos 10 años. La trabajadora, Cátia Correia Moreira, no solo concurreó y aprobó, sino que quedó clasificada en primera posición.

Ahora bien, aquí comienza el litigio: una vez concluido el concurso público, por un lado se le comunica a la trabajadora que su retribución será menor de la que venía percibiendo desde la empresa pública, “cosa que no aceptó” (aunque no queda claro en la resolución judicial debe entenderse con esta expresión que rechazó el puesto de funcionaria municipal manteniendo su anterior vínculo contractual⁷⁵⁵). El 26-04-17, la empresa pública en la que prestaba servicios antes de la internalización le comunica la extinción de su contrato por cierre de la misma y el 02-01-18 se inscribe su liquidación en el Registro Mercantil.

Así las cosas, la trabajadora demandó ante el órgano judicial nacional de primera instancia promotor de las cuestiones prejudiciales 1) que declarara que se había producido una sucesión de empresa con efectos desde el 01-01-15; 2) que declare la ilegalidad de su despido y ordene la

⁷⁵³ STSJ (CA) Andalucía, Sevilla, de 29 de enero de 2020, rec. 983/18.

⁷⁵⁴ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 108.

⁷⁵⁵ Así lo entiende también D. PÉREZ DEL PRADO, “Correia Moreira: ¿un nuevo Diego Porras?”, en el blog «Foro de Labos» [26-06-19], fecha de consulta 8 agosto 2019, en <https://forodelabos.blogspot.com>.

incorporación al Ayuntamiento con las mismas condiciones que regían en la empresa pública cedente; 3) que se le abonen las diferencias salariales entre el salario que el Ayuntamiento debía pagarle y el que efectivamente le pagó; y 4) que se condene al Ayuntamiento a abonar una indemnización por daños y perjuicios. Ante esta situación, el Tribunal Judicial da Comarca de Faro suspendió el procedimiento y planteó al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) Partiendo de que ha de entenderse por “trabajador” cualquier persona que, en el Estado miembro de que se trate, esté protegida como tal por la normativa laboral nacional, ¿puede considerarse “trabajador” a efectos del artículo 2, apartado 1, letra d), de la Directiva 2001/23, una persona que ha celebrado con la cedente un contrato para desempeñar un puesto de confianza y puede disfrutar dicha persona, en consecuencia, de la protección que concede la normativa en cuestión?”

2) ¿Se opondrá la legislación de la Unión Europea, en particular la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, a una normativa nacional que, incluso en el caso de una transmisión comprendida en el ámbito de la citada Directiva, exige que los trabajadores se sometan necesariamente a un procedimiento público de selección y queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario al ser este último un ayuntamiento?”

B) La primera pregunta ya fue analizada anteriormente, por lo que se analizará ahora la únicamente la segunda⁷⁵⁶. Mediante la misma lo que se propone resolver el TJUE es si el sometimiento a un procedimiento de selección público, con la consiguiente novación contractual que conlleva, es conforme al artículo 3.1 de la Directiva que dispone que los derechos y obligaciones laborales que existían en la esfera de gestión de la empresa cedente se transfieran al cesionario, conllevando que los trabajadores no puedan verse en una situación menos favorables por el mero hecho de la transmisión. El tribunal nacional que plantea la cuestión prejudicial considera que son relevantes para solucionar esta pregunta la siguiente normativa nacional y comunitaria, además del artículo 285 del Código de Trabajo (norma de transposición):

a) En primer lugar, los siguientes preceptos de la Constitución Portuguesa: 1) artículo 47.2: *“Todos los ciudadanos tendrán derecho a acceder a la función pública, en condiciones de igualdad y libertad, en general mediante convocatoria pública”*; 2) artículo 53: *“Se garantiza a los trabajadores la seguridad en el empleo. Quedan prohibidos los despidos sin justa causa o por motivos políticos o ideológicos”*; 3) artículo 8.4: *“Los Tratados de la Unión Europea y las disposiciones adoptadas por sus instituciones en el ámbito de sus competencias serán aplicables en el ordenamiento interno, de conformidad con el Derecho de la Unión y con observancia de los principios fundamentales del Estado de Derecho democrático”*.

b) En segundo lugar, el artículo 4.2 del TUE: *“La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos...”*.

⁷⁵⁶ Capítulo tercero, apartado IV.

De todo ello se deriva que el acceso a la función pública, como en España, debe realizarse mediante procedimientos objetivos compatibles con el derecho a la igualdad y que ello supone aparentemente un obstáculo a la aplicación plena de la obligación de subrogación. Debe destacarse, que la Norma Fundamental del estado vecino reconoce expresamente, a diferencia de nuestro artículo 35 CE, la prohibición de despedir sin justa causa. Y que, en relación a los tratados, también a diferencia de nuestra Carta Magna, la Constitución portuguesa declara un pleno sometimiento a los Tratados y al Derecho derivado de las instituciones europeas en el ámbito de las competencias cedidas. No obstante, como contrapunto, opone el artículo 4.2 TUE para verificar si existe una extralimitación de la Unión Europea y su máximo intérprete en la materia.

C) En este contexto, el TJUE constata que la trabajadora ha sido sometida aun proceso selectivo público que precipita una novación contractual en sentido peyorativo, porque conlleva una disminución salarial. Pues bien, el TJUE resuelve que *“la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario”*. La decisión del pretor comunitario, aclara, que no puede entenderse contraria al artículo 4.2 TUE, por la simple razón de que la materia sobre la que se pronuncia constituye una competencia cedida por los Estados miembros, por lo que dicho precepto no puede oponerse para privar a los trabajadores de la protección que el Derecho de la Unión Europea les brinda (ap. 61-63).

Con este fallo que presenta dos notas consustanciales –el sometimiento al proceso selectivo y la novación contractual– es imposible no establecer puntos de conexión con la figura del indefinido no fijo⁷⁵⁷. Y es que, tal y como entiende la jurisprudencia interna desde las SSTs de 20 y 21 de enero de 1998, sobre la Administración condenada recae una obligación de *“adoptar las medidas necesarias para la provisión regular”* de la plaza del indefinido no fijo. Además, si el trabajador supera dichas pruebas selectivas, claramente se produce una novación contractual mediante la cual consolidará de forma plena su estatuto profesional como empleado público.

a) Por ello, buena parte de la doctrina científica entiende que ya no será posible acudir al indefinido no fijo en supuestos de reversión de servicios y contrata públicas⁷⁵⁸. Así algunos

⁷⁵⁷ En este sentido, en su análisis, E. ROJO TORRECILLA, “UE. Nueva, e importante, sentencia del TJUE en su supuesto de remunicipalización. Sobre el concepto de trabajador y sus derechos, y de transmisión de centro de actividad. Notas a la dictada el 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18).”, en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo [14 junio 2019]*), fecha de consulta 15 junio 2019, en <http://www.eduardorjotorrecilla.es>.

⁷⁵⁸ Se han empleado expresiones como que vuelve a «tensionar costuras» entre la continuidad en el empleo y las garantías de acceso a la ocupación pública; o que coloca al indefinido no fijo “solución jurisprudencial adoptada para estos casos, en una situación de colapso (por las dificultades para su aplicación)”; porque introduce un «elemento determinante» para poder mantener su continuidad. Véase I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., pp. 15, 39 y 85, entre otras. En el mismo sentido, D. PÉREZ DEL PRADO, “Correia Moreira: ¿un nuevo Diego Porras?”, cit.

autores entienden –aunque discrepen–⁷⁵⁹ que lo que implica esta resolución, perfectamente extrapolable al caso español⁷⁶⁰, es la invalidación de este tipo de empleado público ya que la relación laboral necesariamente acabará con la cobertura reglamentaria de la plaza, circunstancia ahora vetada. Por tanto, el asunto *Correia Moreira* aboca a una aplicación sin matices de la subrogación como personal fijo de plantilla, con independencia de las singularidades del empleador⁷⁶¹. Otros entienden, igualmente, que la fórmula del indefinido no fijo decae, pero en favor «personal subrogado» que se desprende de la interpretación de la DA 26 LPGE⁷⁶². O, incluso, que podría traducirse en nuestro ordenamiento interno como indefinido «ordinario»⁷⁶³.

b) Otro sector doctrinal declara que, aunque a la sentencia analizada se le adjudica “*el efecto potencial de zanjar el conflicto excluyendo la posibilidad de reconocer la figura del indefinido no fijo*”, tal vez no puedan sacarse conclusiones apriorísticas sobre si la figura del indefinido queda plenamente desautorizada o si los efectos se limitan al caso concreto⁷⁶⁴. El autor entiende que la doctrina del asunto *Correia* no se limita al caso concreto, sino que sus conclusiones son perfectamente extrapolables al caso español, sin embargo no conviene descartar la figura del indefinido no fijo y relegarla solo a los casos de irregularidades en la contratación, pues lo único que se desprende con certeza es que el TJUE “*opta claramente por la tesis de la congelación tanto de la naturaleza jurídica como del propio nivel de protección del personal subrogado en virtud de la remunicipalización*”. Así pues, MOLINA NAVARRETE formula algunas consideraciones en favor del mantenimiento del indefinido no fijo, a saber:

i) Afirma que el «todopoderoso» Derecho de la Unión no puede afectar una previsión de derecho constitucional como la portuguesa o la española que establecen garantías en el acceso al empleo público. En este sentido, no tiene potestad para compeler al legislador español a crear nuevas figuras de empleo público laboral al margen de las ya contenidas en el artículo 8.2.c EBEP. En una de estas tipologías, pues, ha de integrarse al personal, descartándose la posibilidad de que el legislador cree un «cuarto género» –más si cabe cuando no ha sido capaz de delimitar el

⁷⁵⁹ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., pp. 91-96.

⁷⁶⁰ También lo entienden así E. ROJO TORRECILLA, “UE. Nueva, e importante, sentencia del TJUE en su supuesto de remunicipalización. Sobre el concepto de trabajador y sus derechos, y de transmisión de centro de actividad. Notas a la dictada el 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18).”, cit. C. MOLINA NAVARRETE, “Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo”, cit., p. 15.

⁷⁶¹ En el mismo sentido, entiende que la consecuencia inmediata es la necesaria integración como personal fijo E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El concepto de trabajador y el mantenimiento de sus derechos en casos de remunicipalización. Comentario a la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto *Correia Moreira*”, cit., p. 117.

⁷⁶² I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 86.

⁷⁶³ E. ROJO TORRECILLA, “UE. Nueva, e importante, sentencia del TJUE en su supuesto de remunicipalización. Sobre el concepto de trabajador y sus derechos, y de transmisión de centro de actividad. Notas a la dictada el 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18).”, cit.

⁷⁶⁴ C. MOLINA NAVARRETE, “Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo”, cit., pp. 13-19.

régimen jurídico del tercero (indefinido no fijo), ni dotar de garantías al segundo (personal temporal) para evitar los constantes abusos a los que queda sometido–.

ii) Respecto al indefinido, acepta su validez para más supuestos de los que originalmente fue creado basándose en el reconocimiento legal del legislador –aunque no descarta que lo hiciera inconscientemente– y en la flexibilidad que ha mostrado la jurisprudencia al distinguir sus efectos “*atendiendo a la concreta anomalía de la que trae origen la calificación*”⁷⁶⁵. Se refiere a la fórmula de extinción del indefinido no fijo adscrito a una plaza de funcionario⁷⁶⁶ –ya que no hay más «atenciones» diferentes–. Curiosamente, más autores han señalado esta posibilidad⁷⁶⁷.

Esta opción, delimitada básicamente por la STS de 28 de marzo de 2019 (rec. 2123/17), traza la diferencia entre la cobertura de una plaza ocupada por el indefinido no fijo según sea esta de naturaleza laboral o funcionarial. En ambos casos, se puede extinguir el contrato por amortización del puesto, pero se establece un régimen diferente en los casos de cobertura. En efecto, si la plaza es laboral su cobertura reglamentaria constituye una condición resolutoria (art. 49.1.b ET) con la aplicación de la indemnización prevista en el artículo 53.1.b ET. En cambio, si la plaza es de naturaleza administrativa, la citada sentencia determina que la incorporación del nuevo titular que accede como funcionario público mediante el oportuno proceso selectivo no permite que la causa de extinción del personal laboral indefinido no fijo “*pueda ser subsumida en el art. 49.1.b ET. Hemos negado que en tal supuesto estemos ante la cobertura reglamentaria de la plaza, porque lo cierto es que la plaza que se ocupa es una plaza de funcionario, no de personal laboral*”. Ante esta situación la única posibilidad extintiva será la del despido por “*causas de empresa*”. Se aplicará, como en el caso de amortización de la plaza, el régimen íntegro del despido objetivo. Así, las vías extintivas serían exactamente las mismas que para el personal laboral fijo.

Señala el autor que esta “*perspectiva, funcional y flexible, pragmática, no dogmática ni formalista*” permite que “*una misma figura, un mismo concepto jurídico, puede tener distintos sentidos operativos, prácticos, atendiendo a la finalidad perseguida por cada norma que a él se refiere o en cuyo marco se utiliza por parte de la jurisprudencia para alcanzar un sentido práctico, su aplicación al mundo de la vida real*”. Así pues, creo entender que, con este cambio en la forma de extinción desvinculándola formalmente del artículo 49.1.b ET en casos de cobertura de la plaza y vinculándola al procedimiento y garantías del despido objetivo o colectivo en su plenitud, el autor

⁷⁶⁵ En este sentido, en su primer análisis sobre la sentencia, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ había contemplado que “*quizás, el Alto Tribunal no renuncie a la figura de los INF y se «limite» a llevar a cabo una nueva adaptación de la misma de acuerdo con las directrices que ha establecido este último caso del TJUE*”. Cfr. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Procesos de reversión pública, Directiva 2001/23 y asunción de personal: ¿la figura de indefinido no fijo sigue siendo posible? (STJUE 13/6/19, C-317/18, Correia Moreira)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [17-06-2019]*), fecha de consulta 18 junio 2019, en <https://lignasibeltran.com>.

⁷⁶⁶ C. MOLINA NAVARRETE, “Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo”, cit., p. 16.

⁷⁶⁷ E. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “El concepto de trabajador y el mantenimiento de sus derechos en casos de remunicipalización. Comentario a la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto Correia Moreira”, cit., p. 116. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 87.

considera que se supera el filtro del tribunal comunitario de impedir que la transmisión sitúe al trabajador en una situación peyorativa. Sin embargo, con independencia del cauce legal de la extinción seguida en el derecho interno, y volviendo a leer el fallo de la STJUE de 13 de junio de 2019, considero que materialmente se sigue incurriendo en los presupuestos que proscribió el tribunal europeo (sometimiento a la selección y novación contractual), contrarios al artículo 3.1. Y es que lo lógico será que el personal ocupante de la plaza estatutaria pretenda concurrir a la misma para consolidar su puesto de trabajo. De hecho, nadie le puede obligar a presentarse –tampoco se obligaba a la trabajadora *Correia Moreira* en el asunto europeo–, es el riesgo de perder el empleo lo que conduce a que así sea. Pero si no la consigue, el contrato se verá igualmente extinguido y con los mismos efectos compensatorios, aun siguiendo el procedimiento del despido.

iii) Por lo demás, continúa afirmando MOLINA NAVARRETE que lo que queda claro a la luz del fallo de la sentencia es que no es posible el sometimiento aun proceso de selección obligatoriamente. Pero para solventar este obstáculo, alude a la evolución jurisprudencial más reciente del indefinido no fijo en la que las diferencias del régimen jurídico con el personal laboral fijo se reducen a la mínima expresión. Aun así, tampoco acoge una equiparación plena, debiendo permanecer la diferencia en materia extintiva, pues tampoco es razonable “*congelar sine die una relación de empleo público subrogado por reversión*”. Ahora bien, entiende la exclusión del sometimiento al concurso debe solventarse por la vía del desarrollo de la carrera profesional y la promoción profesional (arts. 16 y ss. EBEP), en línea con la STS de 2 de abril de 2018. Solución esta que parece predicar su aplicación únicamente “*al personal indefinido no fijo subrogado por reversión [que] carece de anomalía jurídica alguna*”, como una suerte de especialidad.

d) A mi juicio, lo que no puede discutirse a la luz de la sentencia es que el sometimiento obligatorio a un proceso selectivo que comporte una novación contractual queda tajantemente prohibido, constituyendo, una vez más, un «acto aclarado» por la jurisprudencia europea. Pero, creo que es conveniente destacar que el fallo de la sentencia no es representativo de las consideraciones efectuadas por el TJUE a lo largo del texto de la misma. Además, estas, ni siquiera atienden a todas de circunstancias de hecho que han caracterizado el caso. Me explico.

El núcleo central de la demanda de la trabajadora ante el tribunal de primera instancia comunitario versaba sobre el reconocimiento de que la extinción de su contrato incurría en el supuesto prohibido contemplado por el artículo 4.1 y que la novación contractual encubría una modificación sustancial de condiciones de trabajo que colocaba en una situación menos favorable en términos salariales a la trabajadora en relación con los artículos 3.1 y 4.2, todos ellos de la Directiva 2001/23/CE y, en ambos casos, motivados únicamente por la transmisión de empresa.

a) La primera cuestión, la modificación de condiciones salariales, aunque no se recoja en el fallo –en la medida en que el TJUE se ajusta a la pregunta predeterminada por el tribunal portugués– es sobre la que pivota verdaderamente la argumentación de la respuesta a la segunda cuestión prejudicial. Concretamente, los apartados 59 y 60 de la sentencia comunitaria, constituyen el núcleo argumental para la resolución del tribunal, en los que se señala, respectivamente, que “*la eventual integración en la función pública de la demandante del litigio*

principal, a resultas del procedimiento público de selección, supondría una disminución de su salario...”; y que ello es lo que permite considerar que el sometimiento al concurso público que, “por un lado, modifican las condiciones de trabajo, acordadas con el cedente [...] y, por otro, pueden colocar a la trabajadora en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba antes de dicha transmisión son contrarias tanto al artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23 como al objetivo de esta Directiva”.

Por tanto, sin perjuicio de lo que diga el fallo, lo que se deduce de las líneas anteriores es que la modificación de condiciones derivadas de la novación contractual es a lo que verdaderamente se opone al objetivo de la Directiva. Dicho con otras palabras, no es tanto el sometimiento al proceso de selección o la novación contractual como las eventuales consecuencias negativas que pudieran derivarse de ello en materia de condiciones de trabajo. Por tanto, estaría por ver si el fallo hubiese sido el mismo si la novación no hubiese colocado a la trabajadora en una situación menos favorable (cuestión ciertamente hipotética por cuanto que difícilmente la trabajadora habría impugnado judicialmente).

b) Ahora bien, lo que sí creo que puede considerarse «acto aclarado» es que la resolución del contrato derivada de la transmisión constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, que debe ser imputable al empresario cesionario de acuerdo con el artículo 4.2 Directiva (SSTJUE de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99 ap. 56; de 11 de noviembre de 2004, *Delahaye*, asunto C-425/02, ap. 32).

Pues bien, este era el verdadero punto de conexión entre la sentencia analizada y nuestra doctrina del indefinido no fijo, y aquí es donde habría sido interesante saber si la extinción del contrato por la no superación del proceso selectivo o, como ocurre en el asunto prejudicial, por haberlo superado pero no aceptar sus peores condiciones, conduce a un despido causado por el mero hecho del traspaso. Pero sobre esta cuestión nada se dice en la sentencia *Correia Moreira*.

Sin embargo, entiendo que debe considerarse –aunque con inseguridad porque expresamente no se aclara– que la rescisión contractual a resultas de dicho proceso selectivo no es admisible. Y lo mismo será aplicable frente a un ulterior proceso de consolidación de carácter abierto. En este sentido, al hilo de valorar si la organización de procesos selectivos puede constituir una medida contra el abuso en la contratación temporal (cláusula 5 Acuerdo Marco), en relación a la DT 4 EBEP, el TJUE afirma la misma constituye una medida potestativa y no obligatoria para la Administración aun cuando se haya comprobado el abuso y, a mayor abundamiento, a estos trabajadores víctimas del abuso solo les otorga “*la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, ya que, en principio, pueden participar en dichos procesos*”, pero “*cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso*” (STJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*, asunto C-103 y 429/18, ap. 99 y 100). Más recientemente reincide sobre la valoración de los procesos selectivos y de consolidación en el ATJUE de 2 de junio de 2021, *SUSH/CGT*, asunto C-103/19: “*toda vez que estos procesos, en virtud del artículo 61, apartado 1, del Estatuto Básico del Empleado Público, también están abiertos a los candidatos que no hayan sido víctimas de ese abuso y no confieren*

a los empleados públicos víctimas de tal abuso ninguna garantía de adquirir la condición de personal estatutario fijo, en el sentido del artículo 20, apartado 1, del Estatuto Marco, no pueden constituir medidas que sancionen debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”.

Pues bien, si atendiendo a estas premisas el TJUE considera que no es una medida adecuada para garantizar la efectividad de la Cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE, entiendo que las mismas premisas pueden trasladarse a la Directiva 2001/23/CE, en tanto que no garantiza el mantenimiento de los derechos y obligaciones transferidos al cedente por causa del traspaso si a raíz del proceso de consolidación un trabajador que no ha sido subrogado adquiere la plaza.

4.4.2. Las primeras réplicas internas al asunto Correia Moreira

Las SSTSJ Navarra de 1 de octubre de 2020 (rec. 184/20), de 8 de octubre de 2020 (3, rec. 183, 189 y 190/20) y de 15 de octubre de 2020, rec. 198/20 han venido a pronunciarse sobre la aplicación de la doctrina comunitaria analizada, descartando frontalmente su aplicación, esto es, rechazando la calificación de fijeza⁷⁶⁸.

El TSJ navarro, tras repasar extensamente la doctrina jurisprudencial acerca de la concurrencia de los requisitos necesarios para aplicar la sucesión de empresa –aunque no era ese el objeto del litigio en tanto que la subrogación era totalmente pacífica–, se propone dirimir si la trabajadora debía integrarse en la plantilla del Ayuntamiento como trabajadora fija –tal y como se estimó en la sentencia recurrida– o si procede la aplicación del indefinido no fijo de plantilla.

En este punto, hace referencia al origen de esta figura prevista para supuestos de irregularidades en la contratación laboral y destaca que no hay pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo que determine su aplicación en supuestos de subrogación por reversión de servicios públicos. A continuación reproduce la respuesta del TJUE a la segunda cuestión prejudicial en la STJUE de 13 de enero de 2019 y, finalmente, analiza el artículo 103.3 CE para concluir que del mismo se antoja difícil la compatibilidad entre los principios rectores de acceso al empleo público y la subrogación por reversión de una contrata pública cuando la trabajadora tenía la condición de indefinida en la empresa contratista cesada.

Valorando todas estas circunstancias jurídicas, afirma que el artículo 44.1 ET y la obligación de subrogación en el vínculo contractual que conlleva “*en modo alguno está permitiendo el acceso a la condición de trabajador fijo del trabajador subrogado, que en modo alguno [h]a accedido a tal condición previa la superación de algún proceso selectivo en el que primaran los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*”. A partir de aquí, realiza una «lectura libre» de los apartados 61 y 62 de la sentencia comunitaria porque básicamente viene a afirmar lo contrario: “*Y esta conclusión no queda enervada por el pronunciamiento del TJUE de 13 de junio de 2019,*

⁷⁶⁸ Véase el análisis de I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., pp. 87-91. Pese a que tiene una entrada anterior en su blog, este último comentario es más completo y detallado.

en el que, además, como antes recordábamos, el Tribunal también pone de relieve que el artículo 4 TUE, apartado 2, establece que la Unión respetará, en particular, la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros, entre las que nos encontramos con el impedimento constitucional del acceso a la administración como trabajador fijo sin haber participado y superado unas pruebas presididas por los principios de igualdad, mérito y capacidad”. Lo que el intérprete comunitario dice, como ya vimos, es que no se puede oponer tal precepto del Tratado para desvincularse del derecho comunitario en una materia que previamente ha sido cedida a la Unión por más que afecte al Derecho constitucional interno⁷⁶⁹.

Así pues concluye con una claridad meridiana que “frente a las previsiones del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores priman los principios constitucionales, más concretamente la exigencia del sometimiento a un proceso de selección previo para poder acceder a la condición de trabajadora fija en el citado Ayuntamiento, cuando no consta que, a parte de la modificación de la naturaleza de la relación laboral, ello implique otros perjuicios laborales para la actora o se le exija, como sucedía en el caso portugués resuelto, el necesario sometimiento a un proceso selectivo previo para pasar subrogada como trabajadora de la entidad local demandada”. A mi juicio, esta afirmación requiere ser examinada por separado.

La primera parte, sobre la afirmación de que prevalecen los principios constitucionales, la exigencia del sometimiento al proceso selectivo para adquirir fijeza y la asunción de que ello supone alterar la naturaleza de la relación laboral, puede afirmarse sin mucho riesgo de errar que el conflicto judicial está servido, por cuanto que probablemente llegará a casación y reúne todos los requisitos para que llegue a conocimiento del Tribunal de Justicia. Y es que, de una lectura comparada de esta primera parte de la afirmación conclusiva y del fallo del asunto prejudicial portugués, no cabe duda alguna de que apuntan en sentidos diametralmente antagónicos.

Respecto a la segunda parte en la que afirma que no consta que, a parte de la novación contractual, existan otros perjuicios o se le hubiese colocado en una situación más desfavorable, es porque parte de la consideración de que la introducción de una nueva causa extintiva en la relación laboral por cobertura de la plaza que afecta a la duración del contrato no constituye una condición de trabajo alterada en un sentido peyorativo. Aunque como dije antes, el TJUE no estuvo del todo acertado en su sentencia al omitir en la fundamentación cualquier consideración en torno a la resolución contractual de la trabajadora *Correia Moreira*.

Pero luego efectúa una distinción entre someter al indefinido no fijo a un posterior proceso selectivo o que dicho proceso sea un requisito *sine qua non* para proceder a la subrogación e integración del personal tras el traspaso. Y esta diferencia, considera el órgano español que es relevante para crear distancia entre la sentencia comunitaria y el asunto que resuelve, pero lo que sucede e realidad es que allí tampoco acontecieron los hechos como los describe el órgano judicial

⁷⁶⁹ Aunque se acepta la crítica que se ha formulado a que el TJUE despache con tan poco detalle argumental un tema de máxima trascendencia como este (D. PÉREZ DEL PRADO, “*Correia Moreira: ¿un nuevo Diego Porras?*”, cit.).

navarro. En efecto, como queda constancia en la exposición del litigio principal, la trabajadora fue internalizada el 01-01-15 y desde ese momento fue subrogada e integrada en la plantilla del ente local y adscrita a los servicios administrativos y de gestión de recursos humanos. Siete meses más tarde, en julio, fue cuando el Ayuntamiento informó del proceso selectivo (ap. 26 y 27 STJUE *Correia Moreira*) –nada se dice de cuando se realizó–. En consecuencia, allí como aquí, primero se produce la subrogación, por lo que la cuestión que realmente interesa para decidir si el indefinido no fijo es una figura adecuada o no para estos casos, es si la posterior extinción por una causa introducida en el momento del traspaso es relevante para determinar si se mantienen las mismas condiciones de trabajo⁷⁷⁰.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 18 de marzo de 2021 (rec. 18/21), confirmando la sentencia de instancia que declaró el derecho del demandante a ostentar la condición de indefinido no fijo. Pero, tras reproducir la STJUE de 13 de enero de 2019 y su fallo, no formula ninguna apreciación al respecto, solo confirma la condición de indefinido. Y también la STSJ Asturias (CA) 17 de febrero de 2020 (rec. 5/20), que declara que la Directiva 2001/23/CE no puede impedir que se convoque el proceso selectivo.

En fecha de cierre de este trabajo se tiene conocimiento de la publicación de la STS de 10 de junio de 2021 (rec. 4926/18), sobre el supuesto de reversión de la unidad de cuidados paliativos a domicilio prestada por la AECC, siguiendo el anterior precedente sobre esta misma reversión en cuanto a la solución sobre la existencia de sucesión de empresas, introduce un matiz al “*confirma[r] en todos sus términos la sentencia de instancia, salvo en el reconocimiento de la condición de trabajadora indefinida a la demandante, que debe sustituirse por trabajadora indefinida no fija, para asegurar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el empleo público, exigidos por el artículo 103.2 CE*” (en realidad, se refiere al 103.3 CE).

A pesar de la nula fundamentación jurídica para imponer tal consecuencia, esta sentencia supone un hito en tanto que es la primera aplicación de la controvertida jurisprudencial a los supuestos de reversión de contrata públicas por parte del Tribunal Supremo.

5. El análisis de oportunidad y conveniencia de la aplicación del indefinido no fijo al personal subrogado

De acuerdo con las extensas consideraciones expuestas a lo largo de esta sección del capítulo dedicada al indefinido no fijo, creo que perfectamente se deduce que no considero que dicha figura constituya una fórmula válida para integrar el personal.

⁷⁷⁰ Otra consideración diferente merece la afirmación de que “*de la misma forma que las irregularidades en la contratación, más graves y culpables que las que determinan la subrogación, cuando se trata de administraciones públicas tampoco permiten el acceso a la condición de trabajador fijo, sino indefinido*”. Y es que con ello, evidencia que el órgano judicial es totalmente ajeno al debate doctrinal, en el que uno de los elementos centrales del mismo es si el indefinido se ajusta a los supuestos de subrogación porque no deriva de una irregularidad, como pone de manifiesto I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 90.

A) En primer lugar, no creo que vaya a ser admitida por el Tribunal de Justicia ante una eventual cuestión prejudicial. Cuestión esta, que estoy seguro que llegará a consecuencia de los conflictos judiciales por las extinciones contractuales que derivarán del proceso de estabilización que regula el artículo 2 RD-Ley 14/2021, en aquellos casos en los que el trabajador subrogado no supere las pruebas y consiga consolidar el empleo. Y ello por las siguientes razones:

a) Primero, porque el asunto *Correia Moreira*, como venimos defendiendo, constituye un «acto aclarado» por la justicia comunitaria del cual se desprende que no puede someterse al trabajador subrogado a un proceso de selección. A mayor abundamiento, si de dicho sometimiento a la convocatoria pública se deriva la pérdida del empleo por tratarse de una convocatoria externa y abierta, se entendería como una extinción causada por el hecho de la transmisión cuya consecuencia en el ámbito nacional serán los efectos del despido improcedente.

b) Pero además de la jurisprudencia en materia de sucesión de empresa, porque no alberga dudas el tribunal comunitario de que el indefinido no fijo es una figura de contratación temporal a la luz de la Directiva 1999/70/CE. En este sentido, es claro que la subrogación de un contrato indefinido en la empresa cedente no puede convertirse en un contrato temporal en la empresa cesionaria, se trata de una novación contractual contraria no solo al artículo 3.1 Directiva 2001/23/CE sino también a la luz de la finalidad y los objetivos de la norma comunitaria.

c) Y tercero, porque de forma consistente con lo anteriormente dicho, si constituye una relación de duración determinada es susceptible de provocar más cuestiones prejudiciales para determinar la conformidad con el Acuerdo Marco, como ya ocurriera en el asunto *Vernaza Ayovi*. En este sentido, puede afirmarse que hay una interacción entre ambas Directivas en tanto en cuanto al trabajador subrogado se le integre como indefinido no fijo. Al respecto, cabría esperar a ver cuál es la consecuencia de la STJUE de 3 de junio de 2021, *IMIDRAA* (asunto C-726/19) sobre este tipo de personal. Pues, no parece razonable que en el marco del contrato de interinidad se haya entendido que la inobservancia del plazo máximo de 3 años previsto en el artículo 70 EBEP para convocar la vacante permite perpetuar el abuso y es entendida en clave de falta de medidas equivalentes preventivas por parte del Estado español, y en el caso del indefinido no fijo no siga el mismo criterio⁷⁷¹. Es más, esta falta de homogeneidad de entre uno y otro, a mi modo de ver, conduciría a abrir la puerta al uso fraudulento de la figura, pues una vez convertido en indefinido no fijo puede permanecer perpetuamente en régimen de provisionalidad. Es necesario y esperable, por tanto, una equiparación de criterios en este punto entre el interino y el indefinido no fijo, en especial ahora que vuelven a equipararse de forma casi plena.

Como conclusión, puede afirmarse que esta opción de integración del personal no resulta conforme con el Derecho de la Unión Europea, debiéndose alcanzar mediante una interpretación conforme otra alternativa que garantice el cumplimiento de los objetivos marcados por la Directiva

⁷⁷¹ SSTJUE de 19 de marzo de 2020, *Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez*, asuntos C-103 y 429/18, ap. 94 y ss.; de 3 de junio de 2021, *IMIDRAA*, asunto C-726/19, ap. 61 y ss.

sobre sucesión de empresa. Para ello, cabe recordar, debe tomarse en consideración la totalidad del Derecho interno y la aplicación los métodos de interpretación reconocidos por este, pudiendo comportar, en caso de ser necesario, una modificación de la jurisprudencia interna consolidada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una directiva (Por todas, STJUE de 3 de junio de 2021, *IMIDRAA*, asunto C-726/19).

B) En segundo lugar, porque estoy totalmente de acuerdo con las consideraciones expuestas por un sector de la doctrina en el sentido de entender que la figura del indefinido no fijo no compatibiliza o cohonesto los principios de igualdad, mérito y capacidad con el principio de estabilidad en el empleo. Supone, a todas luces, una prevalencia de los primeros sobre el segundo.

También es cierto que otro sector de la doctrina muy solvente defiende la postura contraria. Esto es, que no prevalece el mandato de la selección pública sobre la estabilidad en el empleo, ya que esto ocurriría solo cuando los trabajadores no pudieran integrarse por sucesión de empresa, sino que permite mantener una solución conciliadora. Argumentan los autores la paradoja que se daría si el trabajador se integra como fijo al comparar estas dos situaciones: por una parte, la del personal subrogado, contratado con total discrecionalidad por una empresa privada cuando el servicio se encontraba externalizado, y que pasa a convertirse en personal fijo cuando, por un cambio en las «mayorías políticas», se decide la internalización. Y por otra parte, la del personal temporal, seleccionado con base un proceso selectivo reglamentario que, por superar después los límites del artículo 15.5 ET deviene indefinido no fijo. El primer supuesto adquiere fijeza sin mediar proceso selectivo alguno, mientras que el segundo se convierte en indefinido no fijo⁷⁷².

No puedo compartir, en este concreto punto, la postura que defienden. Primero, porque considero que confían excesivamente en la «bondad» de dichos procesos de selección «ágiles» y «flexibles». Confianza esta que no parece que merezcan a la luz de la opinión mayoritaria de la doctrina social y administrativa sobre su objetividad⁷⁷³. Segundo, porque revela mayor subjetividad las escasas garantías de selección mediante este tipo de selección y la voluntad de la administración que, por acción u omisión, permite la superación del límite temporal previsto, que la aplicación de una norma de rango legal y de eficacia general que determina cuándo hay una transmisión pero no concretamente los trabajadores que deben beneficiarse de sus garantías. Insistimos una vez más en las consideraciones del Tribunal Constitucional en la STC n.º 236/2015, donde expresa que del cumplimiento de la garantía de subrogación no parece que puedan apreciarse atenciones *ad personam*, que es lo que realmente vulnera el derecho fundamental a la igualdad. Y tercero, porque la paradoja que señalan los autores también se puede plantear a la

⁷⁷² M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal, cit., p. 87.

⁷⁷³ En este sentido, también CASTILLO BLANCO, quien señala como la situación perversa que necesariamente habrá de producirse una vez finalizada la situación económico-financiera estatal para regularizar las grandes bolsas de indefinidos no fijos producidos durante la etapa de contención del gasto, acudiendo a los procesos de «consolidación del empleo temporal» como eufemísticamente les llamó el EBEP en su primigenia redacción, en el que, como todos sabemos, tan solo formalmente se respetarán tales principios». Cfr. F. CASTILLO BLANCO, «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados», cit., p. 94.

inversa: un trabajador indefinido que, por suerte de la transmisión de empresa pasa a depender de la Administración en una estricta observancia de la legalidad, empeorará su estatus contraviniendo normas imperativas legales y comunitarias que se pronuncian en un sentido diametralmente opuesto; mientras que un trabajador contratado temporalmente por una Administración, mediante un proceso tan «ágil» como susceptible de «sospechas», mejorará su estatus, sin que pueda garantizarse en todos estos casos y, especialmente, en entidades públicas pequeñas, que no haya habido connivencia con el trabajador para adquirir una posición más consolidada como empleado público. Pues esta situación todavía puede ser más paradójica dependiendo de la diligencia y voluntad de la Administración en convocar la cobertura de las vacantes, sin que sea arriesgado presumir que la entidad que haya tenido la intención de «colocar» al trabajador temporal «puenteando» las normas de acceso al empleo público previstas para el personal fijo vaya a tardar más en instar el proceso selectivo⁷⁷⁴.

En cualquier caso, insisto en la idea de que el indefinido no fijo no compatibiliza los principios enfrentados, lo que hace, simple y llanamente, es posponer la solución.

C) Y esta «procrastinación» de la solución definitiva es difícil que no acabe con consecuencias poco deseables para alguno de los intereses entrenados. Veamos los posibles escenarios que pueden presentarse.

a) El primero, será el que podríamos denominar como escenario «ideal» u «óptimo», que resultaría satisfactorio para todas las partes. En él, el trabajador subrogado se presentaría a la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo que ocupa, convocada en un plazo razonable no superior al establecido en el artículo 70 EBEP, de carácter abierto para que se garantice la libre concurrencia, con pruebas que guarden una adecuada conexión con las funciones del puesto y con una valoración proporcionada de la experiencia profesional como mérito en la fase de concurso. Pues bien, con todas estas premisas, el trabajador superaría las pruebas y conseguiría la plaza. En este caso las consecuencias legales serían plenamente satisfactorias para todos los actores en juego: el trabajador subrogado mantiene el empleo sin que se conculque el mandato de la Directiva; los ciudadanos no pueden estimar vulnerado su derecho a la igualdad en el acceso al empleo público puesto que el trabajador subrogado ha acreditado ser el que mayor mérito y capacidad tiene; y la Administración no tiene que abonar indemnizaciones por la extinción del contrato. Pero este escenario idílico no es el más habitual, como es fácil predecir.

b) Así, en segundo lugar, puede que el trabajador, concurriendo a las pruebas selectivas en los términos antes expuestos, no supere el concurso y pierda su puesto de trabajo. Pues bien, en este caso no solo se estaría vulnerando los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva sobre transmisión de empresas, sino que además será la Administración la que deberá afrontar el pago de las

⁷⁷⁴ Sobre esta última idea, en un sentido similar pero aplicado a otros supuestos se expresa J. GORELLI HERNÁNDEZ, "El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos", cit., p. 12/18 pdf descargado.

indemnizaciones por resolución del contrato abonando una cuantía equivalente a 20 días de salario por año de servicio con un tope de 12 mensualidades. Y no solo del tiempo que haya prestado servicios para la entidad pública tras el traspaso, sino también del periodo en el que el trabajador estuvo a cargo de la contratista o las contratistas que gestionaban indirectamente la actividad. Este desembolso económico, aplicado de forma generalizada cada vez que un trabajador subrogado no consolida la plaza, iría en contra del interés general, no solo por su afectación al presupuesto público, sino porque se estaría haciendo frente con cargo al erario público de periodos de la indemnización que fueron devengados durante la gestión indirecta y que deberían haber sido satisfechos por la empresa privada para que su pago no afecte a la sostenibilidad y viabilidad de los servicios públicos de la Administración reversora.

c) Pero todavía puede complejizarse más. De hecho, lo «habitual» será que así sea, porque el supuesto más frecuente suele ser que la convocatoria de la plaza se dilate en el tiempo y tarde años en proveerse, bien debido a las limitaciones presupuestarias o bien por una actuación poco diligente de la Administración. En este contexto, puede ser que el proceso selectivo cumpla con todos los presupuestos descritos en el supuesto a) –a excepción del cumplimiento del art. 70 EBEP– y que el trabajador consiga la plaza. Aunque aparentemente acaba con un «final feliz», no puede obviarse que el personal subrogado ha permanecido durante años en una situación de provisionalidad, por ello, considero que mera mutación de la naturaleza indefinida a temporal debería ser causa suficiente para iniciar una reclamación judicial que debería concluir con el reconocimiento de fijeza por vulnerarse el artículo 44.1 ET, al haberse producido una novación contractual peyorativa. Y, este tipo de litigios, a mi juicio deberían provocar el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial para verificar si la interpretación jurisprudencial interna es conforme con los objetivos de la Directiva y a la doctrina aclarada en la sentencia *Correia Moreira*.

d) Peor será si, en el supuesto descrito justo anteriormente, no consolida la plaza. Pues las consideraciones efectuadas en torno al coste de la indemnización indicadas en el supuesto b), se agravarán por el incremento del tiempo de prestación de servicios del trabajador. Y, finalmente, aunque se haya dilatado considerablemente en el tiempo, las consecuencias extintivas también requerirán ser examinadas para ver si son compatibles con la sucesión de empresa.

e) Pero también puede ser que, pasados muchos años desde que se produjo la incorporación como indefinido no fijo, se abra un proceso de estabilización o consolidación, con unas pruebas que no lleguen a aplicar los criterios de mérito y capacidad con la diligencia que se debería, en especial, por lo que respecta a la valoración de la experiencia adquirida como mérito. En este contexto, no poco habitual, probablemente el trabajador acabe consolidando la plaza porque no será fácil que, a pesar del carácter abierto de la convocatoria, un aspirante externo pueda compensar la puntuación obtenida por los indefinidos con la experiencia mediante otros ítems de valoración en las pruebas. Si nos encontramos ante un trabajador subrogado, el problema sería menor porque acabaría adquiriendo fijeza y se garantizarían los objetivos de la institución laboral. Aunque ello no debe impedir reprochar a la Administración este tipo de pruebas que rayan la ilegalidad e, incluso, la inconstitucionalidad.

Pero el principal problema es que, a día de hoy, este tipo de pruebas no discriminan qué trabajadores temporales o indefinidos no fijos pueden concurrir en ellas. Y en este punto debo insistir –aun siendo reiterativo– que no son situaciones equiparables la de quienes acceden a la condición de indefinido no fijo por sucesión de empresa, derivado del cumplimiento de la legalidad y, sobre todo, por imperativo del Derecho de la Unión Europea, que quienes previamente han sido declarados en la misma condición por una aplicación fraudulenta de la legislación social. Supuesto este que, como hemos señalado también, la experiencia nos muestra que no es en absoluto extraño que el trabajador haya sido conocedor y cómplice de la irregularidad cometida para adquirir una posición más consolidada en el empleo público. Y, a mi juicio, iguales consideraciones deben formularse respecto a quienes han accedido de forma legítima a un empleo público temporal mediante un proceso selectivo previsto para estas selecciones de personal urgentes. Y es que este y el exigido para el personal fijo no son equiparables. Pues bien, en este contexto, este personal acabará adquiriendo fijeza sin haberse sometido nunca a un proceso selectivo que garantice de forma efectiva los principios de igualdad, mérito y capacidad. Esto es, acceden mediante un proceso «blando» a la plaza temporal, se convierten en indefinidos no fijos que también se considera un acceso «blando» a una posición más estable y, finalmente, adquirirán fijeza plena mediante otro proceso «blando»⁷⁷⁵. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que, como se ha dicho, con frecuencia el propósito del gestor público en dilatar la convocatoria de todas estas vacantes es favorecer al personal interno para que, mediante la experiencia adquirida durante varios años, pueda consolidar la plaza. Por tanto, a mi entender, supone una clara vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad no justificable ni desde el ámbito del Derecho europeo, a diferencia de los casos de subrogación.

En esta dirección avanza acertadamente, a mi parecer, el RD-Ley 14/2021 cuando prevé, en relación a los procedimientos selección del personal funcionario interino por vacante –que además de los principios de acceso al empleo público deben regirse por el principio de celeridad para cubrir inmediatamente el puesto– que “*el nombramiento derivado de estos procedimientos de selección en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera*” (nuevo art. 10.2 EBEP). Por tanto, la nueva normativa para este tipo de personal apuesta por la extinción automática e indemnizada agotada la duración del contrato que impida una expectativa de consolidación de fijeza. Se trata de una suerte de bifurcación de sistemas en el acceso al empleo público funcional, interino y de carrera, en el que no parece que pueda haber vasos comunicantes ni sustentándose en el derecho a la estabilidad en el empleo. Y, como ya he dicho, aunque no hable expresamente de extinción contractual, creo que la misma solución debe aplicarse para el personal temporal que, incumpliendo los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la indemnización equivalente a la del despido por causas empresariales (nueva DA 17.5 EBEP). De esta forma, a espera de las primeras reacciones doctrinales y judiciales, creo

⁷⁷⁵ X. BOLTAINA BOSCH, “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, cit., p. 140 y ss.

que la norma está apostando igualmente por la extinción automática de los contratos temporales lícitamente celebrados en lugar de su conversión en indefinido no fijo.

D) La cuarta razón por la que creo que el indefinido no fijo no es una fórmula de integración adecuada es por la equiparación de todas las causas de conversión en la jurisprudencia interna. Así, considero que los nuevos itinerarios hermenéuticos que está siguiendo el Tribunal Supremo desaconsejan esta figura.

a) Por un lado, por la ruta interpretativa iniciada con la STS de 2 de abril de 2018, mediante la que se reconoce el derecho a la promoción interna, lo que conlleva una desvinculación del puesto de trabajo que ocupaba el indefinido, pudiendo ahora mantenerse como un trabajador «flotante» que puede revelar un empleo público adicional al formalmente reconocido en las relaciones de puestos de trabajo de cada entidad pública. Las consecuencias prácticas son, de un lado, que esta desvinculación de la plaza complica *de facto* la extinción contractual, y del otro, que permitir acceder a un puesto –cuya necesidad *a priori* es estable– mediante una provisión interna desnaturaliza el carácter temporal que usualmente le ha adjudicado la jurisprudencia⁷⁷⁶.

i) Y es que, respecto a lo primero, en atención a la propia dogmática jurídica de la figura contractual, la jurisprudencia ha venido exigiendo que en la extinción por cobertura de la plaza sea necesario acreditar la vinculación entre el trabajador y el puesto que se va a proceder a cubrir. Es más, en ocasiones se ha empleado esta lógica para reforzar la tutela del trabajador impidiendo que su extinción por parte de la entidad pública en supuestos en los que no tiene intención alguna de cubrir o amortizar la vacante. Sin lugar a dudas, permitir que el empleado se desvincule de la plaza conduce a dificultar la apreciación de la causa de extinción que constituye el elemento identificativo de este trabajador: la cobertura de la vacante. Siendo ello así, la reconducción a las causas objetivas generales supone, a juicio de la doctrina más autorizada, la eliminación del indefinido no fijo que queda ahora plenamente equiparado al fijo⁷⁷⁷, por más que el TS afirme que dicha desvinculación no debe afectar a la naturaleza jurídica temporal de este trabajador⁷⁷⁸.

ii) Pero desde una lógica opuesta, la atribución de un derecho tradicionalmente reservado para quienes han accedido a un empleo público fijo mediante las correspondientes pruebas y sistemas selectivos, altera indefectiblemente el estatus del trabajador indefinido que adquiere así una posición más consolidada, o incluso, se convierte en fijo por la puerta de atrás. Y es que es

⁷⁷⁶ Recuérdese que, si bien en un primer momento se le atribuía formalmente una naturaleza mixta o híbrida –parcialmente temporal y parcialmente indefinido– (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998), en la práctica se le consideraba equiparable al interino por vacante, claramente temporal (STS de 27 de mayo de 2002). Posteriormente, se le consideró sin lugar a dudas un contrato temporal (SSTS de 24 de junio de 2014 y de 7 noviembre de 2016). Poco después, se volvió a la naturaleza *sui generis*, entendiendo que ni es fijo ni temporal (STS de 28 de marzo de 2017), pero en la actualidad se mantiene que su naturaleza es temporal (STS de 2 de abril de 2018).

⁷⁷⁷ A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, cit., p. 15/28 pdf descargado.

⁷⁷⁸ Llegados a este punto la doctrina apunta no entender qué diferencia puede haber respecto al trabajador fijo (J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 21/28 pdf desargado.).

previsiblemente razonable que si la Administración ha articulado un proceso de promoción interna para cubrir una necesidad de carácter estable, no vaya a proceder a convocar de nuevo la provisión del puesto de trabajo en cuestión. Supone, a todas luces un refuerzo de la estabilidad en el empleo inadmisibles para quien no ha accedido al mismo de forma regular⁷⁷⁹. Y es que, en otro caso, llevaría al absurdo que cada puesto al que acceda el indefinido no fijo deba volver a ser convocado de nuevo, lo que no es razonable para garantizar la eficacia administrativa.

Esta línea interpretativa ha sido criticada por permitir el fraude dentro de las Administraciones Públicas, en la medida en que aumenta la discrecionalidad de la entidad para decidir qué trabajadores continuarán como indefinidos y cuáles no⁷⁸⁰. Por ello, generalmente, se entiende que el Tribunal Supremo está allanando el camino para un nuevo giro interpretativo, que todo parece apuntar que será en el sentido de aproximar aún más al fijo y al indefinido. A mi juicio, de nuevo, creo que debe censurarse que esta hipótesis sea generalizable a todos los indefinidos no fijos con independencia de la causa que originó su declaración.

b) Pero por otro lado, diversamente, habrá que estar expectante a la evolución de la nueva doctrina jurisprudencial en torno a la eficacia del artículo 70 EBEP iniciada con la STS de 28 de junio de 2021. Si esta se extiende también al indefinido no fijo, como parece coherente, sin discriminar por la causa de transformación, refuerza el carácter temporal del personal subrogado y conducirá, con una mayor probabilidad a la extinción contractual.

E) Como conclusión sostengo que la figura del indefinido no fijo debe desaparecer del Derecho del Empleo Público⁷⁸¹. En primer lugar, debe ponerse una solución al elevado volumen de personal indefinido no fijo ya existente en todos los niveles administrativos. En este sentido, parece que el legislador apuesta por la vía de la estabilización ex artículo 2 RD-Ley 14/2021, con la indemnización prevista para quienes no superen las pruebas. A mi juicio, este acceso a la consolidación sin discriminar en función de la forma de acceso a la condición de indefinido es censurable, sin embargo reconozco que la extinción masiva de este personal ni sería pacífica ni asumible económicamente por las AAPP. En cualquier caso, de lo que se trata es de zanjar el problema, solucionar los «errores» del pasado y aplicar nuevas soluciones *ad futurum*.

Ya he defendido que dichas soluciones deberían ser: 1) para todos los supuestos de indefinido no fijo previstos en el apartado III.3, la nulidad contractual por la vía del artículo 9.2 ET acompañada de una indemnización por daños y perjuicios cuando se prueben; 2) para el personal subrogado por sucesión de empresa concurriendo los presupuestos necesarios para aplicar el

⁷⁷⁹ *Ibidem*: siendo una solución contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

⁷⁸⁰ M. LÓPEZ BALAGUER; F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, cit., p. 61 y ss.

⁷⁸¹ Se ha hipotetizado con la posibilidad de que se regule el indefinido no fijo pero con diferencias sustanciales en el régimen jurídico según sea personal subrogado o el resto de causas y, aun así, se alcanza la conclusión de acabaría igualmente provocando distorsiones. Véase: J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 21/28 pdf desargado.

artículo 44 ET y la Directiva, la extinción contractual en los términos expuestos en el apartado II de este capítulo o una de las soluciones a las que me referiré en los apartados IV y V posteriores.

Sin embargo, el estado de cosas puede cambiar a mi juicio con la aprobación del RD-Ley 14/2021, de 6 de julio. Si no he entendido mal, y a falta de las primeras reacciones doctrinales, la nueva DA 17.5 EBEP impediría la conversión en indefinido no fijo en muchos de los supuestos en los que actualmente se lleva cabo. Más concretamente, por expiración de los plazos máximos contractuales previstos en el artículo 15.1. a) y b) para el personal contratado por obra o servicio o eventual por circunstancias de la producción, para el personal interino por vacante de acuerdo a la eficacia que ha otorgado la reciente jurisprudencia social al artículo 70 EBEP (suponiendo una alteración de una de las consecuencias previstas en la STS de 28 de junio de 2021, en lugar de indefinido, la superación del plazo conduciría ahora a la extinción) e, incluso, para la superación de los límites previstos en el artículo 15.5 ET relativos al encadenamiento de contratos. Por tanto, entiendo que las soluciones a partir de ahora deberían ser las siguientes:

a) Para el personal subrogado, reitero lo dicho, no se convertirá en indefinido no fijo.

b) Para el personal de duración determinada al que se refiere el artículo 15 ET, contratado lícitamente, pero cuyo contrato alcance la duración máxima o los límites establecidos en la legislación social y de empleo público, la extinción automática e indemnizada del contrato, sin posibilidad de convertirlo en indefinido no fijo.

c) Para el personal laboral temporal contratado en fraude de Ley (art. 15.3 ET), para el personal laboral no reconocido formalmente cuya relación se encubra mediante un contrato administrativo (arts. 1.1 y 8.1 ET) y para el personal de las empresas contratistas sometido a tráfico prohibido de mano de obra, no se altera su *status*. Ello quiere decir que, en principio, se sigue aplicando la figura del indefinido no fijo, sin embargo, insisto en que es una solución más proporcionada y equilibrada la nulidad contractual y la reparación del daño causado.

IV. PERSONAL LABORAL COMÚN DEPENDIENTE DE UNA ENTIDAD PÚBLICA Y DIFERENCIADO POR SU ADSCRIPCIÓN AL SERVICIO ANTES EXTERNALIZADO

A consecuencia de los movimientos a favor de internalización que se han sucedido en los últimos años y del debate generado en torno a las dificultades de integración del personal, un sector doctrinal que se ha mostrado contrario a la aplicación del trabajador indefinido no fijo ha propuesto otras soluciones para la integración. Me refiero al «personal a extinguir» y al «personal subrogado» que, a mi juicio, tienen pocas diferencias entre sí. Veamos primeramente en que consiste cada una de estas dos figuras.

1. El «Personal a Extinguir» de creación legal

1.1. Origen y supuestos para los que se diseñó

A) Desde los primeros estudios sobre reversión de servicios públicos derivados de esta última oleada de cambios de gestión que comenzó con los comicios municipales del año 2015, un sector de la doctrina ha afirmado que el precedente recogido en la Ley 15/2014 (LRSP) puede extrapolarse sin problemas a los supuestos ahora estudiados.

En efecto, dicha norma recoge en sus artículos 3, 5, 8 y 9 diversos supuestos de disolución de entidades del sector público de régimen privado como fundaciones y sociedades estatales, con la integración de su patrimonio y actividad en organismos públicos, tanto organismos autónomos como entidades públicas empresariales existentes o de nueva creación⁷⁸². En estos casos, se parte en todos ellos de que la sucesión de empresa deviene por la concurrencia de los presupuestos jurisprudenciales necesarios para que opere. En este sentido, la subrogación en los derechos y obligaciones de la nueva entidad pública en su dimensión laboral no se produce por la norma administrativa, sino que tiene un alcance meramente declarativo y orienta su regulación en el ámbito laboral a regular las condiciones de integración del personal.

Todas ellas, tienen como denominador común que los trabajadores proceden de entidades privadas del sector público cuyo acceso es difícilmente equiparable al actualmente previsto en el EBEP –dado que la mayoría son entidades existentes con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la DA 1 EBEP– y que pasa a integrarse ahora en organismos de derecho público, en algunos casos incluso como personal funcionario.

⁷⁸² Aplica la misma solución ya prevista en la anterior Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial (BOE n.º 242 de 09-10-13), que comprende medidas de extinción, fusión o pérdida del carácter estatal de fundaciones públicas estatales y la extinción de una sociedad mercantil, para lograr un sector público empresarial y fundacional más racional y mejor dimensionado, evitándose duplicidades y solapamientos. Como se indica, además, no se agotaba con las medidas específicas que contempla sino que la Orden tiene vocación de ser considerada como un marco de actuación que permite profundizar en la reestructuración del sector público estatal. Pues bien, para el caso de disolución de dichas entidades con integración de su patrimonio y actividad en organismos del sector público, el artículo 8 dispone:

"Asimismo, en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo, en su caso, en ejecución de este Acuerdo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica.

En todo caso, cuando como consecuencia de la extinción de una Fundación, se produzca la integración de su actividad en un organismo Público, la incorporación, en su caso, del personal proveniente de la extinta Fundación al organismo se realizará con la condición de «a extinguir», sin que en ningún caso este personal adquiera la condición de empleado público.

Únicamente podrá adquirirse la condición de empleado público mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas, convocadas al efecto por la Administración Pública, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

En cualquier caso, de la ejecución de las actuaciones autorizadas en este Acuerdo no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en las entidades afectadas".

a) Pues bien, en este contexto recurre la LRSP a una antigua figura creada por la DA 1 LMRFP clasifica como plazas «a extinguir» a aquellas cuyos titulares no puedan ser clasificados de acuerdo con los Cuerpos y Escalas previstos para funcionarios públicos por no reunir los requisitos de titulación exigidos y por la naturaleza de las funciones desempeñadas⁷⁸³. Dicha norma, posteriormente desarrollada por el RD 1126/1986, de 6 de junio, por el que se da cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre plazas no escalafonadas⁷⁸⁴, vino a establecer unos rasgos básicos de esta tipología de plazas. En primer lugar se establece que si dichas plazas están vacantes quedarán automáticamente amortizadas, pero si están ocupadas permanecerán «a extinguir» hasta el momento en que queden vacantes y se puedan amortizar. Sus titulares, en consecuencia, permanecerán también en la situación de «a extinguir» en tanto que no reúnan los requisitos de titulación, en cuyo momento podrán integrarse plenamente en los Cuerpos y Escalas que correspondan y dejar de ser personal «a extinguir».

En la actualidad, una previsión similar contempla los artículos 87.5 y 94.4 LRJSP para el personal inmerso en supuestos de transformación de la personalidad jurídica de entidades del sector público estatal o de fusión de organismos públicos (respectivamente) cuando proceda la integración de empleados públicos que hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo, en cuyo caso se integrarán como podrá personal con la condición de «a extinguir».

b) Pues bien, volviendo a los supuestos previstos en la LRSP, a modo de integrar al máximo posible el régimen jurídico de esta figura, el artículo 5, relativo a la integración de la Fundación Universidad.es en el Organismo Autónomo Programas Educativos Europeos o en el Organismo Autónomo Universidad Internacional Menéndez Pelayo, según las funciones, dispone que *“la incorporación del personal procedente de la fundación se realizará, en su momento, con la condición de «a extinguir» y sin que, en ningún caso, este personal adquiera la condición de empleado público. Únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración Pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”*. El personal de dicha integración se integrará *“con la misma situación, antigüedad y grado que, en su caso, tuvieran, subrogándose el Organismo correspondiente en los contratos de trabajo concertados con personal sujeto a contrato laboral”*. En el mismo sentido se pronuncian el artículo 8.5 LRSP relativo a la integración

⁷⁸³ **Disposición adicional primera**

“1. Se declaran a extinguir todas las plazas no escalafonadas de funcionarios. El Gobierno, mediante Real Decreto, procederá a su reordenación, agrupación y clasificación integrándolas, en su caso, en los Cuerpos y Escalas que tengan asignados igual titulación académica y funciones y retribuciones similares.

2. El personal al servicio de la Administración del Estado que perciba el total de sus retribuciones con cargo a los créditos de personal vario sin clasificar de los Presupuestos Generales del Estado deberá ser clasificado por el Gobierno, mediante Real Decreto, determinando, en su caso, su integración, de acuerdo con la naturaleza de sus funciones y titulación académica exigida, en Cuerpos o Escalas de funcionarios o plantillas de personal laboral.”

⁷⁸⁴ BOE n.º 142 de 14-06-86.

de la Fundación Agencia Nacional de la Calidad y la Acreditación en el Organismo Autónomo ANECA, y el artículo 9 acerca de la incorporación del personal procedente de la Sociedad Estatal España, Expansión Exterior, S.A. en entidad pública empresarial España Exportación e Inversiones (ICEX), matizando esta última, además de las previsiones citadas de idéntico tenor literal, que *“en el proceso de integración del personal laboral habrá de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”*. En fin, el artículo 3 adapta y actualiza el régimen y naturaleza jurídica de la «Obra Pía de los Santos Lugares» creada por una Ley estatal de 1940 al nuevo marco normativo de las entidades del sector público. En su apartado segundo dispone, a efectos de adaptar la situación de su personal funcionario o laboral, que el personal propio que fuera contratado en régimen de derecho laboral por la antigua entidad también se considerado «a extinguir», precisando que *“amortizándose los puestos de trabajo que actualmente ocupa el mismo cuando queden vacantes por fallecimiento, jubilación o cualquier otra causa legal”*.

c) Pues bien, a la luz del escaso régimen jurídico visto hasta ahora, pueden extraerse las siguientes notas características:

i) El personal «a extinguir» no es una categoría de empleado público, por lo que no se rige su régimen jurídico por el Estatuto Básico, ya que solo se puede adquirir esta condición si se superan los procesos selectivos establecidos en la norma básica.

ii) Dicho personal se integra con la misma situación, condiciones de trabajo y antigüedad que ya ostentaban en la anterior entidad. Es decir, es personal laboral regido por el ordenamiento laboral privado (Estatuto de los Trabajadores y resto de normas laborales).

iii) El personal permanece en su puesto hasta que el mismo quede vacante por fallecimiento, jubilación del trabajador o cualquier otra causa legal de extinción. Esto es, no lleva implícita la figura jurídica una causa autónoma y específica de extinción como la cobertura reglamentaria de la plaza para el caso del indefinido no fijo. De hecho, la conclusión que se desprende es que se excluye la convocatoria pública y rige el principio de conservación del puesto de trabajo.⁷⁸⁵

iv) Cuando la plaza quede vacante, será amortizada automáticamente y reemplazada por una plaza de empleo público que constará en la correspondiente RPT.

v) Nada obsta a que el personal «a extinguir» pueda adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas de conformidad con los artículos 55 y ss. EBEP que pueda convocar por la Administración Pública de la que depende. Ahora bien, será interesante tratar de precisar los términos en los que operaría este eventual proceso selectivo para no contradecir lo dicho en el anterior apartado iii).

⁷⁸⁵ En el mismo sentido: F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 11.

La experiencia histórica de dicha figura evidencia –como se seguirá mostrando a continuación– que su ámbito de actuación natural es los supuestos de reestructuración del sector público en los que se extingue e integra una persona de derecho privado perteneciente al sector público en otra de derecho público, especialmente, cuando el puesto de destino tiene naturaleza funcionarial. De modo que se mantiene el desarrollo de las funciones del trabajador sin que suponga la adquisición de la condición de empleado público o la obligación de someterse a un proceso de funcionarización. La consecuencia de ello es la creación de un *“particular sistema de desdoblamiento de la relación funcionarial que denominamos adscripción funcional entre organismos del sector público, lo que en la práctica entraña una cotitularidad de la misma entre una persona jurídica de derecho público y una persona jurídica de derecho privado”*⁷⁸⁶

d) Recursos similares han sido utilizados por algunas leyes autonómicas.

i) Así, en primer lugar, la *Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía* (citada), que prevé numerosos supuestos de supresión de entes de derecho privado del sector público andaluz con la integración de su patrimonio en sujetos administrativos con una obligación expresa de subrogación en todas las relaciones jurídicas mantenidas por la extinta entidad (por ejemplo, arts. 4, 6, 8, 12, 13, 19, etc.) y cuya integración de personal se realizará de acuerdo con la conocida DA 4 de la misma Ley, que tanta conflictividad judicial ha suscitado (entre otras, véanse las ya citadas y analizadas STS (CA) de 21 de enero de 2016, rec. 711/14 y STC n.º 236/2015, de 19 de noviembre)⁷⁸⁷. Pues bien, respecto a la fórmula de integración del personal laboral, la DA 4.1.b) Ley 1/2011 dispone que *“el personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”*. Como puede apreciarse, aunque no se refiere al personal «a extinguir» regula una fórmula de integración que mantiene su estatus laboral, pero que en no se trata de un personal laboral empleado público en tanto que no supere unas pruebas de acceso libre convocadas en la correspondiente OEP.

Por ejemplo, la DA 2 del Decreto 96/2011, de 19 de abril (también citado) establece el protocolo y normas de integración del personal de los «Consortios UTEDLT» tras su extinción, en desarrollo de la citada DA 4.1.b) de la Ley 1/2011, precisando que la integración a la que se refiere esta disposición se hará en los términos establecidos en el artículo 44 ET, subrogándose la Agencia en todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo y, en su caso,

⁷⁸⁶ Así lo afirma MAURI MAJÓS en J. QUESADA LUMBRERAS Y OTROS, “Título III. Aspectos jurídico-administrativos”, cit., p. 156.

⁷⁸⁷ Con mayor detalle, véase capítulo noveno, apartado I.3.3.

“de los convenios colectivos vigentes, así como de los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos. Al citado personal le seguirá rigiendo el convenio colectivo que les corresponda, hasta tanto les sea de aplicación el convenio colectivo correspondiente” (apartado segundo). En el mismo sentido, en coherencia con la norma estatutaria, *“las representaciones sindical y unitaria correspondientes al personal objeto de subrogación, se mantendrá en la Agencia en las mismas condiciones, con los mismos derechos y obligaciones que tuvieron en la entidad de procedencia, hasta la finalización de sus respectivos mandatos”* (apartado cuarto).

Pues bien, a la luz de este tipo de subrogación que no considera empleado público y que la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS consideró que no suponía la integración en la Administración autonómica ni que supusiera una alteración del régimen jurídico-laboral que venían ostentando, el profesor DE SOTO RIOJA entendió que la fórmula legal no apostaba por el indefinido no fijo, sino por *“una especie de categoría intermedia como es la del llamado «personal subrogado»”*⁷⁸⁸. Aunque, más recientemente, el Supremo ha entendido que el alcance de esta disposición no debe enervar su reincorporación como indefinido no fijo tras la declaración de nulidad de los despidos colectivos realizados en fraude de Ley a este personal⁷⁸⁹ (STS de 17 de septiembre de 2020, rec.154/18).

ii) También la *Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la Generalitat, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat Valenciana* (citada) acude a la figura del personal a extinguir. En efecto, su DA 3ª, destinada a establecer los criterios y el procedimiento de integración del personal laboral propio de los entes del sector público suprimidos, determina la integración en las entidades del sector público que asuman el ejercicio de sus funciones. Así, distingue, a efectos del procedimiento de integración, entre «personal laboral fijo» (apartado segundo), «personal laboral temporal» (apartado cuarto) y «personal laboral no temporal» (apartado tercero). El primero es aquel que accedió a través del correspondiente proceso de selección y que mantendrá su estatus como empleado público. El segundo, accedió mediante procesos selectivos previstos para el personal temporal y conservará igualmente su situación hasta la extinción de sus contratos. Pero el tercero, el denominado «personal laboral no temporal», es aquel proveniente de una sociedad o fundación del sector público autonómico valenciano que *“se integrará en las entidades de derecho público que asumen el ejercicio de sus funciones”*. Acto seguido la norma matiza que dicha integración *“en ningún caso, supondrá la adquisición de la condición de fijo, que sólo podrá producirse, en su caso, tras superar los procesos selectivos a los que se refiere la disposición adicional quinta del Decreto ley 7/2012 y de la presente norma. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de amortización, en su caso, del puesto que ocupa”*. No hay dudas así de que el régimen jurídico al que se refiere es el del personal «a extinguir».

Si bien, dicho apartado tercero fue modificado posteriormente por la *Ley 7/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la*

⁷⁸⁸ S. DE SOTO RIOJA, “Sucesión de empresas y contrataciones: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional [Ref. TOL5.537.089]”, cit., p. 7/47 pdf descargado.

⁷⁸⁹ Con mayor detalle, véase capítulo séptimo, apartado III.1.3.2.

*Generalitat*⁷⁹⁰ que alteró su redacción, quedando así: “*El personal no temporal de una sociedad mercantil o de una fundación del sector público de las que quedan extinguidas por ejecución del Decreto ley 7/2012 y de la presente norma se incorporará a las entidades de derecho público que asumen el ejercicio de sus funciones con la condición «a extinguir» y sin que en ningún caso este personal adquiera la condición de empleado público. Únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, pueda convocar la administración pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público*”. Además, añade que en el ulterior proceso de acceso como personal laboral público habrán de respetarse los principios de igualdad, mérito y capacidad, estableciendo un régimen idéntico al ya previsto por la Ley 14/2014, LRSP, de carácter estatal.

iii) Y más antiguo, el supuesto que conoce la STS (CA) de 20 de abril de 2005, rec. 4377/99, que ya analizamos en el capítulo anterior. Recuérdese que versa sobre sobre la extinción de la Sociedad Pública Interbask, SA, dependiente del gobierno vasco creada por un aparente conflicto de competencias Estado-Comunidad Autónoma que finalmente fue resuelto por el TC en favor del País Vasco, por lo que se consideró innecesaria la persistencia de la sociedad, por lo que se disuelve y se integra en la administración regional al personal. El TS revoca la anulación de la normativa de integración y subrogación del TSJ vasco que entendía vulnerados los principios de acceso al empleo público. El Supremo no aprecia la vulneración constitucional y convalida el modelo de integración establecido por la ley autonómica que justifica la razonabilidad de la medida organizativa y regula el procedimiento por el que se produce “*la integración en la estructura humana de la Administración, con escrupuloso respeto a las normas que rigen la confrontación de éstas*”. Y es que la norma legal en cuestión determina que cuando los puestos hayan sido clasificados como funcionariales, el personal subrogado podrá acceder a la condición de funcionario cuando cuente con los requisitos de titulación exigibles y supere las «pruebas restringidas» que serán convocadas por una sola vez y en las que se valorarán los servicios prestados y los méritos que puedan determinar la aptitud o idoneidad del aspirante. En caso de no superar el concurso sus plazas continuarán como «personal laboral a extinguir»⁷⁹¹.

⁷⁹⁰ BOE n.º 35 de 10-02-15.

⁷⁹¹ Ley 16/1997, de 7 de noviembre, de modificación de la Ley de la Función Pública Vasca (BOE n.º 12 de 14-01-12).

DT 3ª. Funcionarización del personal procedente de la extinta sociedad pública Interbask S.A. y del Centro de Cálculo de Álava S.A.

“1. *El personal laboral fijo procedente de la extinta sociedad pública Interbask, S.A. cuyos puestos hubieran sido clasificados de naturaleza funcional podrá acceder a la condición de funcionario del Cuerpo al que la plaza se adscriba, siempre que reúna los requisitos de titulación exigibles para ello, mediante pruebas selectivas restringidas que serán convocadas por una sola vez. [...]*

3. *Las convocatorias a que se refieren los dos apartados anteriores se efectuarán dentro de los seis meses siguientes a la aprobación de las relaciones de puestos en las que figuren dichos puestos reservados a funcionarios, y en las mismas se valorarán los servicios prestados y cualesquiera otros méritos encaminados a determinar la aptitud o idoneidad del aspirante, sin perjuicio de aquellas pruebas destinadas a la acreditación de conocimientos que se consideren necesarias. Quienes no participen en el proceso selectivo o no lo superen continuarán al servicio de la Administración respectiva con la relación que ostentaran, siendo sus plazas declaradas a extinguir.*

B) Uno de los principales defensores de esta alternativa de subrogación ha sido ALFONSO MELLADO, quien viene defendiendo desde hace tiempo que es la vía de integración que parece más clara y garantista, por cuanto que coordina y compatibiliza las normas administrativas y laborales, permitiendo el respeto de los intereses enfrentados⁷⁹². Aunque lo hace, lógicamente, con dudas, porque reconoce que subsisten elementos inseguros en su aplicación, pues deja al personal en una suerte de «limbo» y sujeto al vaivén de una posible externalización del servicio, por lo que en un primer lugar el gestor público se tendrá que preguntar si merece la pena toda esa operación a la vista de las garantías jurídicas que ofrece⁷⁹³. En cualquier caso, reconoce que es la alternativa de integración que «más lejos» permite llegar en cuanto a la tutela de los trabajadores y el respeto a las normas comunitarias⁷⁹⁴. Aunque más recientemente, parece que reafirma esta solución por cuanto que *“no violenta las normas de empleo público ni presupuestarias y se ajusta perfectamente a las exigencias laborales, porque estos empleados ni mejoran ni empeoran su situación y siguen vinculados a la actividad que desarrollaban y en las mismas condiciones en las que lo hacían, simplemente cambiando de empleador”*⁷⁹⁵.

a) Pues bien, el autor entiende, de un lado, que no vulnera las normas de acceso al empleo público desde el momento en que no permite que el trabajador subrogado sea considerado como tal, ni forme parte de la plantilla orgánica del ente público, ni consolide su plaza en aquel. No son, por tanto, empleados públicos, al menos en un «sentido formal», aunque «materialmente» dependan de la Administración titular del servicio o actividad pública. Su incorporación a la Administración cesionaria queda vinculada únicamente al puesto de trabajo y a las funciones que desarrolla. De esta manera, la adscripción del personal se efectúa como una suerte de «espacio diferenciado» del personal que permite separarlo a efectos de gestión de los empleados públicos contratados por la Administración o entidad del sector público. Dicho con otras palabras, el trabajador queda vinculado al servicio público, que antes se gestionaba de forma indirecta, ahora

⁷⁹² C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., pp. 41-43. Seguido por muchos, entre otros: L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 140. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]”, cit., p. 13/27 pdf descargado. M. LÓPEZ BALAGUER, “Reversión de la contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016) [Ref. BIB 2018/5868]”, cit., p. 7/8 pdf descargado. R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pp. 182, 185 y 189. M. GARCÍA PÉREZ, “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao [Ref. BIB 2020/9230]”, cit., p. 29/44 y ss. pdf descargado.

⁷⁹³ C. L. ALFONSO MELLADO, “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, cit., pp. 33-35.

⁷⁹⁴ C. L. ALFONSO MELLADO, “La reversión de la gestión pública de servicios públicos: problemas laborales”, cit., pp. 257-260.

⁷⁹⁵ Cfr. C. L. ALFONSO MELLADO, “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, cit., p. 28. En el mismo sentido, por todos, por ejemplo: F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 110.

es directamente prestado y en un futuro puede volver a ser externalizado. El trabajador «a extinguir» seguirá de esta manera la misma suerte que siga la actividad a la que queda adscrito.

b) Del otro lado, garantiza la estabilidad en el empleo del trabajador que ya era fijo antes de producirse la reversión de la actividad. Su estatus no cambia, seguirá siendo un indefinido ordinario y continuará sometido al mismo régimen jurídico que lo estaba antes de la subrogación. A mayor abundamiento, si el servicio vuelve a ser externalizado seguirá manteniendo su puesto de trabajo en la medida en que volverá a producirse una sucesión de empresa. Sin embargo, para garantizar la continuidad de la plantilla con mayor certeza, el autor argumenta que sería recomendable la suscripción, entre los trabajadores o sus representantes y la entidad pública, un acuerdo de negociación colectiva que vincule a esta última a incluir en el pliego de condiciones administrativas una cláusula de subrogación del personal si se vuelve a externalizar el servicio.

1.2. Aplicación a supuestos de reversión de contrata públicas

Esta figura también ha sido aplicada a supuestos de integración del personal de empresas privadas no pertenecientes al sector público en entidades de derecho público. Se analizarán a continuación dos supuestos. De un lado, el antiguo régimen de integración del personal docente de acuerdo con la *Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco* (citada), que no se trata propiamente de una reversión de contrata pero sí de la publicación de una serie de centros educativos hasta el momento privados-concertados. Y el otro, el supuesto de reversión de concesiones sanitarias de la Comunidad Valenciana de acuerdo con la *Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat* (citada).

1.2.1. El modelo de publicación de centros educativos del País Vasco

En efecto, en los años 60 nació este modelo de escuelas como alternativa a la escuela pública estatal cuyo fin era la potenciación de la cultura y la lengua autóctona. Con la reconfiguración del estado de las autonomías se celebraron sendos convenios entre la Consejería de Educación y cada uno de estos centros privados con el fin de reforzar la educación pública. En el marco del proceso de reordenación del sistema educativo no universitario del País Vasco, dichos convenios venían a establecer -muy sintéticamente- que, tras un periodo de colaboración de dichos centros privados con la red de enseñanza pública, podían optar por integrarse definitivamente en esta mediante una operación de publicación que era constitutiva de una transmisión de empresa⁷⁹⁶. En este punto, la Ley vasca 2/1993, vino a concretar el procedimiento de integración y publicación con los efectos laborales derivados de la transmisión de empresa.

⁷⁹⁶ STS de 3 de abril de 1996, rec. 3098/95; de 15 de diciembre de 1998 (10), rec. 4424, 4514, 4690, 4756, 4979, 4294, 5118 y 5119/97, y 94 y 579/98; de 1 de febrero de 1999 (2), rec. 4561 y 4293; de 26 de abril de 1999, rec. 2731/98. Al respecto, véase: A. DESDENTADO BONETE, "Sucesión de empresas y negociación colectiva en el túnel del tiempo: el caso de las ikastolas [Ref. LA LEY 11097/2001]", *Diario La Ley*, tomo 3, 1999, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 1 julio 2019.

a) En concreto, su DT 2, se declara aplicable tanto al personal docente que tenga la condición de laboral fijo de las ikastolas reconocida por la administración educativa que se integren en la escuela pública mediante el proceso previsto en la Ley 10/1988, de 29 de junio, del Parlamento Vasco, como al personal docente al servicio de las ikastolas y demás centros integrados en la red de centros cuya titularidad adquiere la administración educativa, bien derivada de la integración por convenios legalmente autorizados o bien fruto de fusiones con otros centros públicos o transferencias desde otras Administraciones.

Habida cuenta de que los puestos o plazas de destino del personal docente son de naturaleza funcionarial, la citada disposición establece que el personal laboral incluido en su ámbito de aplicación, *“podrá acceder a la condición de funcionario de carrera docente en el cuerpo que corresponda, siempre que reuniera los requisitos de titulación exigibles para ello, mediante pruebas selectivas restringidas que, con carácter excepcional y de acuerdo con previsiones que se contienen en la legislación vigente, podrán ser convocadas por la Administración educativa”* [el subrayado es mío] (DT 2.2). A mayor abundamiento, precisa en su apartado tercero que tales convocatorias serán realizadas una vez se haya consumado la integración del personal en la escuela pública, y que en ellas *“se valorarán los servicios prestados y cualesquiera otros méritos encaminados a determinar la aptitud o idoneidad del aspirante, sin perjuicio de aquellas pruebas destinadas a la acreditación de conocimientos que se consideren necesarias”*. De forma más precisa, la DT 5 Ley 2/1993 del parlamento vasco indica que la convocatoria se realizará dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación de la relación de puestos de trabajo. En esta última disposición se reitera la naturaleza restringida de las pruebas *“con carácter excepcional y por una sola vez”* para todos aquellos puestos que se clasifiquen como de naturaleza distinta al de procedencia, así como el sistema de valoración de méritos.

Esto es, dicha Ley, presuponiendo que se cumple el requisito de «excepcionalidad» para la realización de pruebas de carácter restringido a la concurrencia, autoriza que sea este el sistema selectivo para quienes «quieran» regularizar su situación e integrarse con como funcionario público. Debe destacarse que no se trata de un sometimiento obligatorio a dichas pruebas, sino que los trabajadores «podrán» concurrir en ellas. Y es que de haber un sometimiento real y no ser de carácter restrictivo podrían comportar la pérdida del empleo.

En efecto, la DT 2 prevé que quienes participen y superen dichos procesos selectivos mantendrán sus puestos de trabajo, sin perjuicio de las adaptaciones que en ello se realicen como consecuencia de su catalogación como puestos funcionariales. El acceso del trabajador a la condición de funcionario determinará la automática transformación de la vacante, que se integrará entre las propias del cuerpo a que se hubiera accedido, sin que haya menoscabo alguno de los derechos adquiridos en relación con el contenido y alcance que los mismos corresponda en el cuerpo o escala a la accedan (apartados cuarto, sexto y séptimo).

Ahora bien, *“quienes no participen en el proceso selectivo o no lo superasen continuarán al servicio de la Administración con la relación que ostentaran, siendo sus plazas declaradas a extinguir”* (DT 2.5). Ello no obstará, para que a los trabajadores les sean reconocidos a efectos

retributivos la totalidad de los servicios prestados en los centros de origen, así como para el mantenimiento de la jornada parcial o completa que tuvieran en los centros de origen (DT2.8 y 9).

b) Por otro lado, la DT 3 de la misma Ley, referida al «personal no docente» que se integre en la red de escuelas públicas en los mismos casos que se han descrito para el personal docente, prevé dos vías de integración. De un lado, la integración como funcionario de carrera o personal laboral en la plantilla laboral de la Administración general del País Vasco, siempre que reuniera los requisitos de titulación exigibles, mediante pruebas selectivas restringidas convocadas por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación en las mismas condiciones previstas para el personal docente en la DT 2 (DT 3.3). Es decir, estos, como el personal docente, podrán superar las pruebas restringidas y adquirir la condición de empleado público o permanecer en la situación de «a extinguir» en caso de no superarlas o no concurrir. Y, del otro, para el personal no docente que desempeñará funciones de vigilante, subalterno, mantenimiento o limpieza en centros que hayan impartido enseñanzas de Educación General Básica se integrará como personal laboral fijo de las corporaciones locales (DT 3.4). Sobre este punto se volverá más adelante.

c) Como ya se analizó este modelo de integración fue avalado por el Tribunal Constitucional (STC n.º 252/2005, de 11 de octubre, FJ 6). Por otra parte, de nuevo creo que debe destacarse otra nota característica de este tipo de personal que, si bien podía inferirse del resto de normativa de integración como «personal a extinguir», en este supuesto no deja lugar a dudas. Y es la relativa al alcance del proceso de selección por el cual dicho personal no puede adquirir la condición de empleado público. Como perfectamente se desprende, la no superación del proceso no puede suponer la pérdida de la relación laboral, si ello fuera así, no habría diferencias entre este personal y el indefinido no fijo de plantillas. En consecuencia, en orden a adquirir la condición de empleado público pueden darse dos escenarios posibles: 1) que lo haga presentándose a unas pruebas selectivas convocada por la administración empleadora en la que su puesto no sea ofertado, en cuyo caso si accede a otra plaza esta quedará vacante y automáticamente será transformada será incluida como plaza laboral o funcionarial en la correspondiente RPT; o 2) que las pruebas sean restringidas, siempre y cuando se cumplan los prepuestos habilitantes establecidos por la jurisprudencia constitucional, aunque sean excepcionales y por una sola vez, que den la oportunidad de acceder al empleo público al trabajador subrogado, pero quedando claro que la no superación no producirá la pérdida de la plaza.

1.2.2. El «vacilante» modelo valenciano de reversión de concesiones administrativas

a) Mucho más reciente, ahora sobre un supuesto propiamente de reversión de una concesión sanitaria en la Comunidad Valenciana, es la Ley 21/2017, de la Generalitat Valenciana. En concreto, se incluye este dentro de un plan para recuperar la gestión de 5 hospitales que vienen siendo gestionados de forma indirecta a medida que vayan extinguiéndose las concesiones. El primero, el Hospital de La Ribera, situado en la localidad valenciana de Alcira, vencía el contrato público con fecha de 31 de marzo de 2018.

Pues bien, en este contexto se inserta la DA 8 de la Ley 21/2017, orientada a regular el procedimiento de reversión de este primer hospital en cuanto a sus efectos laborales. Dicha disposición, además de declarar la concurrencia de una sucesión de empresa⁷⁹⁷, delimita el régimen de la integración del personal, de forma casi mimética a los supuestos diseñados por la LRSP de 2014: *“El personal afectado seguirá en sus puestos en condición de personal «a extinguir», desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores [...] En todo caso, la adquisición por este personal de la condición plena de personal estatutario solo podrá hacerse mediante la superación de los procesos normativamente establecidos al efecto y con respeto a los principios constitucionales y legales aplicables”*. Además, como se vio en el capítulo anterior respecto a la distinta naturaleza de las plazas de destino, la propia norma clarifica que no será obstáculo con este tipo de integración el hecho de que las plazas sean de personal estatutario sanitario. Cuestión que, como se ha ido desgranando en otros supuestos, es ciertamente frecuente cada vez que se pretende integrar al personal laboral en puestos funcionariales mediante esta figura del personal a extinguir.

i) Dicha disposición adicional fue desarrollada por el *Decreto 22/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del Departamento de Salud de la Ribera en materia de personal* (citado). Ya en su exposición de motivos destaca *“que si bien es cierto que el artículo 44 del ET obliga a la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública a subrogarse en la posición de Ribera Salud respecto de los contratos de trabajo suscritos directamente, asumiendo ese personal, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 23.2 y 103.3 CE), que rigen el acceso al empleo público, impiden que dicho personal puedan acceder directamente a la administración y ser considerado como personal empleado público en los términos establecidos”* en el artículo 8 EBEP y el Estatuto Marco del personal sanitario (EM). Es importante destacar que el acceso al empleo público se produce respecto a una plaza de naturaleza estatutaria o administrativa, por lo que no hay duda de la virtualidad de los principios y preceptos constitucionales citados. La exposición de motivos también se ocupa de justificar la fórmula de integración habida cuenta de la prohibición de integrar como empleado público impuesta por la DA 26 LPGE 2017, vigente en aquel momento.

ii) De forma más detallada que la DA 8 Ley 21/2017, conviene indicar aquí algunos aspectos concretados por la norma reglamentaria. En concreto, el alcance subjetivo y objetivo de la subrogación y los efectos de su integración en plazas de naturaleza funcional.

i') En efecto, en cuanto al ámbito subjetivo, desarrollado por el artículo 2, se concreta que se subrogarán todos aquellos trabajadores cuyos contratos temporales o indefinidos estuviesen vigentes y adscritos a la concesión objeto de reversión. Respecto a los trabajadores indefinidos, se aclara que se incluye también a aquellos que estuviesen en situación de suspensión contractual con derecho a reserva del puesto. En cuanto a los temporales, en principio se subrogarán con la

⁷⁹⁷ Véase capítulo sexto, apartado IV.

misma naturaleza jurídica. Ahora bien, se subrogarán también como personal a extinguir aquellos que habiendo sido concertados como contratos temporales se hayan convertido en indefinidos – aun no formalmente declarados– con anterioridad al traspaso. Sin embargo, se introduce la cautela de que solo serán objeto de subrogación aquellas relaciones laborales que, concertadas por la empresa concesionaria o transformada su naturaleza jurídica de temporal a fija durante el año anterior al traspaso, hubiese contado con la preceptiva autorización administrativa o informe favorable, según el caso, de acuerdo con la cláusula 7 de las «Normas encaminadas a la reversión del servicio público de asistencia sanitaria integral en el Departamento de Salud de La Ribera».

ii') En cuanto al alcance objetivo de la subrogación, el artículo 3 del Decreto 22/2018, determina que el personal temporal seguirá prestando servicios para la *Conselleria de Sanitat* con la misma condición y hasta que concurra causa legal de extinción de su contrato de trabajo. Pero el personal indefinido, como se sabe, “*mantendrá su relación laboral en la condición de personal laboral a extinguir, pasando a prestar sus servicios bajo la dependencia orgánica y funcional de la conselleria competente en materia de sanidad, hasta la extinción del contrato de trabajo por cualquiera de las causas legalmente previstas*”. En cualquier caso, se reitera que el personal subrogado únicamente adquirirá la condición de empleado público tras superar el proceso de selección legalmente establecido por el EBEP.

iii') En fin, en cuanto a las plazas de naturaleza estatutaria se precisa que son ocupadas por personal laboral amprándose en la habilitación legal formulada por la DA Ley 21/2017. En este sentido se aclara que la ocupación del personal laboral subrogado de esta plaza se realiza “*a los exclusivos efectos de la organización de la plantilla del departamento y de ordenación de los recursos humanos, sin que ello signifique modificación de su relación de empleo laboral ni de sus condiciones de trabajo, ni la adquisición de aquellas propias de la plaza estatutaria que ocupa*” (art. 6 Decreto 22/2018). Ahora bien, en la medida en que se produzcan vacantes temporales en estas plazas que requieran ser cubiertas con el mismo carácter transitorio, dicha cobertura se realizara mediante nombramiento temporal en el departamento de salud de acuerdo con el artículo 9 EM (art. 7). Y, en el caso en que la vacante de la plaza ocupada por el personal subrogado sea definitiva con independencia de la causa, la plaza estatutaria se proveerá de acuerdo con los artículos 29 y ss. del EM para la provisión de plazas estatuarías de carácter fijo.

b) El objetivo inicial del *Govern de la Generalitat Valenciana* era extrapolar el modelo de reversión del Hospital de la Ribera no solo a las otras concesiones sanitarias que irían extinguiéndose en los próximos años, sino también a una serie de servicios públicos de interés general que se consideró que la gestión directa era la mejor opción de prestación atendiendo a su propia naturaleza. De hecho, en la misma Ley 21/2017, ya se sentaron las bases para la reversión de ciertos centros residenciales y del servicio de bomberos forestales.

i) En efecto, en la DA 9 se determina, con similar alcance que lo hace la DA 8, los efectos de la extinción de contratos de gestión integral de centros de titularidad pública en el ámbito de la diversidad funcional. Acudiendo igualmente al artículo 44 ET que determina que “*producida la extinción de un contrato de gestión integral de centros de diversidad funcional de titularidad*

pública, la Generalitat, a través del Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), se subrogará en la condición de empleador que las empresas contratadas tengan, por no resultar conveniente para el interés público en este sector de población especialmente vulnerable, sobre el que la administración tienen una especial responsabilidad, una gestión indirecta del servicio público de naturaleza contractual”. Ahora bien, igualmente con base en la DA 26 LPGE aplica la misma fórmula de integración para el personal afectado que “continuará en su puesto en condición de personal a extinguir y solamente podrá adquirir la condición de fijo mediante la superación de los procesos normativamente establecidos a estos efectos y con respeto a los principios constitucionales y legales aplicables”.

ii) Y en cuanto al servicio esencial de extinción de incendios y otras emergencias prestado por bomberos forestales, la DA 15 Ley 21/2017, regula los efectos en materia de personal de la extinción de la encomienda de gestión realizada por la empresa pública TRAGSA que se extinguiría el 30-06-18. Declarados, como en los anteriores, la concurrencia de los presupuestos aplicativos del artículo 44 ET y las restricciones impuestas por la DA 26 LPGE en cuanto a la forma de integración del personal, determina que la Agencia Valenciana de Seguridad y Respuesta a las Emergencias se subrogará antes del 30-11-18 en las relaciones laborales del personal de la brigada de emergencias, ya fueran temporales o indefinidos, con la condición de personal «a extinguir», con los efectos ya descritos en los otros supuestos.

c) Sin embargo, el revuelo mediático suscitado en torno al «personal a extinguir», sobre el que se consideró una suerte de funcionarización encubierta⁷⁹⁸ y, sobre todo, masiva, a causa del alto volumen de trabajadores que se verían beneficiados y que cuantificaban en cerca de 8.000 trabajadores subrogados e integrados en la Administración autonómica valenciana⁷⁹⁹, supuso un intento de freno a esta fórmula, que conllevó que comenzaran a explorarse otras alternativas.

i) En primer lugar, el *Govern del Botànic* trató de introducir en el Anteproyecto de Ley de acompañamiento de a los presupuestos generales de la comunidad autónoma del año siguiente una previsión nueva⁸⁰⁰. Más concretamente, en cuanto a la estabilidad del personal a extinguir, trató de dar un paso atrás estableciendo ahora que debían quedar sometidos a unas pruebas selectivas. Dicha propuesta de introducción de una nueva DA 3 en el Anteproyecto de Ley reiteran los presupuestos que caracterizan a dicho personal, pero matiza ahora que “la inclusión inicial de los nuevos puestos en la propuesta de relación de puestos de trabajo de la entidad que los reciba tendrá carácter transitorio”. Así pues, su apartado tercero prevé que “sin perjuicio de las causas legales de extinción de los contratos de trabajo, el referido personal únicamente podrá perder dicha

⁷⁹⁸ Por ejemplo, véase el artículo de prensa: <https://www.informacion.es/politica/2018/10/26/consell-ahora-frenar-entrada-puerta-6046733.html>

⁷⁹⁹ Por ejemplo, véanse los artículos de prensa: <https://www.informacion.es/politica/2018/10/20/7-500-empleados-concesiones-entraran-5686986.html>; <https://valenciaplaza.com/cada-vez-mas-personal-a-extinguir-y-cada-vez-menos-oposiciones>

⁸⁰⁰ <https://hisenda.gva.es/documents/90590963/165783650/Nuevas+propuestas+anteproyecto+Ley+de+medidas+fiscales%2C%20de+gesti3n+administrativa+y+financiera+y+de+organizaci3n+de+la+Generalitat/3164d5d1-36db-4da1-b94f-0b175f78f0cb>

condición de personal «a extinguir» mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la entidad a la que se incorporan”, de acuerdo con la normativa de acceso al empleo público (propuesta de DA 3.3). A tal efecto, “la convocatoria pública de toda plaza ocupada por personal «a extinguir» para su provisión definitiva, conllevará la previa propuesta de amortización del puesto inicial y de creación de un nuevo puesto de acuerdo con los requisitos establecidos en el convenio colectivo propio de la entidad. Este nuevo puesto será el que se convoque” (propuesta DA 3.4). De esta manera ya no queda garantizada la permanencia sine die en el puesto tal y como venía estipulado en las DDAA de la Ley 21/2017, sino que se introduce una nueva causa de extinción del contrato de trabajo, por lo que en la práctica, nos llevaría de nuevo a la figura del indefinido no fijo. Incluso, podría ser peyorativa para el trabajador, por cuanto que no queda definido en este caso cuál ha de ser el régimen extintivo o la indemnización a percibir, aunque por lógica debería suponer una reconducción al despido por causas de empresa.

En cualquier caso, la cobertura de la plaza «a extinguir» convocada es causa de pérdida de la relación laboral, así lo confirmaban otros pasajes del intento de DA 3 analizado. Por un lado, se afirma que “la efectiva adjudicación del puesto a la persona candidata que haya superado el proceso selectivo supondrá la efectiva amortización y creación previamente propuesta”. Esto es, se admite que la persona que consiga la plaza no tiene por qué ser su ocupante. Y por otro, para el caso en que el personal a extinguir supere las pruebas, se concreta el efecto que ello tendrá: una “modificación sustancial de sus condiciones de trabajo en los términos previstos por la normativa laboral de vigente aplicación”. Y es que, dejarán de aplicarse las condiciones de trabajo que regían antes de la transmisión para aplicarse las propias del cuerpo o escala profesional en que se inserte. Esto es, a todas luces, el sometimiento al proceso selectivo y la novación contractual que proscibía la STJUE de 13 de enero de 2019, *Correia Moreira*, asunto C-317/18).

Bien es cierto que el diseño de esta disposición fue anterior al mentado pronunciamiento del TJUE, sin embargo su inclusión en la versión definitiva de la citada Ley fue igualmente descartada. Y ello, en base a sendos informes emitidos por el *Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana* (CJCCV) y de *l'Advocacia de la Generalitat València*.

i) El primero, mediante su Dictamen n.º 681/2018, de 24 de octubre (expte. 598/18). De entrada, entiende el CJCCV que dicha disposición tiene por objeto establecer, con carácter general y vocación de permanencia, el régimen jurídico del personal a extinguir como fórmula de integración para todos los supuestos de reversión, destacando el órgano consultivo las próximas reversiones que se producirán en el ámbito de los centros de diversidad funcional. Recurre a su anterior Dictamen n.º 150/2018, de 7 de marzo, para recordar que la figura analizada establecida por el legislador autonómico responde a la necesidad de este de dar cobertura jurídica a la subrogación del personal procedente de las concesiones revertidas debido a la dejadez de funciones del legislador estatal y al enrevesado marco jurídico estatal establecido tras la aprobación de la DA 26 LPGE 2017. En cualquier caso, recuerda que allí apuntó que dicha opción no está exenta de dificultades por cuanto que supone la creación de una nueva figura de trabajador no autorizada por el marco normativo básico en materia de empleo público (art. 8 EBEP), aunque

razona que podría justificarse su existencia a consecuencia de la disposición presupuestaria. También recuerda que en aquel otro informe sugería, y subraya en este más reciente, como mejor alternativa la creación de una sociedad mercantil pública para integrar al personal revertido, por las mayores posibilidades de integración que ofrecen en la medida en que se aplica íntegramente el derecho laboral. En este sentido propone alterar el título otorgado a la propuesta de DA 3 (*“Incorporación de personal laboral «a extinguir» en las entidades del sector público instrumental de la Generalitat, excluidos los organismos autónomos y Consorcios”*), por una referencia limitada al sector público empresarial y fundacional.

Mayores críticas recibe el apartado tercero de la propuesta de DA 3, al que le atribuye una «redacción confusa». Y es que, afirma que si la premisa de la integración de este personal era que *“se efectúa con las mismas condiciones que rigen su contrato laboral, de ahí que solo pueda extinguirse de acuerdo con las causas legales de extinción de los contratos de trabajo, sin que las plazas puedan sacarse a convocatoria pública, mediante procesos selectivos”*, asevera que no se entiende ahora que se diga únicamente que perderá dicha condición mediante la superación de las pruebas selectivas vinculadas a esa plaza. Así concluye: *“Si la entidad a la que se incorpora convoca pruebas selectivas, dicho proceso selectivo ha de referirse a otras plazas de la entidad, sin que el personal «a extinguir» esté obligado a presentarse a dichos procesos, pues ya ocupa su plaza. Además, en el supuesto de que el personal «a extinguir» opte por participar en el proceso selectivo en relación con otra plaza de la entidad, será de aplicación lo establecido en el TREBEP, sin necesidad de que apartado 3 que se comenta contenga previsión alguna al respecto (el personal a extinguir optará, en su caso, por la nueva plaza y renunciará a la que tiene como tal)”*.

ii) En el mismo sentido, el Informe Jurídico de la Abogacía de 26 de septiembre de 2018 (ref. C/II/11203/2018 CHME 394/2018), relativo a una consulta planteada por la Dirección General del Sector Público, Modelo Económico y Patrimonio de la *Generalitat* sobre la reversión por parte del IVASS (*Institut Valencià d’Atenció Social-Sanitaria*) de los centros residenciales de personas con diversidad funcional, y también en relación a la posibilidad de someter los puestos del personal «a extinguir» a convocatoria pública se posiciona así: De acuerdo con el apartado tercero de la DA 3 del Anteproyecto de Ley de acompañamiento a los presupuestos el año 2019, *“la amortización del puesto que ocupa dicho personal, solo podrá producirse cuando dicho personal supere unas pruebas selectivas que se convoquen por la entidad en la que se incorporan, y según nuestro parecer, no es posible que los puestos que ocupan, por especial circunstancia en cuanto a su clasificación de estar ocupados por personal a extinguir, se sometan a convocatoria pública, sino que los puestos que se sometan a convocatoria pública y al proceso selectivo que pudiesen superar, deben ser otros que ya estén creados y puedan existir vacantes en la Entidad y que se incluyan en la correspondiente Oferta de Empleo Público”* [los subrayados son míos]

ii) Ante este estado de cosas, la analizada DA 3 desapareció de la Ley de acompañamiento del año 2019. Es más, en la misma se dio un paso atrás. En efecto, mediante Disposición Derogatoria Única la *Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión*

*administrativa y financiera y de organización de la Generalitat para el año 2019*⁸⁰¹ se derogan la DA 9 y la DA 15 de la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, relativas, la primera, a la reversión de centros de diversidad funcional, y la segunda, a la extinción de la encomienda de gestión de la brigada de emergencias de incendios forestales, retractándose tanto en la extinción y reversión, como en la integración como personal «a extinguir».

Sin embargo, mediante la DA 3 definitiva de la Ley 27/2018, se sigue adelante con la reversión de los centros de diversidad funcional, si bien, con alguna alteración, pues reza así: *“Producida la extinción de un contrato de gestión integral de centros de diversidad funcional de titularidad pública, la Generalitat, a través de su Sector Público Instrumental, asumirá la gestión pública de estos centros, conforme al marco normativo vigente”* [el subrayado es mío]. Esto es, parece que se acerca a la fórmula propuesta por el CJCCV de creación de una sociedad mercantil pública para acometer futuras reversiones.

iii) Ello, no obstante, no ha impedido que a la solución seguida para el personal mediante esta fórmula de integración se la haya dotado de una regulación marco en el ámbito valenciano integrándola en la *Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana*⁸⁰². En efecto, el artículo 7 de dicha Ley relativo a la configuración del Sistema Valenciano de Salud, disponía que la gestión de dichos centros podía llevarse mediante cualquiera de las modalidades legalmente previstas de gestión directa o indirecta. Pues bien, tras la reforma operada por el artículo 4 Sexies. Doce de la *Ley 8/2018, de 20 de abril, de modificación de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana*⁸⁰³, el artículo 7.3 viene establecer ahora una preferencia a favor de la gestión directa de carácter público. Además, se añaden nuevos apartados 4, 5, 6, y 7. El primero, establece la subrogación e integración como personal «a extinguir» siguiendo la misma fórmula que la DA 8 Ley 21/2017, posteriormente modificado por el artículo 75 de la *Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat*⁸⁰⁴ que elimina la referencia a la derogada DA 26.Uno LPGE e incluye la referencia al artículo 130.3 LCSP. El apartado quinto establece que *“no será obstáculo a lo anterior la calificación de las plazas que pueda ocupar este personal como propias de personal funcionario o estatutario, pudiendo desempeñarlas transitoriamente en la condición a extinguir, por lo que, cuando deje de ocuparlas, las mismas deberán proveerse de acuerdo a su naturaleza y conforme a los procedimientos adecuados en virtud de la misma”*. Por su parte, el sexto, reitera que la adquisición de la condición de empleado público *“solo podrá hacerse mediante la superación de los procesos normativamente establecidos al efecto y con respeto a los principios*

⁸⁰¹ DOGV n.º 8453 de 28-12-18.

⁸⁰² DOGV n.º 7434 de 31-12-14; BOE n.º 35 de 10-02-14.

⁸⁰³ BOE n.º 117 de 14-05-18.

⁸⁰⁴ BOE n.º 20 de 23-01-15.

constitucionales y legales aplicables". Y, en fin, advierte que en cada supuesto en el que deba aplicarse esta normativa, será necesaria la adopción de normas reglamentarias que la desarrollen.

iv) En otros casos, se han seguido las recomendaciones del CJCCV y se ha procedido a la integración en una sociedad mercantil de capital público. Es el caso, de la extinción de la encomienda de gestión mantenida con TRAGSA del servicio de brigadas de emergencia que, descartada la integración directa como personal a extinguir en la Agencia Valenciana de Seguridad y Respuesta a las Emergencias, tal y como disponía la derogada DA 15 Ley 21/2017. Ahora su régimen jurídico será el previsto en el *Decreto Ley 4/2018, de 9 de noviembre, del Consell, por el que se autoriza la creación de la Sociedad Valenciana de Gestión Integral de los Servicios de Emergencias*⁸⁰⁵.

En efecto, en la exposición de motivos de dicha norma se justifica el cambio de opción en la búsqueda más idónea de conciliación entre las previsiones de la Ley 21/2017 y la falta de dotación en los presupuestos de la Generalitat de 2018 para la incorporación del personal del Servicio de Bomberos Forestales, lo que ha dificultado la materialización de las medidas contempladas. En este sentido, se asevera que el instrumento más adecuado para ajustarse a las necesidades a las que se pretende hacer frente con la recuperación de la gestión es la creación de una sociedad de capital íntegramente público, la denominada SGISE, que tendrá la condición de medio propio instrumental de la *Generalitat Valenciana*.

La DA única prevé el proceso para la incorporación de los más de 900 Bomberos Forestales dependientes de TRAGSA necesarios para la prestación del servicio, cuya integración deberá haber finalizado antes del 01-04-19. A tales efectos, el personal mencionado "se incorporará a la SGISE con la misma relación laboral que tuviere, desempeñando sus tareas con idéntica condición de personal laboral hasta su cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores y con los mismos derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social que tuviere reconocidos" (DA única.1). En todo caso, dicha integración no comportará la adquisición de la condición de empleado público ex artículo 8 EBEP (apartado cuarto). Las relaciones laborales subrogadas seguirán rigiéndose por el convenio colectivo aplicable antes del traspaso, asumiendo SGISE el compromiso de establecer el procedimiento para negociar un nuevo convenio colectivo que permita hacer frente a los pactos en materia salarial alcanzados con las secciones sindicales y los representantes de los trabajadores de TRAGSA antes de la subrogación (apartados segundo y tercero).

d) La evolución posterior ha estado caracterizada por los constantes cambios de criterio, la inseguridad jurídica y las presiones externas e internas del ejecutivo autonómico valenciano. En efecto, además de los procesos de reversión ya consumados, los que están por acometer, parece que van a seguir vías diversas.

⁸⁰⁵ DOGV n.º 8425 de 16-11-18.

i) La creación de una sociedad mercantil pública parece que va a ser el sistema elegido para la reversión de los servicios de Inspección Técnica de Vehículos (ITV) de 25 estaciones gestionadas indirectamente por siete empresas y cuyos contratos públicos llegan a término el 31-12-22. Hasta el momento, lo que se sabe a través de la prensa es que seguirá el modelo de reversión del servicio de Bomberos Forestales, que cuenta con el beneplácito de los sindicatos y la oposición de la patronal. Así como que supondrá la integración de 1.200 trabajadores y que reportará a las arcas públicas, según el informe encargado a una consultora privada, unos ingresos de 39,3 millones de euros anuales toda vez que permitirá reducir las tarifas a los usuarios. El plan se desarrollará en tres fases: 1) del 01-01-21 al 31-12-22 la fase de «preparación» consistente en realizar un inventario de las estaciones existentes, crear una nueva estación que servirá como «proyecto piloto» del nuevo modelo de gestión y crear la Sociedad Pública; 2) la segunda fase de «consolidación» se desarrollará durante el año 2023 y comprenderá la integración del personal y la negociación de un nuevo convenio colectivo, entre otras cuestiones; 3) y en fin, entre los años 2024 y 2026 se llevará a cabo la fase de «expansión» consistente en la construcción de nuevas estaciones y contratación de nuevo personal⁸⁰⁶.

ii) En cuanto al vencimiento de la siguiente concesión sanitaria, el Hospital de Torrevieja (la segunda de cinco) que finaliza el 15-10-21, parece que finalmente se seguirá el mismo modelo del Hospital de la Ribera, la integración como personal «a extinguir» en el Departamento de Salud en los mismos términos que venía dispuesto para el primero en la DA 8 Ley 21/2017 y con amparo en el artículo 7.4 de la Ley 10/2014, de Salud de la *Comunitat Valenciana*. Aunque no ha estado decidido hasta el último momento, en tanto que una parte del gobierno de colación apostaba por seguir el modelo de integración en una empresa pública.

De hecho, a mediados de abril de 2021 se elaboró un Anteproyecto de Decreto Ley para la creación de la Empresa Pública de Salud de la *Comunitat Valenciana* (EPS)⁸⁰⁷. En su exposición de motivos se adjudica el retraso en adoptar la solución para la integración de los 1200 trabajadores que conforman la plantilla del Hospital de Torrevieja debido a la situación de pandemia, que ha provocado que algunas las concesiones que se pretendían recuperar y asumir su gestión directa mediante la EPS hubieran ya expirado y se encuentren ahora en situación de prórroga. También se justifica el cambio de modelo de integración respecto a la anterior concesión sanitaria por la especificidad y peculiaridad de las prestaciones realizadas, las diversas naturalezas de los puestos de trabajo, las estructuras de las plantillas y la preocupación por garantizar una mejor situación de los trabajadores subrogados. Por ello, *“no se considera, en este momento, eficaz su integración en los protocolos y organización de personal de los Departamentos*

⁸⁰⁶ Véanse: https://www.abc.es/espana/comunidad-valenciana/abci-generalitat-asumira-gestion-comunidad-valenciana-202012021606_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com;
<https://www.publico.es/economia/generalitat-inicia-proceso-recuperacion-servicio-itv.html>;
<https://valenciaplaza.com/la-empresa-publica-itv-asumira-todo-personal-beneficios-39-millones>;
<https://valenciaplaza.com/comunitat-encuentra-riesgo-trasmision-comunitaria-sostenida-dificil-control>

⁸⁰⁷ Disponible en <http://www.san.gva.es/documents/155952/9278371/02.+Proyecto+Decreto+Ley++15.04.2021.pdf?version=1.0>

de Salud”, entendiendo que “el instrumento más idóneo para dar una respuesta adecuada y rápida es la creación de una sociedad pública mercantil del Sector Público Valenciano que asuma los servicios sanitarios y sociosanitarios que hasta el momento se prestaban a través de las fórmulas contractuales recogidas en la normativa en materia de contratación pública y que tenga capacidad, además, para acometer la gestión de los servicios sanitarios que le encomiende la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública”. Esto es, mediante este ente instrumental se pretendía revertir tanto los servicios sociosanitarios relativos a la gestión de centros para personas con diversidad funcional, como distintos servicios sanitarios de diversa índole⁸⁰⁸. El régimen jurídico de la subrogación de personal previsto por la DA única era prácticamente idéntico al que se ordenó en el Decreto-ley 4/2018, para la asunción de los trabajadores de TRAGSA por la SGIGE⁸⁰⁹.

Pero como se ha dicho, a finales de junio de 2021 se adoptó la decisión de integrar como «personal a extinguir» siguiendo la fórmula ya aplicada en el Hospital de Alcira, no sin desencadenar tensiones en el gobierno de coalición pues el PSPV era partidario de la creación de la EPS, pero la oposición de sus socios de gobierno (*Compromís* y *Unides Podem*) han podido más a la hora de adoptar la decisión de forma colegiada⁸¹⁰. A ello han contribuido el apoyo de los sindicatos por la gestión directa sin ente instrumental y las constantes protestas de los trabajadores⁸¹¹, así como un nuevo informe de la Abogacía autonómica que recomienda adoptar una forma armonizada para todas las reversiones de la misma naturaleza, señalando el artículo 7.4 de la Ley de Salud como marco jurídico en el que amparar la integración de personal⁸¹²

⁸⁰⁸ **Artículo 3 Anteproyecto Decreto-Ley. Objeto y fines de la sociedad**

“El objeto de la EPS es la prestación y gestión directa de todos los servicios sanitarios públicos procedentes de otras entidades públicas o privadas que se incorporen por reversión al ámbito de gestión de la Generalitat Valenciana, así como por transferencia o por sucesión de empresas, en concreto todos aquellos que, por su especificidad y especialización de cualquier naturaleza no sean susceptibles de estar incluidos en las actividades y protocolos desarrollados por los actuales Departamentos de Salud, así como todos los que les puedan ser encomendados por la Generalitat Valenciana en el ámbito de sus competencias”.

⁸⁰⁹ **DA Única Anteproyecto Decreto-Ley. Personal afectado por la sucesión de empresa**

“1. El personal afectado por la sucesión de empresa se incorporará a la EPS en los términos previstos en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con la relación laboral que corresponda legamente, desempeñando sus tareas con idéntica condición de personal laboral hasta su cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas y con los mismos derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social que tuviere reconocidos.

2. Las relaciones laborales de las trabajadoras y los trabajadores procedentes de las concesionarias de contratos de gestión de servicios públicos en cualquiera de las modalidades previstas por la legislación de contratos, seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de su incorporación a la EPS les fuere de aplicación hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo en el que se incorpore.

3. Este personal no adquirirá la condición de personal empleado público de los artículos 8 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y 14 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública”.

⁸¹⁰ Véanse: <https://elpais.com/espana/comunidad-valenciana/2021-06-24/sanidad-garantiza-la-gestion-directa-del-area-de-salud-de-torrevieja-tras-la-reversion-del-hospital.html>;
<https://www.lasprovincias.es/comunitat/sanidad-anuncia-conselleria-20210624114930-nt.html>

⁸¹¹ Véase: <https://valenciaplaza.com/soledad-pspv-obliga-sanidad-asumir-personal-Torrevieja-igual-alzira>

⁸¹² Véase: <https://valenciaplaza.com/la-abogacia-avisa-de-que-el-decreto-de-la-nueva-eps-choca-con-la-ley-de-salud-y-pide-armonizarlas>

iii) En fin, el debate se traslada en la actualidad a la reversión del servicio público relativo a la realización de las técnicas de diagnóstico por imagen mediante equipos de resonancia magnética, esto es, las unidades de radiodiagnóstico de 10 hospitales públicos autonómicos que comprende a un total de 112 de trabajadores de distintas categorías (radiólogas/os, enfermeros/as, técnicas/os, administrativos/as, etc.), y cuyos contratos administrativos vencieron el 31-10-18, encontrándose en situación de prórroga. En palabras de la *Conselleria de Sanitat* “*la continuidad del servicio objeto del contrato se efectúa bajo la modalidad de enriquecimiento injusto, toda vez que el mismo no ha sido aún objeto de extinción formal por parte de la Administración, una vez finalizado el plazo de duración convenido en aquel...*”. Ante este estado de cosas presentó una nueva petición de dictamen ante el *Consell Jurídic Consultiu* (CJCCV), en la que se solicitaba que se aclarase si la operación de reversión era constitutiva de transmisión de empresa y cuál era la forma idónea para integrar a la plantilla. El órgano, mediante su Dictamen n.º 83/2019 de 13 de febrero (expte. 44/2019) da respuesta afirmativa a la primera cuestión. Respecto a la segunda, repasando lo ya dicho en sus anteriores dictámenes (n.º 150 y 681/2018), que nos encontramos ante una situación de total anomia por parte del legislador estatal, por lo que ha sido su homónimo regional el que ha tenido que buscar respuestas jurídicas para integrar legalmente a la plantilla.

Analiza dos figuras: el «indefinido no fijo» y el «personal a extinguir». La primera la descarta tajantemente, siguiendo los argumentos dados por la doctrina: por su finalidad de origen, por la novación objetiva que supone, por la incompatibilidad del eventual cese con la normativa comunitaria y, sobre todo, porque considera que sigue siendo una figura de necesaria declaración judicial, que supone que la administración deba desatender los principios de buena administración (art. 103.1 CE) al forzar al trabajador a impugnar judicialmente cuando la operación es claramente constitutiva de transmisión de empresa. Algo que carece de lógica cuando la entidad decide voluntariamente la reversión del servicio y es conocedora de sus efectos. Por ello, aunque parece que la anulación de la DA 26.Uno LPGE 2017 por la STC n.º 122/2018, permitiría el recurso a esta figura, el CJCCV estima que siendo excesivamente problemática y que no resuelve el problema.

En cuanto al personal a extinguir, repasa su régimen jurídico, destaca que es una solución proporcionada por el legislador autonómico para coherente la contradicción entre normas de distinto ámbito jurídico y que cuenta con amparo legal (art. 7.4 Ley 10/2014). De no existir esta figura, entiende el CJCCV que necesariamente habría que acudir a los tribunales para que declararan la existencia de sucesión de empresa, no siendo razonable que la *Generalitat* obligue a los trabajadores a pasar por el conflicto judicial. Aunque, aun así, no es una figura exenta de conflictividad en tanto que no cuenta con cobertura legal en la norma básica estatal para los empleados públicos. En consecuencia, “*este Consell estima que, si lo que pretende la Conselleria de Sanitat Universal y Salud pública es acordar, tras la reversión del servicio público prestado por ERESA, la subrogación directa del personal afectado por la sucesión de empresa ex artículo 44 ET, sin tener que incumplir el mandato legal ni acudir por consiguiente a los tribunales, la figura más acorde con dicha posibilidad es la de su incorporación como «personal a extinguir». Dicha figura queda además avalada por la previsión legal contenida en el citado artículo 7.4 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana, sin que conste que haya sido cuestionado dicho precepto por la Administración Estatal*”.

Si bien, recuerda e insiste, en la creación de una sociedad pública como mejor opción, ya que sus plantillas no son consideradas empleados públicos, se rigen íntegramente por el derecho laboral y pueden ser integrados directamente con la condición de fijos de plantilla. Opción esta que ya no es exactamente así a la luz de la más reciente jurisprudencia que, como vimos, determina que el personal integrado en estas también es indefinido no fijo⁸¹³.

En cualquier caso, parece que existe cierto consenso en el *Govern del Botànic* (entre *PSPV* y *Compromís*), al menos hasta fechas recientes, en cuanto a subrogar a este personal mediante la creación de la denominada EPS. De hecho, descartada la integración en la citada sociedad del personal procedente del Hospital de Torrevieja, se ha propuesto la modificación de su artículo 3 para limitar su objeto social a la gestión del servicio de resonancias magnéticas y del servicio de farmacia socio-sanitaria de las residencias públicas⁸¹⁴. Pero entiendo que el capítulo no está cerrado todavía, en tanto que cuenta con la oposición de uno de los socios de gobierno (*Unides Podem*)⁸¹⁵, de los sindicatos⁸¹⁶ y con protestas de los trabajadores que se están desarrollando en estos días (finales de junio y principios de julio de 2021)⁸¹⁷.

e) El debate, por tanto, sigue abierto. La reciente *Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana*⁸¹⁸ dispone la creación, en el marco del diálogo social, de una «Comisión de Estudio y Debate para la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados» (artículo 101.1.b), la cual ha sido creada mediante la *Resolución de 30 de junio de 2021, de la consellera de Justicia, Interior y Administración Pública, por la que se crea la Comisión de Estudio y Debate para la Reversión de los Servicios Públicos Externalizados* (DOGV n.º 9120 de 05-07-21).

2. El «Personal subrogado» de creación doctrinal

Por otro lado está lo que la doctrina científica ha pasado a denominar el «personal subrogado». Vaya por delante que, a mi juicio, su régimen jurídico es esencialmente el mismo que el del personal «a extinguir» aunque, como se verá, un sector doctrinal ha llegado a considerar – al menos puntualmente– que a efectos extintivos se aproxima al «indefinido no fijo» por cuanto que permite convocar la plaza ocupada. Si bien, en la medida en que se trata de una elaboración doctrinal, esta diferencia entiendo que no tiene base jurídica alguna.

⁸¹³ Capítulo noveno, apartado I.4.2.

⁸¹⁴ Véase: <https://valenciaplaza.com/compromis-alega-a-la-empresa-publica-de-salud-para-dejar-fuera-la-reversion-de-concesiones>

⁸¹⁵ Véase: <https://valenciaplaza.com/unides-podem-alega-contra-la-inclusion-de-los-radiologos-en-la-eps-y-rechaza-la-formula-mercantil>

⁸¹⁶ Véase: <https://valenciaplaza.com/cesm-cv-apoya-la-oposicion-a-que-una-empresa-publica-gestione-las-resonancias>; <https://www.lasprovincias.es/comunitat/sindicatos-sanidad-hospitales-20210625125104-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.lasprovincias.es%2Fcomunitat%2Fsindicatos-sanidad-hospitales-20210625125104-nt.html>

⁸¹⁷ Véase: https://www.consalud.es/autonomias/c-valenciana/radiologos-trabajadores-torrevieja-alzira-protestan-reversion-ximo-puig_96287_102.html

⁸¹⁸ DOGV n.º 9065 de 20-04-21; BOE n.º 127 de 28-05-21.

A) El autor que mayores esfuerzos ha realizado en delimitar en qué consiste la figura del personal subrogado es el profesor MAURI MAJÓS. En su primera aproximación⁸¹⁹, reconoce que toma la denominación prestada de DE SOTO RIOJA, y debemos recordar que aquel autor la utilizó para hacer referencia al sistema del sistema integración diseñado en la DA 4 de la Ley 1/2011, de reestructuración del sector público andaluz. Dicha norma fue avalada por numerosas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, algunas incluso llegaron a utilizar también esta expresión. Por ejemplo, entre otras, la STS (CA) de 17 de febrero de 2016 (rec. 3944/44), se propone a examinar el recurso *“amparado también en la letra d) del mismo artículo 88.1 LJCA, reprocha de nuevo la vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución; pero ahora es planteada desde esta concreta perspectiva: «en relación a la generalización de la figura del personal subrogado frente a la preferencia constitucional por el régimen estatutario» (sic)”*.

Sin embargo, aunque la mencionada DA 4 no utilizaba expresamente la denominación de «personal a extinguir», la delimitación jurídica que realizaba de este tipo de integración encajaba perfectamente con la de esta figura según sus precedentes históricos, en tanto que no supone su incorporación como empleado público, mantiene el régimen laboral y el estatus profesional de origen y solo podrá convertirse en servidor público tras la superación de unas pruebas selectivas de conformidad con los principios de mérito y capacidad⁸²⁰.

a) Con todo, MAURI MAJÓS, haciéndose eco de los precedentes de la Sala Tercera recaídos en interpretación de dicha norma autonómica⁸²¹, considera esta tipología de «personal subrogado» como alternativa a la integración por sucesión de empresa como indefinido no fijo desde una perspectiva subjetiva. En efecto, es la denominación que otorga al trabajador que por aplicación del instituto de la sucesión de empresa, y en la búsqueda de un equilibrio entre la estabilidad en el empleo y las normas de acceso al empleo público en unos puestos y plazas que, *“por sus especiales características no van a poder integrarse en los instrumentos de ordenación del personal preexistentes, deben continuar existiendo en la condición de «a extinguir» hasta su amortización con ocasión de vacante”*⁸²². Dicho con otras palabras, es la plaza lo que recibe la denominación de «a extinguir» tal y como disponía la DA 1 de la LMRFP, mientras que al trabajador le denomina personal subrogado, aunque no hay diferencias sustanciales con el primero.

Reafirma esta tesis el autor en un estudio más reciente, donde califica de *“expresión enigmática la de «a extinguir» que en este contexto parece referirse más a una especial posición o situación de la persona con una relación laboral privada en un entorno de naturaleza pública, sin que se acabe de definir en qué consiste este particular estatus más allá del antecedente que suponen los textos anteriores en los cuales parece claro que la posición «de a extinguir» se predica*

⁸¹⁹ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 114 y ss.

⁸²⁰ También destaca que esta nueva solución del personal subrogado se inspira directamente en el «personal a extinguir», J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 16/28 pdf descargado.

⁸²¹ Véanse todas las sentencias citadas en el capítulo noveno, apartado I.3.3.

⁸²² Cfr. J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 116.

de los puestos o de las plazas y no de las personas que los ocupan”⁸²³. En definitiva, lo que afirma es que el personal «a extinguir» no es una condición «subjética» del trabajador subrogado, sino una condición «objetiva» de la plaza ocupada. En este sentido, se ha pronunciado también la reciente STSJ (CA) Aragón de 19 de marzo de 2018, rec. (214/15) que confirma que la condición de a extinguir no se le atribuye al contrato de trabajo ni tampoco al trabajador, sino a la plaza. Esto, en definitiva, lleva a la conclusión de que no se crea ninguna figura de empleado *sui generis*, sino que es un simple trabajador indefinido o fijo en el sentido de la legislación laboral.

En cualquier caso, también defiende se trata de una fórmula que permite mantener los vínculos contractuales, circunstancia esta de la que no se puede escapar por aplicación del artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE, sin que ello suponga la integración como empleado público⁸²⁴. De esta manera, en términos similares a cómo otro se expresa el otro sector de la doctrina que apuesta por el personal a extinguir, afirma que esta integración “*en la práctica supone la aparición de una segmentación de personal subrogado o personal procedente de una obligación de subrogación por aplicación del artículo 44 ET, un personal que deviene fruto de una operación que, recordémoslo, no puede ser calificada de ilegal, gratuita o discriminatoria a partir de los datos existentes*”⁸²⁵. Incluso, alude a la fórmula para materializar esta situación en los instrumentos de planificación de recursos humanos del sector público: afirma que los puestos de trabajo «a extinguir» deberían constar en un anexo de las plantillas presupuestarias y de las relaciones de puestos de trabajos de las Administración que cuenten con este tipo de plazas.

b) Ahora bien, a mi juicio introduce un elemento distorsionador de la figura del «personal a extinguir» o, si se prefiere, en términos usados por él, el «personal subrogado» en una «plaza a extinguir». Y es que afirma que esta alternativa de integración es un «punto de llegada» en la gestión de la Administración, pero también es un «punto de partida». Y ello es así, porque entiende que la entidad pública empleadora debe proceder a regularizar esta situación, incluyendo las plazas en la correspondiente OEP y celebrando los procesos de selección reglados. Así pues, reconoce que si bien esta situación da la oportunidad de consolidar su posición como empleado público, también puede dar lugar a la pérdida del empleo. Pero, en cualquier caso, entiende que no sería una pérdida de empleo causada por la transmisión de empresa, sino por una causa independiente basada en la necesidad de redimensionar sus efectivos. Más concretamente, parece que la causa será la organizativa por una duplicidad de funciones o de efectivos⁸²⁶.

⁸²³ Cfr. en J. QUESADA LUMBRERAS Y OTROS, “Título III. Aspectos jurídico-administrativos”, cit., p. 144.

⁸²⁴ En este sentido, Ávila Cano afirma. “*Entiendo que esta posición es más congruente, sin duda, con el derecho comunitario y con los derechos de los trabajadores e intuyo que por aquí iría la normativa en este sentido si el legislador decide de una vez abordar estos temas con honradez y determinación y con el interés público como guía*”. Cfr. E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 241.

⁸²⁵ Cfr. J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 116.

⁸²⁶ *Ibid.*, pp. 121-122. En un sentido similar, F. A. RODRIGO SANBARTOLOMÉ, “El contrato de trabajo y la finalización de las contrataciones: el caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas”, cit., p. 107.

Pero como decía al principio esta última matización es poco sustentable jurídicamente. Primero, debe apuntarse que dichas consideraciones formuladas por el autor seguido se producen con anterioridad a la aprobación de la LPGE del año 2017. Segundo, que la convocatoria de la plaza ocupada por el personal subrogado casa malamente con la propia dogmática jurídica de la «plaza a extinguir», que presupone el mantenimiento de la relación laboral hasta que se extinga por las causas legales generales y sin que se incluya una nueva causa extintiva. Y tercero, que no puede considerarse compatible con la regulación sobre sucesión de empresas, por más que el autor reafirme que sí lo es, en tanto en cuanto se cumple primero con el mandato de subrogación y luego con el mandato de celebrar las pruebas selectivas pues, según su opinión, la posterior extinción no implica desconocer la normación de la sucesión de empresa.

En este caso, considero, que poca diferencia habría con el «indefinido no fijo» que previamente ha criticado por conllevar una «novación objetiva» al transformar el contrato indefinido en temporal⁸²⁷. Cuando se formulan estas apreciaciones entiendo que no estamos prestando atención a meros conceptos terminológicos, sino que la transformación se produce por la inserción real de una cláusula resolutoria en el contrato que se actualizará con la cobertura del puesto. Debo decir a su favor que es cierto que, aunque expresamente no lo diga, al remitir al despido por causas de empresa y definirla como una causa «independiente» de la transmisión, entiendo que más que al régimen ordinario del «indefinido no fijo» parece que los efectos se equipararían al de este tipo de empleado cuando ocupa una plaza de naturaleza funcional. En este caso, la cobertura de la plaza definitiva por un funcionario de carrera que no sea el propio trabajador indefinido, no actualizará la condición resolutoria con la imposición de los efectos indemnizatorios del despido por causas de empresa, sino que habría que recurrir al régimen íntegro de este último. Ello proporciona una posición ciertamente algo más estable, habida cuenta de que la extinción tiene que identificarse primero con las causas previstas para el despido objetivo en las AAPP, se debe probar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva, y además, seguir el procedimiento colectivo cuando afecte a un umbral de trabajadores suficientes.

Pero, en cualquier caso, insisto de nuevo, en que no deja de contrariar la STJUE de 13 de enero de 2019, *Correia Moreira*, asunto C-317/18, en tanto que hay un sometimiento a las pruebas selectivas –si bien no es obligatorio, es la única opción de conservar el empleo– derivada de una novación contractual que introduce una cláusula de temporalidad en la relación laboral indefinida antes de la transmisión en tanto que puede extinguirse por no superar las pruebas convocadas. Máxime, si como señala el autor, las entidades públicas hacen uso de la prioridad de permanencia establecida en la DA 16 ET que sitúa al trabajador subrogado en una posición peyorativa sin que haya otra causa que lo justifique que no sea la mera subrogación. Es cierto que, en abstracto, lo

⁸²⁷ En el mismo sentido: J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 152.

En efecto, no faltan casos entre la doctrina en que se equipara al indefinido no fijo con el personal a extinguir, lo que a mi juicio es una confusión. Véase: J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., pp. 103-105.

justificaría el hecho de que no se haya sometido al procedimiento previsto en el EBEP para el acceso al empleo público, pero es que ese trabajador nunca pretendió acceder al empleo público, sino que tiene derecho a conservar su puesto debido a un cambio de empresario.

Ahora bien, más recientemente, parece que abandona la denominación de «personal subrogado» y normaliza la de «personal a extinguir» señalando que no deba extrañarnos que se deduzca esta condición de la DA 26 LPGE habida cuenta de la experiencia histórica en nuestros procesos de reestructuración en el sector público en los que se ha empleado⁸²⁸.

B) En efecto, es tras la aprobación de dicha norma presupuestaria y la prohibición de incorporar al personal proveniente de las empresas contratistas en Administraciones públicas con la condición de empleo público lo que ha avivado entre la doctrina el empleo de la supuesta nueva figura del «personal subrogado». Se trata de una opción que parecería desprenderse de la imposibilidad de integración como empleado público en la DA 26 LPGE 2017⁸²⁹.

En palabras de la profesora LÓPEZ CUMBRE, se trataría de *“una nueva categoría, la del trabajador subrogado, que permanece en el ámbito público con un estatuto propio –el que laboralmente garantiza el art. 44 LET– sin que le sean de aplicación los principios, reglas, procedimientos y normas del empleo público”*. En definitiva, de la lectura de la malograda DA 26 LPGE se deducía que, no admitiendo la integración como empleado público pero sin desconocer la aplicabilidad de las reglas sobre sucesión de empresa, el legislador *“admitiría así un nuevo tipo de trabajadores no empleados públicos pero sí vinculados, como consecuencia de la subrogación, a la Administración o a una entidad de derecho público con una relación laboral”*⁸³⁰. La autora distingue perfectamente entre el personal a extinguir y esta «nueva figura laboral», que presupone una categoría de trabajadores del sector público extramuros de la legislación sobre empleo público. Esta interpretación, que ha venido dada por la conflictiva norma presupuestaria, sería la que permite coordinar el artículo 44 ET con las reglas de acceso al empleo público⁸³¹.

C) En cualquier caso, a mi entender la solución es exactamente la misma, ya sea porque desde una perspectiva subjetiva se considere al trabajador subrogado como «personal a extinguir», o porque desde una perspectiva objetiva sea la plaza la que merece la calificación de

⁸²⁸ En J. QUESADA LUMBRERAS Y OTROS, “Título III. Aspectos jurídico-administrativos”, cit., p. 152.

⁸²⁹ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 111. C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, cit., p. 150. L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 145. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 17/28 pdf descargado.

⁸³⁰ Cfr. L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 146 y 147. En el mismo sentido, F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 114.

⁸³¹ En el mismo sentido: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 40/45 pdf descargado. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 17/28 pdf descargado.

«a extinguir» y el trabajador que la ocupa por subrogación («personal subrogado») sea un trabajador indefinido común cuya relación laboral se rige exclusivamente por la legislación laboral, lo que determina que tenga un régimen jurídico diverso al del personal laboral ex art. 8.2 EBEP⁸³².

a) De todos modos, la doctrina lo ha considerado un «cuarto género»⁸³³ que conduce a una especie de «situación congelada»⁸³⁴. Lo más frecuente es que, entre las delimitaciones que realiza las autoras y autores no se encuentren apenas diferencias⁸³⁵, o que se reconozca abiertamente su identidad⁸³⁶ o, incluso, que se fundan entre sí los términos llamándole «trabajador subrogado a extinguir»⁸³⁷. En cualquier caso, la mayoría de estos autores citados ven con buenos ojos la aplicación de esta figura para compatibilizar los sectores del ordenamiento jurídico enfrentados de una forma más o menos satisfactoria⁸³⁸. No son pocos los que defienden que se imponga “*la lógica jurídica de aplicar la normativa sucesoria laboral (Directiva 2001/23/CE y art. 44 del ET) con todas sus consecuencias, de manera que se estaría ante la nueva figura jurídica del personal laboral subrogado que presta servicios en una Administración Pública*”. No obstante ello, reconocen que esta posible solución hermenéutica no deja de ser problemática por la creación de una nueva figura de personal laboral no prevista en el EBEP⁸³⁹.

⁸³² M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 72. Si bien, se acepta como diferencia el hecho de que el «personal a extinguir» sea utilizado para situaciones concretas y determinadas, constituyendo una respuesta individualizada, generalmente, en el ámbito de la reestructuración de AAPP, lo que dificultaría extraer como solución general para supuestos no expresamente previstos, con un soporte jurídico (J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 151.); mientras que el personal subrogado, que «se deduce» que surge de una normativa general como lo es la DA 26 LPGE sí que tendría ese carácter general.

⁸³³ D. MARTÍNEZ SALDAÑA; R. ARRIBAS ARRANZ, “Reversión e internalización de contratos en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, cit., p. PR-7.7. En el mismo sentido: X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 4/9 pdf descargado.

⁸³⁴ M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, cit., p. 110.

⁸³⁵ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 39/45 y ss. pdf descargado.

⁸³⁶ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 16/28 pdf descargado.

⁸³⁷ M. GARCÍA PÉREZ, “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao [Ref. BIB 2020/9230]”, cit., p. 29/44 pdf descargado.

⁸³⁸ También, E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 248. En el mismo sentido, J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., pp. 176-177. Este último, defiende que la creación de una nueva categoría que carezca de la condición de empleado público solventaría el problema tanto si se integra directamente en una Administración, como si lo hace en una sociedad pública ya existente o de nueva creación. Aunque requeriría, eso sí, la elaboración de un nuevo estatuto profesional que definiera sus contornos. Con todo asume, que la solución que él mismo defiende carece de un soporte jurídico suficientemente cimentado para que esta figura pueda establecerse prolongadamente en el tiempo sin un régimen jurídico expreso.

⁸³⁹ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ Y OTROS, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, cit., p. 50.

Sin obviar, por supuesto, que también existen voces discrepantes. Así, FALGUERA BARÓ manifiesta que se trata de una solución que busca huir del derecho administrativo⁸⁴⁰. O CAVAS MARTÍNEZ, quien expone que si se considera al indefinido no fijo una anomalía jurídica, “*no menos incómoda jurídicamente y origen de todo tipo de problemas sería esta nueva categoría del personal laboral subrogado no empleado público en situación de provisionalidad*”⁸⁴¹. Y tampoco convence a BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ que, como ya dijimos considera que la figura del indefinido no fijo es la «menos mala», en tanto que esta otra solución sitúa al personal subrogado en un escenario de incertidumbre mayor debido “*al más absoluto de los silencios normativos*”, toda vez que introduce “*una nueva segmentación en un contexto ya de por sí complejo*” y que requeriría “*la articulación de un nuevo e integral acervo de reglas para este colectivo*”⁸⁴². Incluso entre quienes defienden esta como la mejor solución entre las posibles admiten que el trabajador queda en una suerte de «limbo», desprovisto de régimen jurídico y sujeto a una posible reprivatización de la gestión⁸⁴³.

b) También los tribunales se han pronunciado sobre esta figura que, desde luego, no es nueva en nuestro panorama jurídico. En contra, la STSJ Galicia (CA) de 21 de julio de 2011 (rec. 308/08) que estima que “*al establecer el Concello las plazas en cuestión como laborales “a extinguir” ello supone a todas luces el otorgamiento de una estabilidad de la misma incompatible con la naturaleza temporal de las mismas. Las plazas están así relacionadas con puestos y actividades todas ellas referidas al ámbito específico de las funciones públicas de gestión y ordenación administrativa. Y, por último, supone un desconocimiento y actuación antijurídica del ayuntamiento que ha pretendido una incorporación de dicho personal procedente de la anterior empresa recaudadora en la estructura de la administración local sin el cumplimiento de los preceptivos sistemas de acceso a la función pública que se rigen por los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 23 CE)*”. Tampoco considera acertada esta solución la ya citada STSJ (CA) Andalucía (Granada) de 23 de enero de 2018 (rec. 600/16)⁸⁴⁴, y que descarta tanto la fijeza, como la indefinición, como la figura del «personal subrogado» entendiéndolo por tal a aquel que se incorpora en la organización pública pero sometido al Estatuto de los Trabajadores y a las normas colectivas de aplicación. Entiende que la fórmula de conciliar ambas normas enfrentadas no puede conllevar la creación de una “*categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art 44 ET [...] Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico*”.

En sentido contrario las SSTSJ Aragón de 19 de marzo de 2018 (rec. 214/15) y de 28 de marzo de 2018 (rec. 216/15) convalidan esta solución cuando viene aplicada por una disposición

⁸⁴⁰ M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contratos en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 73.

⁸⁴¹ F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, cit., p. 155.

⁸⁴² Cfr. I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 90.

⁸⁴³ C. L. ALFONSO MELLADO, “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, cit., p. 34.

⁸⁴⁴ Siguiendo a otras muchas anteriores, SSTSJ (CA) Andalucía (Granada) de 10 de marzo de 2014, rec. 938/10; de 16 de diciembre de 2013, rec. 1672/09; de 18 de noviembre de 2013, rec. 1409/09; de 4 de noviembre de 2013 (2), rec. 1503 y 3146/09; de 28 de octubre de 2013, rec. 1407/09.

con rango de ley y que, además, como ya hemos referido, no la considera una nueva figura de empleo público o privado sino que lo que se califica como «a extinguir» es plaza, mientras que el empleado subrogado es un trabajador indefinido ordinario a efectos de la legislación social.

3. El análisis de oportunidad y conveniencia de ocupar «plazas a extinguir» mediante personal laboral común subrogado

3.1. La posible necesidad de una habilitación legal para su aplicación

Si hay un aspecto en el que coinciden prácticamente todas las autoras y autores que han defendido o admitido esta posible forma de integración es que necesita ineludiblemente de una habilitación legal de carácter básico para que pueda aplicarse en todas las administraciones públicas⁸⁴⁵. Máxime, cuando se ha derogado la disposición presupuestaria a la que se le atribuía el carácter de habilitación legal básica. Por ello, algunos autores defienden como solución al problema de la integración del personal procedente de las empresas contratistas por subrogación que debería hacerse una «reforma legal ordinaria» en el EBEP que introdujese lo previsto en la DA 26 LPGE anulada. Téngase en cuenta que la inconstitucionalidad de dicha norma no fue por cuestiones de fondo, sino por el instrumento jurídico elegido por el legislador para introducirla⁸⁴⁶.

O, cuanto menos, si no se considera necesaria dicha habilitación legal, la misma sería deseable, ya se hiciese mediante una Ley autonómica para su ámbito territorial o mediante una Ley estatal de carácter básico⁸⁴⁷. A mi juicio, preferentemente la segunda, porque a menos que alguna comunidad autónoma como la valenciana la lleve a cabo, el marco de incertidumbre jurídica no cambiaría. Además, incluso en esta, tal y como está diseñada, no da cobertura jurídica a las reversiones realizadas por administraciones locales que se sitúan en su territorio, en la medida en que la normativa legal que lo prevé es para servicios de su propia competencia (como la Ley de salud pública valenciana para el personal estatutario). En cambio otras, como Navarra, ha apostado por la figura del «indefinido no fijo». Sería necesario, en consecuencia, que las soluciones fueran homogéneas en todo el territorio nacional. También se reclama la intervención del legislador porque se estima necesaria la delimitación de su régimen jurídico⁸⁴⁸.

⁸⁴⁵ Entre otras, M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “Condiciones de subrogación en contratos de trabajo. El artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público”, cit., p. 881. En el mismo sentido, J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 151.

⁸⁴⁶ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., p. 21/28 pdf descargado. En el mismo sentido M. GARCÍA PÉREZ, “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao [Ref. BIB 2020/9230]”, cit., p. 32/44 pdf descargado.

⁸⁴⁷ C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 42.

⁸⁴⁸ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 114.

Sin embargo, dejando de lado esta última cuestión para los apartados siguientes, debemos admitir que si bien dicha intervención es harto recomendable no la consideramos en absoluto imprescindible. Es cierto que su existencia proporcionaría un marco de cobertura para todas las operaciones de sucesión de empresa, aportando seguridad jurídica a la integración del personal. Pero es menos cierto que hasta el momento la solución mayoritariamente aplicada por los tribunales no cuenta con ese marco jurídico, salvo algunas pocas disposiciones aisladas que no aportan mucho más que lo que previamente había dictaminado la jurisprudencia.

Por ello, entiendo que la aplicación del personal subrogado o a extinguir también podría llevarse a cabo mediante una aplicación judicial, sin que la falta de normativa específica suponga un requisito *sine qua non*. Para empezar, porque conforme a los mandatos del derecho comunitario, las autoridades judiciales nacionales deben modificar su propia jurisprudencia cuando se base en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de la Directiva. De esta forma debe llegarse a la conclusión, como venimos afirmando, de que el indefinido no fijo no es una solución conforme a la luz de los objetivos y finalidades de la Directiva 2001/23/CE. Sobre todo, porque constituye un «acto aclarado» que, al trabajador subrogado en el marco de una transmisión de empresa en la que la empresa cesionaria es un organismo de derecho público, no se le puede someter a un proceso de selección público ni puede novarse su contrato en un sentido peyorativo. En consecuencia, *“el tribunal nacional no puede considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho”*⁸⁴⁹. Como ya hemos dicho reiteradamente, mediante el principio de interpretación conforme, el juez nacional *“está obligado, cuando aplica las normas del Derecho interno adoptadas con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una directiva, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta”*⁸⁵⁰ [el subrayado es mío]. Estos planteamientos han sido recordados en la más reciente jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la política social europea (STJUE de 3 de junio de 2021, *IMIDRAA*, asunto C-726/19).

En este sentido, en la también reciente STJUE de 11 de febrero de 2021, *Agiou Nikolaou*, (asunto C-760/18, ap. 71-75), se ha pronunciado sobre el alcance de la Cláusula 5 del Acuerdo Marco contenido en la Directiva 1999/70/CE, y el Tribunal ha dictaminado que las previsiones constitucionales que prohíben la conversión del contrato temporal en indefinido al prescribir la observancia de un procedimiento selectivo de acceso al empleo público basado en criterios objetivos debe claudicar si, ante la falta de otras medidas equivalentes efectivas, el órgano judicial aprecia que la conversión en fijo permite alcanzar el efecto útil de la mencionada directiva. En este

⁸⁴⁹ Cfr. STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Bauer*, asuntos C-569 y 570/17, ap. 68. En el mismo sentido SSTJUE de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri*, asunto C-441/14, ap. 33-34; de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, asunto C-414/16, ap. 72 y 73. Con mayor detalle: capítulo segundo, apartado II.3.

⁸⁵⁰ STJUE de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, asuntos C-397, 399, 400, 401, 402 y 403/01, ap. 119.

sentido, permite recurrir a disposiciones de una antigua normativa nacional que, aun no siendo de aplicación al sector público, “*autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público*”.

Es más, recuerda que si los métodos de interpretación reconocidos por el derecho nacional permiten interpretar una norma del ordenamiento interno, reduciendo su alcance y aplicándola solo en la medida en que resulte compatible con otra, tiene la misma obligación de seguir esta misma pauta de actuación para alcanzar el resultado perseguido por la Directiva comunitaria⁸⁵¹. Por ello, trasladado a los casos que nos ocupan ahora, la autoridad judicial nacional, si aprecia la existencia de una normativa jurídica que se preste a ser interpretada y aplicada para alcanzar los objetivos de la Directiva en materia de transmisión de empresas, debe hacerlo. Así se posiciona la más solvente doctrina científica en materia de las instituciones de Derecho Europeo quienes afirman que sería un obstáculo a la obligación de interpretación conforme que no haya normas nacionales en vigor que puedan ser tenidas en cuenta para alcanzar el resultado de la Directiva en cuestión⁸⁵².

Pero en este caso sí que las hay, previstas para otros supuestos muy afines, cuales son la incorporación de personal de entidades del sector público sometidas a derecho privado cuyo acceso no cumplió con los estándares previstos en el EBEP en entidades de derecho público que sí deben seguir estrictamente los procedimientos de acceso regulados en el art. 55 y ss. de la norma estatutaria básica. Por ello, aquí sí que puede afirmarse que hay una identidad de razones para extrapolar esta normación de las reestructuraciones del sector público a las reversiones de servicios gestionados por empresas privadas. La diferencia entre el personal seleccionado por sociedades públicas y por empresas contratistas privadas es tan solo la aplicación de unos «principios» (DA 1 EBEP) sin más garantías que las que pueda establecer su propia normativa de creación o la negociación colectiva. Por ello se prevé esta figura, porque no puede establecerse una presunción de que la efectividad de la plasmación de dichos principios en los sistemas de selección que se usan en estas sociedades públicas se adecúe al que debe operar en las entidades de derecho público. Nos hemos hecho eco a lo largo de este capítulo de sentencias muy recientes en las que el personal de estas empresas públicas accede de forma temporal mediante simples entrevistas, acompañadas quizás de una baremación de la experiencia previa y, luego, acaba adquiriendo la indefinición. Así fue la contratación del personal de los Consorcios «UTEDLT» como hemos sabido recientemente por la STS de 17 de septiembre de 2020 (rec. 154/18) cuya selección se realizó “*conjuntamente entre el Servicio Andaluz de Empleo y el Consorcio correspondiente, a propuesta del municipio en el que vaya desarrollar su actividad principal, entre personas inscritas como demandante de empleo previa presentación de ofertas genérica convocatoria pública de los municipios consorciados, consistiendo el proceso selectivo en una entrevista (seis puntos) y en una valoración del curriculum de los candidatos (cuatro puntos)*”.

⁸⁵¹ STJUE de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, asuntos C-397, 399, 400, 401, 402 y 403/01, ap. 116.

⁸⁵² A. MANGAS MARTÍN; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, cit., p. 429.

Como puede verse, pese a ser entes del sector público no difiere mucho la selección de la que pueda darse en cualquier empresa ni el respeto a los principios de mérito y capacidad es tal que permita crear diferencias entre ambas. Y, por desgracia, no es un caso aislado.

Así las cosas, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con múltiples referentes normativos, tanto de carácter estatal como autonómico, del personal «a extinguir» que permite alcanzar los objetivos de la Directiva en la medida en que mantiene el empleo de los trabajadores subrogados con los mismos derechos y obligaciones que tenían en la empresa cedente. Debe tenerse en cuenta que el TJUE no prejuzga la forma jurídica en que deba integrarse, sin que sea relevante que el trabajador sea empleado público o empleado laboral común. Lo que le interesa es garantizar la novación subjetiva de la persona del empleador sin alteración objetiva del contrato de trabajo. Si los trabajadores se integran como personal regido íntegramente por el Estatuto de los Trabajadores sin considerarse empleados públicos o sin que se les aplique el régimen jurídico de estos no es relevante, en tanto que conserve su estatus profesional y su empleo tras el traspaso de una entidad económica que mantenga la identidad.

Podría argumentarse en contra que son normas dictadas *ad hoc* para operaciones específicas en las que hay una subrogación de personal y no diseñadas para una aplicación generalizable. Con todo, a mi entender ello ya proporciona mayor sustento jurídico que el que en su día motivo la «creación» o «invención» jurisprudencial del indefinido no fijo y que venimos aplicando «descontroladamente» desde hace ya algunas décadas. A mayor abundamiento, como acertadamente ponen de manifiesto la SSTSJ Aragón de 19 de marzo de 2018 y de 28 de marzo de 2018 –y así lo ha afirmado también un sector doctrinal–, esta solución no supone crear una nueva figura de personal, pues ya existe y no es más que un trabajador sometido íntegramente a la legislación laboral, sin que quepa aplicar ninguna norma relativa al empleo público. No hay riesgo de que su aplicación se expanda o su interpretación se des controle como sucede con el indefinido no fijo. Únicamente adquirirá esta condición mediante subrogación empresarial, además de los supuestos tipificados legalmente, y mantendrá durante toda su vigencia el régimen jurídico profesional que le corresponda de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos que les sean aplicables por razón de su actividad. Simplemente cabe acudir a un recurso típicamente empleado en la gestión de las Administraciones públicas de los instrumentos de ordenación del personal, esto es, declarar la plaza «a extinguir».

3.2. Las dudas acerca del alcance de la «necesidad de superar pruebas selectivas para adquirir la condición de empleado público»

Esta es una cuestión que se ha analizado anteriormente con exhaustividad atendiendo a los precedentes normativos existentes y su interpretación. Pese a alguna opinión discordante –que incluso puede afirmarse que ha quedado posteriormente corregida–, cabe afirmar con certeza que estas plazas deben quedar excluidas de la convocatoria pública y de su cobertura por el

procedimiento reglamentario⁸⁵³. La plaza «a extinguir» nunca podrá incluirse en los instrumentos de ordenación del personal, sino que deberían constar en un anexo de las plantillas presupuestarias y de las relaciones de puestos de trabajos de las Administraciones que cuenten con este tipo de plazas⁸⁵⁴. Esto implica, como afirmaba el CJCCV en sus dictámenes sobre el sistema empleado por la administración valenciana en la reversión del Hospital de La Ribera, que esas concretas plazas no serán incluidas en las ofertas de empleo público, ni en las convocatorias de los procesos selectivos. Si se reconoce que el personal ocupante de una «plaza a extinguir» puede adquirir la condición de empleado público en la Administración empleadora es concurriendo a la selección de otra plaza vacante, en cuyo caso, la suya quedaría desierta y sería automáticamente amortizada. En este punto ya se podría incluir una en la RPT una plaza de carácter ordinario, de acuerdo con la naturaleza laboral o administrativa del puesto, y activar su cobertura reglamentaria.

También hemos visto como en algún supuesto concreto, ciertamente antiguo, como el de las escuelas ikastolas, la regulación preveía, con carácter excepcional y por una sola vez, la realización de unas pruebas restringidas a fin de homogeneizar las plantillas del Cuerpo de funcionarios docentes de la comunidad autónoma vasca. Ahora bien, como se ha dejado constancia, el Tribunal Constitucional, reiterando su conocida doctrina al respecto, se ha mostrado en tiempos cercanos especialmente restrictivo con este tipo de pruebas que considera excepcionales aunque persigan el legítimo fin de reducir la temporalidad en el sector público y pueda entenderse amparado desde resoluciones del TJUE (como la sentencia *Sánchez Ruíz*, de 19 de marzo de 2020) que considera que los procesos de consolidación abiertos no son una medida eficaz contra la prevención y reparación del abuso de la temporalidad. Así, ha declarado inconstitucional la ley autonómica que ordenaba un proceso de tales características, además, por tratarse de personal funcionario cuya competencia básica corresponde al legislador estatal (STC n.º 38/2021, de 18 de febrero, FJ 4). Sin embargo, en mi opinión, no cierra definitivamente la puerta a esta solución, si bien es restrictivo con los requisitos que el mismo ha configurado en su doctrina anterior, en la medida que es una excepción al derecho fundamental contenido en el artículo 23.2 CE, a saber: 1) que venga establecido por una Ley estatal; 2) que se trate de un remedio excepcional a una situación también excepcional; y 3) que se realice con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima. Y es que, también es de destacar que, este pronunciamiento como los anteriores, se producen en el marco del acceso al un puesto de naturaleza funcional donde adquiere plena eficacia el art. 23.2 CE –salvo error u omisión, no he encontrado ninguna STC sobre pruebas restringidas aplicables al personal laboral–. Por tanto, quizás cabría cuestionar su aplicación en el caso de personal laboral a extinguir que ocupe puestos de naturaleza laboral donde, como ya hemos visto, el amparo constitucional se limita únicamente a proscribir actuaciones arbitrarias o discrecionales de los poderes públicos en la selección del

⁸⁵³ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 39/45 pdf descargado. En el mismo sentido, R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 190.

⁸⁵⁴ Cfr. J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 116.

personal, con base en el artículo 14 CE y no en el 23.2 CE. Como venimos defendiendo, en tanto en cuanto haya un motivo objetivo para no considerar vulnerado el principio de igualdad, la aplicación de los principios de mérito y capacidad tienen una base de mera legalidad ordinaria.

En resumen, es claro que nada impide que una vez integrado el personal subrogado en plazas calificadas como «a extinguir» la administración ejerza sus facultades extintivas acudiendo a los cauces legales del despido⁸⁵⁵. No implica ello un refuerzo de la estabilidad en el empleo por la mera operatividad de la institución subrogatorio, pero no es admisible la creación de una nueva causa de extinción *sui generis* amparada en el derecho del empleo público que suponga una transformación de la naturaleza indefinida a temporal de la relación laboral. Y ello es lo que ocurre si la plaza ocupada se saca a concurso para su cobertura reglamentaria.

Por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha declarado como improcedentes buena parte de los 11 despidos que se llevaron a cabo al día siguiente de la reversión de del Hospital de la Ribera basados en causas organizativas ex artículo 51 en relación con el 52.c ET para la restitución de los puestos directivos del hospital ocupados por personal designado por la empresa contratista cesante. En todas las cartas de despido, de igual contenido, se alega que la decisión extintiva se basa en el cese en el ejercicio de las funciones de la trabajadora y en la extinción de su contrato de trabajo por la necesidad de nombrar nuevo personal de confianza de acuerdo el *Decreto 30/2012, de 3 de febrero, del Consell por el que se modifica la estructura, funciones y régimen retributivo del personal directivo de instituciones sanitarias de la Conselleria de Sanidad*⁸⁵⁶, que regula los requisitos para el nombramiento de los puestos directivos. El tribunal los declara improcedentes por los siguientes motivos: 1) el hecho de que los trabajadores no hayan sido nombrados por la *Conselleria* sino por la empresa saliente para un puesto directivo no constituye una causa organizativa que pueda justificar la decisión extintiva adoptada y la normativa específica citada no remite en los ceses de dicho personal a los cauces del ET; 2) la reversión del servicio tampoco justifica y la necesidad de nombrar nuevo personal no justifica la causa organizativa que fundamenta la extinción⁸⁵⁷; 3) las cartas de despido no proporcionan un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las causas que se invocan como constitutivos del despido objetivo para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa⁸⁵⁸; 4) no se justifica la racionalidad y justificación de la medida

⁸⁵⁵ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]", cit., p. 13/27 pdf descargado. L. LÓPEZ CUMBRE, "Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público", cit., p. 147.

⁸⁵⁶ DOGV n.º 6709 de 08-02-12.

⁸⁵⁷ De acuerdo con la citada carta, "a la vista de los profundos cambios en los métodos, organización y estructura del nuevo modelo de gestión sanitaria pública que va a conformarse y, tras un análisis minucioso y detección de las necesidades reales, y la necesaria y precisa reorganización de los nombramientos en los puestos de trabajo directivos, concurren en el presente caso las causas objetivas de índole organizativa, de conformidad con lo establecido en el art. 52.c) en relación con el art. 51.1..."

⁸⁵⁸ En las cartas de despido constaban las siguientes alegaciones: "El puesto de responsable de Gestión de Admisión no es uno de los puestos de personal directivo de instituciones sanitarias de la Conselleria de Sanidad

extintiva, por cuanto que otros trabajadores que también desempeñaban el mismo puesto continuaron prestando servicios bajo la dependencia del nuevo directivo designado, por tanto *“la mera afirmación de que no existe un puesto similar en la Administración, no permite tener por acreditada la justificación del cese operado. En definitiva, “se desconoce qué procedimiento de reorganización y estructuración han de llevarse a cabo a raíz de la reversión de la contrata, si era posible o no “recolocar” a la trabajadora tras los mismos como se hizo con el Sr. Landelino y en definitiva, no se justifica adecuadamente que el cese obedezca a una causa real y acreditada que respalde la decisión empresarial”*. Así pues, concluyen que *“lo relevante es si las funciones que se desempeñaban por el actor se siguen desempeñando o no y respecto a ello nada se ha acreditado lo que nos lleva a confirmar la declaración de improcedencia del despido efectuada en la Sentencia de instancia”* (STSJ C. Valenciana de 18 de noviembre de 2019, rec. 2048/19, siguiendo el criterio marcado por las anteriores SSTSJ de 14 de febrero de 2019, rec. 379/18; de 10 de abril de 2019, rec. 515/19; de 16 de abril de 2019, rec. 702/19; de 6 de mayo de 2019, rec. 3420/18; de 21 de mayo de 2019, rec. 1160/19; de 10 de septiembre de 2019, rec. 1767/19; de 4 de marzo de 2020, rec. 2555/19, entre otras).

En fin, cabe referirse de nuevo al personal despedido por los Consorcios «UDTDL» y cuyo despido se declaró nulo por realizarse en fraude de Ley, tratando de evitar la sucesión de empresa y la integración del personal tal y como venía dispuesta en su normativa específica.

Pues bien, recientemente el Tribunal Supremo ha determinado que los trabajadores reintegrados tras la declaración de nulidad del despido han de hacerlo con el régimen de «indefinido no fijo» y no como trabajador laboral fijo, ya que queda acreditado en el proceso de selección de estos trabajadores que en su día realizó la entidad de sector público no se respetaron los principios de mérito y capacidad (STS de 17 de septiembre de 2020, rec. 154/18; de 30 de septiembre de 2020, rec. 112/18). De ahí, la relevancia de este caso y su potencial extrapolación a la reversión de contrataciones públicas y la subrogación de trabajadores de empresas privadas. La particularidad, además, está en que la normativa específica que regulaba la subrogación –con mero carácter declarativo tal y como la misma reconocía por constituir un supuesto de transmisión típico del art. 44 ET–, determinaba la forma de integración y no era como empleado público.

Volvamos a reproducir el tenor literal de la DA 4 de la Ley 1/2011, de reordenación del sector público andaluz, tantas veces analizado. Su apartado 1.b rezaba así: *“El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que*

descritos con tal carácter en el Decreto 30/2012, ni en el resto de la normativa vigente se prevé ningún puesto de naturaleza directiva equivalente al que Ud. desempeña como responsable de Gestión de Admisión. Por tanto, dicho puesto no tiene encaje efectivo en la actual estructura directiva de los Departamentos de Salud con la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública”. Además, “habida cuenta de las anteriores previsiones normativas, producida la reversión de la concesión administrativa en la que ud. prestaba servicios y teniendo constancia de que el puesto que hasta el momento desempeñaba no forma parte, como tal, de la estructura directiva de un Departamento de Salud, existen razones suficientemente fundadas para justificar la supresión de su puesto de trabajo y, por ende, la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas”.

establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público". Como ya dijimos antes, si bien no se refiere expresamente a la figura del personal «a extinguir» o del «personal subrogado» –aunque así lo interpretaron algunas sentencias y la doctrina, como vimos–, deja claro que no se puede integrar como empleado público, por lo que no cabe otra integración que la de personal laboral común.

Esto viene a ser confirmado por el Decreto 96/2011, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo (Agencia pública de régimen especial), cuyo personal será empleado público funcionario o laboral de acuerdo con el EBEP (art. 37 Estatutos). Ahora bien, la DA 2 de dicho Decreto incide en que el personal procedente de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo y de los Consorcios UTEDLT se integrarán en la Agencia con la condición de personal laboral, en los términos establecidos para la sucesión de empresas en el artículo 44 ET. Su apartado tercero corrobora que *“el acceso, en su caso, de este personal, a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”*.

En síntesis, la fórmula de integración dispuesta legalmente no es la que aplica el Tribunal Supremo, ya que ni siquiera se refiere esta normativa en las sentencias citadas –también es cierto que los promotores del recurso no alegan su vulneración–, pues es obvio que la voluntad del legislador era su integración como «no-empleado público», pero sí que se preveía el mantenimiento de la relación laboral, como corroboraron tantas sentencias de la Sala Tercera del TS⁸⁵⁹, en una fórmula de integración que fue avalada por el Tribunal Constitucional⁸⁶⁰.

3.3. El régimen jurídico profesional

Como ya venimos anticipando el estatuto profesional del personal que ocupe una plaza a extinguir será el que determine íntegramente la legislación laboral. Como determina la STSJ (CA) Andalucía, Sevilla de 29 de enero de 2020 (rec. 983/18) será un trabajador fijo pero regido íntegramente por el derecho laboral, sin que intervenga en ningún aspecto el derecho del empleo público. En este sentido, no se verán beneficiados de los posibles privilegios que el EBEP configura para los empleados públicos. Como afirma la profesora ROQUETA BUJ, *“los trabajadores afectados por la sucesión empresarial no pueden obligar a la Administración pública cesionaria a homologarles sus condiciones de trabajo a las del resto de empleados públicos laborales,*

⁸⁵⁹ Por ejemplo, STS (CA) de 21 de enero de 2016 (rec. 711/14) y las decenas de precedentes citados en ella.

⁸⁶⁰ STC n.º 236/2015, de 19 de noviembre.

aplicándoles las mejoras de las condiciones de trabajo previstas para estos en el EBEP⁸⁶¹. En el mismo sentido, LOURDES LÓPEZ CUMBRE afirma que no podrán “beneficiarse de las condiciones de trabajo del empleado público aunque mantenga la estabilidad en el puesto que venía ocupando en la entidad de derecho privado que se integra”⁸⁶².

A) Con este estado de cosas habrá que aplicar estrictamente el artículo 44 ET. Las condiciones de trabajo serán las que estipule el convenio colectivo de origen, así como las fijadas contractualmente, incluidas condiciones más beneficiosas⁸⁶³. Se mantendrán las estructuras representativas de los trabajadores en tanto en cuanto conserve la unidad productiva su autonomía⁸⁶⁴ y, claro está, si previamente existiera tal representación con arreglo a las reglas del ET. En este sentido se movía el Decreto 22/2018, de 23 de marzo, por el cual se desarrolló la DA 8 de la Ley 21/2017 por la que se reguló la reversión de la concesión sanitaria valenciana. En cuanto a las condiciones de trabajo, la norma reglamentaria establecía que el personal continuaría desarrollando sus tareas en las mismas condiciones que fuesen de aplicación de acuerdo con su contrato de trabajo y convenio colectivo y, supletoriamente, se aplicaría el Estatuto de los Trabajadores (art. 4.1). Y en cuanto a las retribuciones, serán las que les correspondieran antes del traspaso, determinadas convencional o contractualmente (art. 5).

Todo ello, claro está, sin perjuicio de su posterior modificación en los supuestos legalmente establecidos (art. 5 Decreto 22/2018), y también de que, “una vez producida su dependencia orgánica y funcional de la Generalitat a través de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública”, pudiera alcanzarse un pacto de negociación colectiva suscrito con la representación de los trabajadores y trabajadoras que alterara las condiciones de origen (DA 3).

Pero en realidad esto no supone especialidad alguna y no parece que pueda alcanzarse una conclusión diferente aun cuando no existieran disposiciones específicas y hubiera que acudir a las instituciones generales previstas en el Estatuto de los Trabajadores. En efecto, para empezar, de conformidad con el artículo 44.9 ET existe la posibilidad de adoptar medidas laborales con motivo de la transmisión, que pueden consistir en traslados (art. 40 ET), modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET) y, aunque no lo diga, despidos por causa de empresa (art. 51 y 52.c ET). El precepto simplemente advierte de que, en caso de prever su adopción, se adoptará la garantía de iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias laborales. Y, en todo caso, el artículo 44.9 ET remite al procedimiento colectivo cuando las medidas tengan tal carácter.

⁸⁶¹ Cfr. R. ROQUETA BUJ, “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, cit., p. 32.

⁸⁶² Cfr. L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 141.

⁸⁶³ Pero en todo caso deberán tratarse de derechos adquiridos sin que queden afectados meras expectativas legales futuras (J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 119).

⁸⁶⁴ STJUE de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, asunto C-151/09.

Y lo mismo cabría decir en materia de negociación colectiva según lo dispuesto en el artículo 44.4 ET, que establece el principio de continuidad del convenio colectivo aplicable en el momento del traspaso salvo que, una vez consumado el traspaso, se llegue a un pacto negociado entre el cesionario y los representantes de los trabajadores. O, hasta que expire el convenio de origen o entre en vigor uno nuevo que resulte aplicable. Respecto a esto, cabrían dos alternativas: 1) que la Administración negociase un convenio propio con los trabajadores subrogados y adscritos a «plazas a extinguir» de la unidad productiva traspasada; o 2) que se aplique, cuando entre en vigor, el nuevo convenio sectorial que le corresponda a razón de la actividad desempeñada. Lo que no resultará aplicable es el convenio colectivo existente en la Administración de referencia para su personal laboral. Incluso, no podría ser aplicable ni por el procedimiento de adhesión previsto en el artículo 92 ET, por cuanto que supondría su adhesión en bloque a todo el contenido normativo de convenio, desnaturalizando la naturaleza de este tipo de personal sometido a la legislación común y produciendo un agravio comparativo para quienes sí que han accedido al empleo público a través de los cauces legalmente establecidos. En este aspecto, sí considero necesaria una intervención legal que deje claro que debe haber una separación estricta de regímenes jurídicos para que se garantice la compatibilidad de la subrogación con el respeto a las normas de acceso al estatuto de empleado público.

B) Y es que debe tenerse en cuenta que la característica consustancial a este tipo de empleados que, con derecho a mantener sus condiciones de trabajo, no pueden ser considerados empleados públicos o aproximarse a ellos y, sobre todo, deben quedar vinculados a su plaza. Sin embargo, aunque hay una serie de materias o condiciones de trabajo que no resultaría tan flagrante su equiparación, otras en cambio sí, por cuanto que necesariamente están vinculadas al estatus de empleado público y por tanto no sería admisible que estos trabajadores pudiesen beneficiarse. Son las mismas materias que, desde sus orígenes, la doctrina científica⁸⁶⁵, venía estableciendo como una suerte de línea roja que permitía diferenciar al trabajador fijo de plantilla del indefinido no fijo pero que, con posterioridad, la doctrina jurisprudencial ha ido concediendo también al segundo difuminando la frontera entre ambos. Más concretamente, lo que se defendía para la figura del indefinido no fijo y lo que también se defiende ahora para el personal subrogado o a extinguir es que no pueden tener la expectativa de derechos relacionados con la carrera profesional, la promoción interna, la provisión de puestos y la movilidad del personal (arts. 19 y 83 EBEP). Esta posibilidad, como con acierto se dice, debería quedar vetada para este tipo de empleados no públicos, reservándose únicamente a los empleados públicos⁸⁶⁶. Y es que, a este «personal subrogado» no se le pueden conceder los mismos derechos y expectativas laborales que a quienes han superado un procedimiento de acceso, por lo que su prestación debe quedar circunscrita al estricto ámbito de la unidad transmitida y a la misma estructura de puestos de trabajo

⁸⁶⁵ J. M. GOERLICH PESET; J. VEGA LÓPEZ, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla»”, cit., p. 579 y ss.

⁸⁶⁶ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, cit., p. 40/45 pdf descargado.

que había antes del traspaso⁸⁶⁷. Sin embargo, esta doctrina admite que se le permita cambiar de puesto de trabajo o promocionar en los mismos términos que podían hacerlo antes de la reversión, esto es, solo cabría la movilidad entre plazas calificadas como «a extinguir»⁸⁶⁸ siempre que no se amorticen y se ofrezcan a la promoción interna cuando queden vacantes. Sería una posibilidad, a mi entender, en los supuestos de vacante temporal en los que el trabajador ocupante de la plaza a extinguir tuviera derecho a reserva del puesto, pero en aras a una necesaria racionalidad y eficacia organizativa entiendo que, como se ha previsto en alguna regulación sectorial, las vacantes definitivas se deberían amortizar automáticamente conforme se extinga la relación laboral. Incluso, en esta normativa a la que me refiero, se prevé que en casos de sustitución temporal el sustituto se aun sea un empleado público interino, laboral o funcionario, según el caso.

La jurisprudencia que ha conocido supuestos de integración como personal a extinguir también se mueve en esta dirección. Así, la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende que, si bien la subrogación e integración no constituye un acceso gratuito, arbitrario o injustificado al empleo público, dicha integración tampoco puede suponer «ningún plus adicional» al estatus laboral que antes tenía el personal integrado, ya que su relación laboral queda circunscrita a la entidad que ha sucedido en las actividades en que antes desarrollaba su prestación y ello no supone *“permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración Pública”* (entre otras, SSTS (CA) de 21 de enero de 2016, rec. 711/14; de 19 de febrero de 2016, rec. 3944/14).

De esta forma se cierra la posibilidad de que, una vez haya accedido a la plaza, pueda moverse por las distintas administraciones públicas o participe en procesos reservados al empleado público. Del mismo modo, la STSJ Aragón de 28 de marzo de 2018 (rec. 216/15), también excluye la posible concurrencia a procesos de consolidación previstos para el personal temporal: *“la incorporación al Servicio Aragonés de Salud del personal laboral con contrato de duración indefinida procedente del Consorcio se realizará en plazas con la condición de «a extinguir», manteniendo el mismo régimen jurídico que dio origen a su contratación. Este personal no podrá participar en los procedimientos de acceso a la condición de personal estatutario que se convoquen de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional quinta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, ni en los concursos de traslados o procesos de movilidad de cualquier naturaleza que se convoquen para personal laboral, funcionario o estatutario”*.

También se debería incluir en este bloque de materias las garantías normativas establecidas para el despido de los empleados públicos. Por un lado, la regla prevista en el artículo 96.2 EBEP para el despido disciplinario improcedente y su obligación de readmisión, por cuanto que supone un reforzamiento de la estabilidad en el empleo propia del empleado público laboral. Y por otro,

⁸⁶⁷ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 119. Apoya esta idea R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 190.

⁸⁶⁸ C. L. ALFONSO MELLADO, “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, cit., pp. 34-35.

las especialidades previstas para el despido colectivo en la DA 16 ET, por cuanto que la específica delimitación de las causas económicas, técnicas u organizativas dificultan su realización⁸⁶⁹. En todas estas materias, deben regirse por la legislación laboral ordinaria.

Por eso, si bien decía con anterioridad que un cambio jurisprudencial que abandonase la figura del indefinido no fijo y aplicase la del indefinido común laboral podría quedar amparada en los principios del derecho europeo sin ser necesaria una norma legal básica que lo disponga, por estas concretas cuestiones sí que sería necesaria una mínima delimitación del régimen jurídico⁸⁷⁰.

C) Aun así todavía quedan otras materias que pueden generar dudas sobre su aplicación en tanto que si bien son condiciones de aplicación propia a la función pública, en este caso, desde el punto de vista del interés general podría interesar que fueran de aplicación a este personal laboral común. Algunos autores han destacado que sería recomendable aplicar, por ejemplo, la Ley de incompatibilidades o los límites presupuestarios salariales⁸⁷¹.

a) En cuanto a la primera, si tomamos como referencia las experiencias normativas sobre esta fórmula de integración, el Decreto 22/2018, sobre la integración del personal de la reversión del hospital valenciano también sigue este criterio en tanto que declara expresamente la aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades para la realización de actividades secundarias a las que sea de aplicación la citada normativa. Es cierto que resulta extraño aplicar este tipo de límites cuando no estamos ante empleados públicos, pero también es cierto que es plenamente aplicable al personal de las sociedades del sector público que tampoco dan ocupación a empleados públicos. Quizás, sobre esta base, podría defenderse su extensión, pero en todo caso, como vimos en el capítulo anterior, las limitaciones son residuales en cuanto a los límites para compatibilizar con otras actividades privadas si el trabajador estaba pluriempleado. Aunque más dificultades entrañaría si junto a la actividad revertida desarrollaba otra actividad pública profesional o representativa en tanto que la Ley es más estricta. En tales casos, el trabajador deberá informar a la Administración de la situación y solicitar la autorización de compatibilidad, debiendo optar por uno u otro en caso de ser denegada y, teniendo en cuenta, que la omisión del deber de informar será sancionada de acuerdo con el régimen disciplinario aplicable (art. 29.1 Ley 53/1984) que, en este caso, será el previsto en el artículo 58.1 ET.

b) En cuanto a la segunda, hay que tener en cuenta que legislación presupuestaria establece, junto con la determinación de las retribuciones económicas del personal del sector público, un límite anual al incremento retributivo que podría entrar en concurrencia conflictiva con

⁸⁶⁹ J. GORELLI HERNÁNDEZ, "La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo", cit., p. 58.

⁸⁷⁰ Por ello, para evitar que se planteen innumerables conflictos jurídicos que deban resolverse en los tribunales es aconsejable una mínima intervención parlamentaria (R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 190).

⁸⁷¹ C. L. ALFONSO MELLADO, "Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública", cit., p. 34. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 179-180.

los artículos 44.1 y 4 ET, que garantizan el mantenimiento de las mismas condiciones retributivas existentes antes de la transmisión de empresa. Con todo, se defiende que en este caso no podría hacerse valer la norma laboral *“en la defensa de una aplicación de la retribución pactada en el convenio colectivo de origen, pues aun cuando no estemos ante trabajadores públicos en el sentido del art. 8 EBEP, es evidente que prestarán servicios para una Administración, por lo que están afectados por estos límites retributivos”*⁸⁷².

Se trata de una cuestión que, en la mayoría de servicios externalizados y luego recuperados, no será problemática. Y es que es sabido que uno de los motivos por los que se recurre a la externalización en el sector público es el abaratamiento de costes en la gestión del servicio, y más concretamente, a través del abaratamiento de costes salariales. Por tanto, no será frecuente que el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista cedente pueda prever un salario superior al que resultaría aplicable a un empleado público comparable. Si bien, no es imposible que así suceda. Deja constancia de ello el Dictamen n.º 83/2019 de 13 de febrero (expte. 44/2019) del *Consell Consultiu Jurídic de la Comunitat Valenciana*, sobre la reversión de las unidades de radiodiagnóstico hospitalarias en el que se afirma: *“Respecto a las retribuciones que vienen percibiendo los Facultativos Especialistas en Radiodiagnóstico que pueden ser objeto de subrogaciones, es importante indicar que superan, de conformidad con lo dispuesto en los contratos suscritos con sus empresas, en dos y tres veces, las retribuciones ordinarias del personal de similar categoría que presta sus servicios en nuestras Instituciones Sanitarias en virtud de un nombramiento estatutario”*.

Lo cierto es que estos límites, así como las tasas de reposición, también son aplicables a empresa públicas regidas por el derecho privado. Así, su aplicación podría fundarse en el artículo 134.2 CE que exige que los Presupuestos Generales del Estado, de carácter anual, incluirán la totalidad de gastos e ingresos del sector público estatal. Y lo mismo cabría decir, respecto a las administraciones autonómicas y locales y sus correspondientes presupuestos anuales.

D) Sin embargo es una cuestión delicada porque, aunque comparto plenamente que estas reglas de la sucesión de empresa deben poderse matizar, no parece con base en los precedentes conocidos que sean de fácil aceptación por el Tribunal de Justicia. Y es que debe traerse de nuevo a colación la STJUE de 13 de octubre de 2019, *Correia Moreira*, en la que novación contractual que suponía una disminución salarial no fue aceptada por el Tribunal de Justicia como norma compatible con la Directiva. Esta es la postura adoptada por la STSJ C. Valenciana de 6 de mayo de 2020 (rec. 3420/19), también sobre el proceso de reversión del Hospital de Alcira en la que, además de declarar la improcedencia del despido como en las anteriores sentencias citadas, se valora el pacto indemnizatorio del «Director Gerente» del hospital cesado, por ser considerado contrario al artículo 39.2 de la Ley 22/2017, de 29 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat

⁸⁷² J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, cit., p. 59.

para el ejercicio 2018⁸⁷³. En efecto, el precepto citado reza así: “Las indemnizaciones por despido, cese o extinción del personal laboral del sector público de la Generalitat que no sea personal directivo, no podrán ser superiores a las establecidas por disposición legal de derecho necesario. Serán nulos de pleno derecho los pactos, acuerdos o convenios que reconozcan indemnizaciones o compensaciones económicas superiores a las mencionadas. Excepcionalmente, mediante resolución motivada, la conselleria que tenga competencias en materia de hacienda podrá autorizar importes superiores a los indicados”. Esta situación, que no se da en ninguna de las sentencias precedentes en tanto que la naturaleza de los contratos extinguidos en aquellas no es la misma que en esta, por lo que no es probable que existiera una cláusula indemnizatoria igual. Eso sí, parte el asunto de la misma doctrina sentada en aquellas sentencias sobre el alcance de la subrogación y el respeto a los derechos pactados (en tanto que algunos contratos contaban con una causa que atribuía el derecho de opción al trabajador en caso de despido improcedente, o un plazo extraordinario de preaviso en caso de extinción o modificación de condiciones de trabajo).

Como punto de partida, la Sala recuerda que, tanto con base en la normativa general (art. 44 ET) como la especial que reguló la subrogación (DA 8 Ley 21/2017 y Decreto 22/2018), la Administración debía subrogarse en los contratos de trabajo y en todas las condiciones en ellos previstas, aunque la Administración no hubiese participado en su negociación. Por tanto, aunque los efectos legales del despido improcedente sean los previstos en los artículos 53 y 56 ET y 122.2 y 123.2 LJS, “la aplicabilidad directa de las cláusulas contractuales que operan por la aplicación del art. 44 ET, no deja opción alguna a atribuir a la Administración el derecho de opción, dada la improcedencia del despido”.

Ahora bien, por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, la Sala entiende que siendo el trabajador Alto Directivo, la cláusula indemnizatoria no se ve alterada por la sucesión. Además, al ser el trabajador directivo no queda incluido en el ámbito de aplicación del art. 39.2 Ley 22/2017. Pero, aunque lo estuviera por no ser personal directivo, tampoco le sería de aplicación la norma legal, en tanto que no debe confundirse la prohibición de pactos de la Administración con su personal contrarios al precepto legal –que es lo que prescribe–, con la subrogación en los pactos previos a que la Administración se convirtiera en empleadora por aplicación del artículo 44 ET. En este sentido, concluye con rotundidad “ante la existencia de un pacto particular entre partes el mismo no viene en modo alguno excluido en su aplicación en razón del hecho de existir una sucesión en favor de una administración o persona jurídica de derecho publico, pacto que no viene afectado ni siquiera hipotéticamente en razón del art 39.2 de la Ley 22/2017, de 29 de diciembre por tener el actor la consideración de personal directivo, y que en todo caso la limitación del citado artículo no puede afectar de forma automática en razón de la subrogación los derecho ostentados previamente por razón de la directiva del artículo 3.1 de la Directiva 2001/23 (sin perjuicio de actuaciones que pueda llevar a efecto la administración para unificar el régimen de su personal y a salvo de acreditación de actuaciones fraudulentas o abusivas en cuanto a fijación de condiciones

⁸⁷³ DOGV n.º 8202 de 30-12-17.

laborales, situación no alegada en el supuesto objeto de recurso)” [el subrayado es mío]. Para fundamentar esta postura, el TSJ valenciano se apoya en la STJUE de 13 de enero de 2019.

E) Quizás la opción sería acudir a un procedimiento de modificación de condiciones de trabajo de conformidad con el artículo 41 ET basado en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Sin embargo, sería difícil en la medida en que está diseñado para la empresa privada, por que se antoja difícil probar que dichas razones se relacionan con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Así como, por la misma razón, el descuelgue del convenio colectivo sectorial por la vía del artículo 82.3 ET. Sin perjuicio de otras razones adicionales en este último caso, debe señalarse que la definición de las causas justificativas previstas para la empresa privada es de difícil adaptación a las AAPP. Además, sobre la intención del legislador en torno a la aplicación de estas instituciones a la Administración, es ilustrativo que no haya previsto una redefinición de las causas en el ámbito público como sí lo hizo respecto al despido colectivo (DA 16 ET)⁸⁷⁴. A mayor abundamiento, creo que es complejo alegar como causa justificativa la existencia de una norma presupuestaria aplicable a los empleados del sector público cuando, en realidad, no son empleados públicos. Otra cosa es que fueran integrados como empleados públicos y tales modificaciones se amparan en la normativa que establece límites para este personal.

Por el mismo motivo, tampoco cabría la alternativa específica de descuelgue convencional prevista en el artículo 32.2 EBEP: “*Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público*”. Esta norma no se aplica a todos los empleados del sector público, sino únicamente a los que tienen la condición de empleado público por prestar servicios en una entidad incluida en su ámbito de aplicación (art. 2.1 EBEP). Por ello, no se aplica a entidades del sector público con personalidad jurídica de derecho privado⁸⁷⁵.

En otro orden de cosas, lo que sí que parece claro es que no resultarían aplicables otras normas aplicables al sector público que pudieran dificultar la integración como las tasas de reposición o la prohibición de consolidación ex artículo 308.2 LCSP, pues de acuerdo con lo argumentado en el capítulo anterior su virtualidad es muy discutible aunque la integración se produjera como empleado público.

⁸⁷⁴ J. CRUZ VILLALÓN, “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones”, en *Seminari sobre relacions col·lectives (14ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2012, pp. 21-22/33 pdf descargado, fecha de consulta en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Cruz_Villalon_modif_cond_trabajo_personal_laboral.pdf.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 31/33 pdf descargado.

F) Ahora bien, todavía cabría añadir una dificultad más en cuanto a la opción por esta alternativa de integración del personal subrogado. Y es que, aunque no despierte recelos desde el punto de vista del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, la pluralidad de distintos marcos normativos aplicables tras la transmisión derivados de la coexistencia de personal laboral sometido al EBEP y regido por los convenios propios de las Administraciones y personal laboral sometido al ET y regido por el convenio de origen (o en su defecto, un convenio sectorial o uno negociado *ad hoc* con la empleadora pública pero diverso al del personal laboral) puede presentar problemas desde el ámbito de la gestión de recursos humanos por la diversidad de distintos tipos de trabajadores bajo la dependencia de un mismo empleador⁸⁷⁶. Incluso, un sector de la doctrina centra en esta concreta circunstancia el rechazo a la figura del «personal subrogado», reconociendo que no ve tantos inconvenientes por el hecho de que sea, sino por los innumerables problemas jurídicos que generaría la confluencia de ambos tipos de personal laboral y sus correspondientes marcos reguladores de condiciones de trabajo⁸⁷⁷.

Sin embargo, tampoco es que esta circunstancia sea algo desconocido en nuestro sistema de empleo público, pues estamos acostumbrados a la confluencia de personal laboral y funcionario en los mismos espacios y desarrollando las mismas funciones, pero no deja de añadir complejidad a un tema ya bastante complejo. SOLER ARREBOLA llega a cuestionarse la posibilidad de negociar un convenio o acuerdo regulador de condiciones de trabajo conjunto para el «personal laboral-EBEP» y para el «personal laboral-ET» que coexistan en la prestación servicios en una misma actividad y para la misma administración, pero prontamente lo descarta aduciendo la existencia de determinadas materias (ascensos, movilidad funcional o geográfica, etc.) que no pueden aplicarse al personal a extinguir. Por tanto, concluye que es más razonable la separación estricta en la regulación de las condiciones de trabajos⁸⁷⁸.

En cualquier caso, es inevitable que se deriven situaciones conflictivas tras la integración pues, lógicamente, los trabajadores y sus representantes lucharán por la máxima equiparación posible al personal público que desarrolla las mismas funciones. Así, tomando de nuevo como referencia la experiencia valenciana del hospital público por cuanto que constituye el supuesto paradigmático de integración como personal «a extinguir» en un supuesto de rescate de la gestión del un servicio público, pueden exponerse las siguientes cuestiones, a las que básicamente se tiene conocimiento a través de los medios de comunicación.

⁸⁷⁶ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 121. En el mismo sentido, M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contrataciones en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., p. 72. Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, cit., p. 305. J. GORELLI HERNÁNDEZ, “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, cit., pp. 13-14 pdf descargado.

⁸⁷⁷ M. Á. FALGUERA BARÓ, “La reversión de contrataciones en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, cit., pp. 72-73. Añade, además, algunas otras dificultades técnicas como el régimen convencional aplicable tras la sucesión de empresa o la huida definitiva del derecho administrativo.

⁸⁷⁸ J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídicos laborales*, cit., pp. 178-182.

Quizás la cuestión más grave es que -a fecha de cierre de este trabajo- sigue sin alcanzarse el acuerdo con la Administración empleadora para negociar al acuerdo de condiciones de trabajo al que se refería la DA 3 del Decreto 22/2018, por lo que las condiciones de trabajo del personal siguen rigiéndose por el anterior convenio negociado con la empresa contratista en 2016⁸⁷⁹.

El problema es que los trabajadores y sus representantes se auto atribuyen la consideración de empleado público⁸⁸⁰ y atribuyen la falta de acuerdo para la aprobación del convenio a que la *Conselleria* no está dispuesta a la equiparación de condiciones de trabajo como promoción y traslados internos, aplicación del plan de igualdad⁸⁸¹, la equiparación en el complemento hasta el 100% de la base reguladora en las bajas médicas por Covid⁸⁸², toda una suerte de «agravios» en los diferentes criterios de evaluación de la carrera profesional, medidas de conciliación o retribución de los complementos de nocturnidad⁸⁸³. Son expectativas que, desde un principio, no deben atribuirse a este personal, es una condición intrínseca de este tipo de integración⁸⁸⁴.

En este sentido, el Departamento público de salud no solo desmiente algunas de las cuestiones alegadas por el Comité de Empresa para ejercer presión mediática para alcanzar el acuerdo de condiciones de trabajo que pretenden alcanzar, sino que recuerda que la negociación debe moverse dentro de los parámetros de la legalidad de su estatus de personal de acuerdo con la DA 8 Ley 21/2017 y su desarrollo reglamentario que determina que el personal seguirá rigiéndose por las condiciones laborales contractuales y convencionales de origen⁸⁸⁵.

⁸⁷⁹ <https://www.lasprovincias.es/ribera/sanidad-compromete-retomar-20210714093930-nt.html>; <https://valenciaplaza.com/empleados-ribera-puig-resuelva-conflicto-convenio-incapacidad-sanidad>

⁸⁸⁰ Véanse declaraciones como “no tenemos que pedir perdón por ser empleados públicos de la *Conselleria de Sanidad*” en <https://www.esdiario.com/municipios/693110923/Trabajadores-del-Hospital-de-la-Ribera-denuncian-el-abandono-de-Sanidad.html>; https://www.consalud.es/autonomias/c-valenciana/protetas-trabajadores-ribera-salud-gestion-realizada-ana-barcelo_95991_102.html; Puede verse el vídeo de las reivindicaciones en <https://www.youtube.com/watch?v=FQEaKyr7OL0&t=100s>

⁸⁸¹ Véase: <https://www.larazon.es/comunidad-valenciana/20210310/iyglya3csjdixaax446cbdejie.html>

⁸⁸² Véase: <https://valenciaplaza.com/csif-denuncia-que-el-personal-del-hospital-de-la-ribera-cobra-un-25-menos-de-baja-por-covid-19>

⁸⁸³ Véase: <https://www.larazon.es/comunidad-valenciana/20210429/xwi6jd2gpnbmzi5hc6wpmk3u5m.html>

⁸⁸⁴ En concreto, estas son las demandas del comité de empresa:

“A) Incumplimientos de Convenio: 1.- Promoción y traslados Internos; 2.- Jubilación Parcial; 3.- Aplicación Plan de igualdad; 4.- Incrementos Jornada Laboral; 5.- Ampliación de Jornadas Parcial; 6.- Exención de noches por edad.

B) Agravios por falta de voluntad negociadora de la *Conselleria* (28 meses de reuniones infructuosas): 1.- Jornada de trabajo superior; 2.- Complemento al 100% del salario en caso de baja médica; 3.- Hora de permiso retribuido por conciliación; 4.- En la evaluación de la Carrera y Promoción Profesional; 5.- Vetados en el acceso a los planes para reducir la lista de espera; 6.- Incentivos: Negarse a incluir al personal que NO los tiene y ataque continuo al personal que los tiene. Falta de transparencia; 7.- Negativa a conceder excedencias al aprobar una OPE.

C) Perjuicios sufridos por parte de la Dirección: 1.- Cambios continuos en los turnos de las planillas. Modificaciones encubiertas; 2.- Obstaculización de los permisos de formación. 3.- Ausencia de empatía cuestionando nuestros derechos, dejándonos en indefensión y alimentando el conflicto. 4.- Poner en duda la legitimidad del personal laboral subrogado para seguir trabajando en el Departamento tras la reversión. 5.- Uso engañoso de la representación de los trabajadores para excusar acciones de la Dirección contra laborales”. Disponible en <https://www.totalzira.com/comarcal/ribera-alta/alzira/laboral-el-comite-de-empresa-del-dpto-de-la-ribera-convoca-una-concentracion/>

⁸⁸⁵ Véase: <https://www.redaccionmedica.com/autonomias/valencia/la-ribera-asegura-que-se-paga-al-personal-laboral-el-100-de-la-baja-covid-3590>. Puede comprobarse en la siguiente noticia de prensa cómo los

G) Tal vez por todas estas complicaciones, aunadas al hecho de no se cuente con un régimen legal que aporte seguridad jurídica, algún autor, como CASTILLO BLANCO, que en trabajos anteriores se había mostrado más favorable a la aplicación de esta solución, más recientemente afirma que no le convence ni el «indefinido no fijo» ni el «personal subrogado a extinguir», por cuanto que ambas resultan insuficientes y problemáticas⁸⁸⁶. El autor apuesta ahora una solución de futuro, consistente en incluir, en la normativa aplicable a la administración pública, una suerte de obligación de selección objetiva del personal adscrito a los servicios públicos gestionados indirectamente, equiparable a la que existe en el acceso al empleo público, que entiendo que la Administración trasladaría a la concesionaria vía pliego de condiciones así como que debería controlar y fiscalizar su efectiva aplicación. Ilustra cómo debería llevarse a cabo amparándose en el diseño del campo de aplicación de la LCSP, que establece, a modo de «círculos sucesivos», la intensidad y control en la aplicación de la legislación contractual. Pues bien, siendo más que razonable y deseable esta aportación doctrinal, no puede obviarse que sus efectos o ventajas – que como señala el autor serían evidentes y permitirían superar los graves problemas existentes en la actualidad–, tardarían mucho tiempo en dar sus frutos. En consecuencia, si bien es una medida que considero necesaria incorporar al marco jurídico desde ya, no puede dejar de abordarse el problema existente en el presente, para lo cual, es necesario hallar una solución.

Y a mi juicio, la opción de integrar al personal subrogado como indefinido común cuya relación laboral se ordenaría por la legislación laboral sería la mejor solución posible de entre todas las examinadas hasta el momento. Además, desde la perspectiva interna podría encontrar acomodo en los precedentes del Tribunal Constitucional que establecen que la sucesión de empresa no constituye un acceso al empleo público sino una continuidad, mediante la integración del personal en la plantilla pública, de las relaciones laborales que resulta respetuosa con los derechos individuales de los trabajadores previstos por la sucesión de empresa (STC n.º 130/2009, de 1 de junio, FJ 3). Por tanto, el legislador debe atender las exigencias derivadas de la normativa laboral sobre sucesión de empresas subrogando al personal, aun cuando ello conlleve el «sacrificio» necesario de principios de orden constitucional para ser compatibles con otros intereses públicos y privados en los “*términos estrictamente necesarios para dar cumplimiento a estos intereses concurrentes*” (STC n.º 252/2005, de 11 de octubre, FJ 6). En esta sentencia, como vimos, se refería al legislador vasco con el modelo de integración del personal proveniente de las escuelas ikastolas privadas en el que, parte de los trabajadores, aquellos que debían ocupar una plaza de funcionario docente, fueron integrados como personal «a extinguir». Y más directo ha

trabajadores descartan la propuesta de convenio colectivo formulada por la Conselleria calificándola de «ofensa» porque no se equipara al régimen de los funcionarios en materia como la promoción interna y la movilidad de puestos de trabajo: https://www.consalud.es/autonomias/c-valenciana/trabajadores-ribera-rechazan-propuesta-sanidad-definen-ofensa_97498_102.html

⁸⁸⁶ F. CASTILLO BLANCO, “Los procesos de subrogación de personal derivados del cambio en modelos de gestión de los servicios locales después de la Ley de Contratos del Sector Público y de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios y nacionales”, en AA.VV. (Joan Mauri i Majós) *Seminari sobre relacions col·lectives (21ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2019, p. 48, fecha de consulta en http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/publicacions/2019/SRC_A4_2019.pdf el 15-12-20.

sido en fechas recientes en las que muestra una absoluta normalización de la sucesión por parte de las Administraciones Públicas en las relaciones laborales concertadas con empresas privadas. Así, en la STC n.º 122/2018, de 31 de octubre, por la que se anula el contenido de la DA 26 LPGE, el Alto Tribunal manifiesta, ante los argumentos del Abogado del Estado que insiste es que la finalidad de la norma era la contención del gasto por asunción del personal subrogado, que “*lo cierto es que tales trabajadores serán retribuidos por la Administración pública en cualquier caso, pues no a otra conclusión conduce la aplicación del régimen laboral (sucesión de empresas)*”.

Como ya manifesté en otro capítulo, esta lectura de la institución sucesoria por parte del Tribunal Constitucional permite cohonestar los sectores del ordenamiento jurídico enfrentados, además sacrificando la aplicación de tales principios en «términos estrictamente necesarios», que permitirían mantener la estabilidad en el empleo sin beneficiarse injustamente por parte del trabajador de los beneficios que tienen reconocidos los empleados públicos. Considero, en definitiva, que permite que la contradicción entre ambas normas pueda solventarse mediante la técnica de la interpretación conforme en la medida en que no determina una contradicción efectiva e insalvable por vía interpretativa⁸⁸⁷. Con esta, se ahorraría un –casi seguro– enfrentamiento institucional entre el TJUE y el TC en caso de que finalmente se elevara una cuestión prejudicial sobre la conformidad del «indefinido no fijo» con la Directiva. Y es que, no ha de perder la perspectiva, como con acierto señala MOLINA NAVARRETE, que “*acudir para la solución al «oráculo de Luxemburgo» puede suponer hallar la misma contrariedad que quien «va a por lana y vuelve trasquilado»*”⁸⁸⁸. Sin embargo, creo que todavía hay una solución que permitiría solventar los inconvenientes derivados de la aplicación de diversos marcos normativos, toda vez que apaciguarían las expectativas de equiparación de los trabajadores subrogados y sus representantes sin perder la «proporcionalidad» con la que debe cumplir la solución.

V. LA INTEGRACIÓN DE LA PLANTILLA EN UNA SOCIEDAD DE CAPITAL PÚBLICO

1. Consideraciones previas

Desde que la doctrina científica comenzara a prestar atención a estos fenómenos de reversión de contrata públicas que vienen desarrollando en los últimos años, no se le ha pasado por alto la circunstancia de que frecuentemente la gestión directa de una actividad pública reasumida se lleve a cabo mediante un ente que tenga la consideración de medio propio personificado. Como ya analizamos, especialmente, las Administraciones recurren a la creación de entidades cuya personificación es de régimen privado en aras de la mayor «flexibilidad» que introducen en la gestión (porque supone una «huida del Derecho Administrativo»).

⁸⁸⁷ SSTC n.º 151/1992, de 19 de octubre, FJ 1; n.º 166/2002, de 18 de septiembre, FJ 3; n.º 219/2013, de 19 de diciembre, FJ 4; n.º 20/2017, de 2 de febrero, FJ 2.

⁸⁸⁸ C. MOLINA NAVARRETE, “Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo”, cit., p. 10.

A) Ya estudiamos que, en orden a la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los presupuestos necesarios para dirimir si se ha producido una sucesión de empresa no hay especialidades relevantes. La institución se aplica igualmente, ya se asuma la gestión directa administrativa o mediante una encomienda de gestión a una sociedad pública⁸⁸⁹. Quizás la única diferencia esté en que las cláusulas convencionales de subrogación laboral son susceptibles de vincular con mayor probabilidad a una empresa pública cuyo objeto social se incardine en el ámbito del instrumento de negociación colectiva que a las AAPP sobre la que hay una consolidada jurisprudencia sobre su inaplicación. Aunque no es una cuestión resuelta jurisprudencialmente⁸⁹⁰.

B) También anticipamos que respecto a la selección de personal en estas entidades instrumentales de derecho privado no hay duda de que la DA 1 impone el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, en tanto que remite al artículo 55 EBEP. Con todo, vimos como esa extensión de dichos principios no implica la aplicación del resto de reglas del Estatuto Básico, más concretamente en lo que nos interesa, no implica la aplicación del procedimiento selectivo reglado previsto para los empleados públicos en los artículos 56 y ss. del EBEP y en la normativa de la función pública que desarrolle tales previsiones. Este tipo de sociedades han de recurrir a otras fuentes normativas para desarrollar su procedimiento de acceso, que será más flexible por cuanto que la decisión del legislador responde a la necesidad de que la selección sea más ágil en estas entidades (por muy cuestionable y cuestionado que haya sido). En concreto, el marco regulador se encontrará, con suerte, en la normativa propia de creación de la entidad, o en sus estatutos, o en el convenio colectivo. En su defecto, la regulación del proceso y las pruebas selectivas corresponderá a la convocatoria aprobada en la que los órganos gestores de la entidad tienen una extraordinaria discrecionalidad para su configuración. Esto es lo que suele ocurrir en la práctica habitual, por lo que se ha calificado que la DA 1 EBEP, si bien es suficientemente clara, su falta de desarrollo constituye un «brindis al sol».

C) Por su parte, prácticamente la totalidad de la doctrina científica que ha estudiado la reversión de concesiones y sus efectos laborales coinciden en que la fórmula menos conflictiva de integrar a la plantilla sea a través de una sociedad pública instrumental.

a) Ello, siempre y cuando, claro está, las restricciones tanto a la creación de estas empresas como para la contratación de personal lo permitan⁸⁹¹. En el primer caso, se refiere a los límites derivados del principio de estabilidad presupuestaria (art. 85.2 y DA 9 LRBL), pues solo aquellas administraciones locales que no estén sometidas a un plan de ajuste o un plan económico-financiero podrán crear una nueva sociedad pública para asumir la prestación del servicio, eso sí, asumiendo las cargas acreditativas y procedimentales que la ley prevé. Entre ellas, la necesidad de aportar una memoria justificativa que valore la rentabilidad económica de la opción seguida de crear una nueva sociedad para asumir el servicio. Dicha rentabilidad debe proyectarse también

⁸⁸⁹ Capítulo quinto, apartado IV.3.

⁸⁹⁰ Capítulo sexto, apartado II.3.1.

⁸⁹¹ Capítulo quinto, apartado IV.4.

sobre los gastos asociados al personal, por lo que si la operación es constitutiva de una transmisión de empresa el análisis económico deberá contemplar las obligaciones laborales y de seguridad social derivadas de la subrogación. En este sentido, los costes pueden condicionar la creación de la sociedad⁸⁹². En el segundo caso, por la aplicación de las reglas presupuestarias relativas al incremento de plantillas. En especial ha de recordarse que sigue vigente el apartado Dos de la DA 26 LPGE 2017 que, aunque se muestra menos restrictivo para la integración de la plantilla en una sociedad mercantil pública, requiere que se haga en cumplimiento de una sentencia judicial o previa superación de pruebas selectivas de acceso a la función pública para que no compute como personal de nuevo ingreso en el cálculo de la mencionada tasa. Y ello conduce a un callejón sin salida, porque el legislador presupuestario olvida los límites derivados de la normativa sobre estabilidad presupuestaria para la creación y mantenimiento de este tipo entidades⁸⁹³.

b) Con todo, como decía, las autoras y autores que han estudiado el tema han defendido que, en la medida en que al personal de estas sociedades se les aplica el derecho laboral en su integridad, salvo los preceptos del EBEP indicados por la DA 1, que no afectan al régimen jurídico de personal y a las reglas y procedimientos de acceso al empleo público (más allá de los principios), su integración será más flexible que en una entidad pública pudiéndose conservar, sin matices, todos los derechos y obligaciones laborales existentes antes de la transmisión. Incluido el vínculo contractual indefinido en tanto que no cabe aplicar a estas sociedades la figura del «indefinido no fijo de plantilla» que es una tipología de empleado público (art. 8.2.c EBEP)⁸⁹⁴.

Sin embargo, esto ya no es así.

2. El alcance de la DA 1 EBEP sobre la forma de integración

En efecto, como ya señalamos en el capítulo anterior, si bien hay convergencia sobre la proyección legal de los principios contenidos en el artículo 55 EBEP a las sociedades mercantiles

⁸⁹² J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., pp. 29-30/32 pdf descargado.

⁸⁹³ S. YAGÜE BLANCO; J. A. ALTÉS TÁRREGA, “Reversión de contrata públicas y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, cit., p. 4/15 pdf descargado.

⁸⁹⁴ Por todos, C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 40. J. L. MONEREO PÉREZ, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, cit., pp. 306-307. Más recientemente, en J. L. MONEREO PÉREZ Y OTROS, “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, cit., p. 51. Los autores consideraban que no habría problemas en que la subrogación se practicara con la imposición de las mismas condiciones de fijeza, y para ello, se basan además en las numerosas y recientes normas de racionalización del sector público general, autonómico y local que, con buen criterio -dicen-, establecen expresamente la sucesión legal del empleador en el sector público. También mantienen la subrogación en sociedades con carácter indefinido: J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 28/32 pdf descargado. F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 109. L. LÓPEZ CUMBRE, “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, cit., p. 146. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 163 y ss. R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 189. Entre muchos otros.

del sector público, la uniformidad se pierde en la concreción del alcance de dichos principios, existiendo dos líneas hermenéuticas que han tratado de explicar su virtualidad en estos casos: una, relacionada con la proyección de dichos principios sobre los procesos y pruebas selectivas (A); y la otra, trata de dirimir su eficacia cuando la legislación social sanciona con la adquisición de fijeza del trabajador (B). Si bien ambas cuestiones están relacionadas, no son exactamente lo mismo y, en ocasiones, pueden inducir a confusión.

A) En este sentido, destacábamos que es comúnmente aceptado que en las empresas del sector público se pueden aplicar los principios de mérito y capacidad de forma diferenciada (sin que pueda eludirse su observancia), en la medida en que no se concretan en idénticos procedimientos de reclutamiento, ya que no interviene el EBEP (salvo los arts. 55 y 59), sino otras fuentes normativas diversas a las que ordenan el acceso al empleo en AAPP⁸⁹⁵. Por ello, en tanto que no rigen esas reglas jurídicas, no debería haber impedimento para subrogar al personal proveniente de una contratista privada por transmisión empresarial. Y es que las exigencias de observancia de los principios contenidos en el artículo 55 pueden plasmarse en un procedimiento de acceso realmente sencillo, sin olvidar que, incluso en el más exigente acceso a la condición de personal laboral fijo en una Administración Pública⁸⁹⁶.

Esta postura concuerda con la del Tribunal Supremo en la STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/14), sobre despido colectivo, que recoge la doctrina de la citada STC n.º 8/2015, de 22 de enero (FJ 9) aludiendo sobre la misma que *“la claridad de la regulación legal –en su exposición por el intérprete constitucional máximo– hace que resulte ociosa cualquier otra consideración...”*. Así pues, concluye que *“no cabe equiparar el régimen jurídico correspondiente al sector público «administrativo» con el sector público «empresarial», pues «el factor diferencial entre una y otra categoría de trabajadores se encuentra en la diferente estructura en la que se incardinan, que los convierte en grupos o categorías personales diferentes que admiten la atribución por el legislador de consecuencias jurídicas distintas”*.

Más contundente es todavía la STS de 6 de julio de 2016 (rec. 91/16) que enjuicia el proceso de impugnación del Convenio Colectivo del personal de la empresa TRAGSA adscrito al servicio de brigadas de emergencia, en el se pretende la declaración de nulidad de su artículo 26 en lo referente a la tercera fase de proceso de cobertura de plazas, por entender los promotores del recurso que cuando se limita la participación a dos colectivos (fijos discontinuos y trabajadores que hayan trabajado seis meses en el servicio) se produce una restricción contraria al derecho constitucional en el acceso al empleo público⁸⁹⁷. El TS rechaza tal interpretación afirmando que

⁸⁹⁵ STSJ Asturias de 26 de septiembre de 2017, rec. 1574/17.

⁸⁹⁶ C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 39.

⁸⁹⁷ Fase 1: a) trabajadores en situación de excedencia especial, y b) trabajadores que figuren en las relaciones de personal en el mismo puesto de trabajo y un periodo de contratación igual al de la vacante producida. Fase 2: promoción interna. Fase 3: las plazas que subsistan se agruparan para ofertar a final del año natural: a) trabajadores interesados en ocupar un puesto de trabajo inferior; b) personal del servicio compuesto por el personal con contrato fijo discontinuo y personal que haya trabajado 6 meses en el servicio.

“tanto el art. 23.2 como el 103.3 de la Constitución se refieren al acceso a la función pública, inaplicables aquí pues se trata de trabajadores que mantienen una relación laboral común con una entidad empresarial con forma societaria”. Y es que “la Constitución solo contempla el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad con respecto a las funciones y cargos públicos. Solo el acceso a las funciones públicas debe regirse igualmente por los principios constitucionales en cuestión”. Por tanto, habida cuenta de que TRAGSA no es una Administración, sino una sociedad mercantil estatal, “no está obligada a cumplir con los principios constitucionales de acceso a la función pública” y “no puede hablarse de un derecho de los ciudadanos (acceder a un empleo en esa entidad) que sea vulnerado por la regulación del convenio”. Además, teniendo en cuenta la actividad de la empresa, parece conveniente incorporar a trabajadores que reúnan la formación y experiencia adecuada, sin que sea posible exigirles los requisitos generales previstos para el acceso al empleo público. Eso sí, lo dicho no obsta para que sea «deseable» y «lógico» que se actúe con arreglo a esos principios, tal y como pretendía hacer el convenio impugnado.

Un sector de la doctrina ha criticado la contundencia con la que el Tribunal Supremo declara en esta resolución la inaplicabilidad del Estatuto Básico en toda su extensión (incluyendo los principios de acceso) y la total omisión de la existencia de la DA 1 EBEP⁸⁹⁸. Sin embargo, aunque pueda ser reprochable que no haga siquiera una mención a esta última norma, la Sala se refiere claramente al ámbito aplicativo del derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad en el acceso a la «función pública» y a los «principios constitucionales» que deben observarse. Ni en estos casos se trata de función pública –tampoco del más amplio concepto de empleo público conforme al ámbito de aplicación del EBEP–, ni los principios citados tienen una base constitucional pues pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria⁸⁹⁹.

Por tanto, para concluir esta primera idea presentada puede decirse que es el legislador quien ha extendido la aplicación de dichos principios para el personal de las entidades de derecho privado del sector público y que su opción política no incluye la superación del procedimiento previsto para la adquisición de la condición de empleado público. Sin embargo, tradicionalmente se ha mezclado este debate con la delimitación de las consecuencias derivadas de irregularidades

⁸⁹⁸ “A pesar de ello, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de julio de 2016 (rec. 229/15), sostiene que a las sociedades mercantiles públicas no se les aplica el EBEP –en ninguno de sus extremos– ni tampoco los principios de acceso al empleo público”. [...] “Como se ve, el Tribunal Supremo en esta Sentencia no nombra la Disposición Adicional 1 del EBEP antes descrita –la que establece que los principios de acceso a la función pública son aplicables a las sociedades empresariales públicas– ni siquiera para descartarla”. Cfr. A. TODOLÍ SIGNES, “Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresa según la entidad receptora del servicio”, cit., pp. 224-225. Críticas que han sido recogidas y secundadas por otros autores: E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 255. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., pp. 121-122.

⁸⁹⁹ Un sector de la doctrina ya se mostraba, antes del EBEP, contrarios a su aplicación: J. LÓPEZ GANDÍA, “Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública”, *Poder Judicial*, n.º 3, 1986, p. 158. E. GONZÁLEZ BIEDMA; F. J. CALVO GALLEGOS, “Las relaciones de trabajo en las empresas públicas”, cit., p. 311. J. RIVERO LAMAS, “Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas: marco general”, en AA.VV. (Coord. Francisco J. Gárate Castro) *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2004, p. 21.

laborales que imponen la fijeza de la relación contractual y que *de facto* colisionan con las normas de la función pública que establecen los requisitos para ser personal laboral fijo.

B) En efecto, por otro lado, se ha tratado de explicar la virtualidad de dichos principios de acceso al empleo público a través de la confusa y cambiante jurisprudencia acerca de la adecuación del «indefinido no fijo» de plantilla en las sociedades mercantiles del sector público⁹⁰⁰.

En este orden de acontecimientos debe precisarse que la aplicabilidad de la construcción jurisprudencial del «indefinido no fijo» no viene determinada por la necesaria –e indiscutible– observancia de los criterios de igualdad, mérito y capacidad en todo el sector público, sino cuando estos condicionan –según la jurisprudencia social consolidada– por imperativo constitucional la adquisición de fijeza como empleado público. Es más, cabría puntualizar que solo tendría sentido esta figura si se entiende que es un requisito *sine qua non* exigido por el constituyente, algo que, como se viene defendiendo, ocurre indubitativamente en la función pública administrativa pero es más discutible en el empleo público laboral. Pero, en cualquier caso, el legislador optó por exigir la superación de una selección objetiva basada en aquellos principios en ambos tipos de empleo público, de suerte que se plasman en el específico procedimiento selectivo previsto en el Título IV EBEP y sin el cual no se puede constituir la relación de servicios.

Pues bien, siendo una entidad incluida en el ámbito de aplicación del Estatuto y superando los aspirantes el proceso aludido, se convertirán en empleados públicos (art. 8 EBEP) y les será de aplicación todo el estatuto jurídico de aquellos con independencia de la naturaleza administrativa o contractual de la relación –sin perjuicio de las matizaciones legales oportunas para cada caso–. Sin embargo, para el personal contratado por las entidades del sector público que no están incluidas en el artículo 2, la DA 1 EBEP determina claramente cuáles son los únicos preceptos aplicables. Por consiguiente, la adquisición de fijeza no viene condicionada por las mismas reglas selectivas, ni su régimen jurídico-profesional quedará sometido al Estatuto, por lo que no puede considerarse en ningún caso empleado público⁹⁰¹.

Así pues, no es coherente considerar que el personal que accede al empleo en estas empresas públicas bien de forma irregular (contratación civil o laboral temporal fraudulenta, cesión ilegal, etc.) o bien a través de una sucesión empresarial, deba convertirse en indefinido no fijo, pues únicamente tiene explicación cuando se trata de compatibilizar la sanción de fijeza de la

⁹⁰⁰ Entre otros: J. M. GOERLICH PESET; L. E. NORES TORRES, “Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, cit., p. 107. E. ÁVILA CANO, “La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua”, cit., p. 253. R. ROQUETA BUJ, *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, cit., p. 18.

⁹⁰¹ En este sentido, si bien califica de errónea la decisión del legislador: D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cit., p. 236. Igualmente: R. ROQUETA BUJ, *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 27.

norma laboral con la adquisición de la relación de servicios previa superación de las reglas administrativas que habilitan al aspirante para acceder a ella⁹⁰².

En síntesis, no subsisten las mismas razones que motivaron la aplicación del indefinido no fijo y, en consecuencia, no hay obstáculo alguno para la subrogación laboral con carácter fijo⁹⁰³. Así las cosas, tampoco hay una base legal que permita diferenciar en estas sociedades mercantiles entre personal laboral indefinido y el fijo si no se aplica el artículo 8 EBEP. Serán, en todo caso, indefinidos/fijos o temporales como en cualquier otra empresa privada, en los términos que contempla la legislación laboral común. En esta misma dirección se han movido algunos autores de la doctrina administrativista cuando defienden que la contradicción entre la norma laboral subrogatoria y los principios de igualdad, mérito y capacidad del artículo 55 EBEP se salva debido a que los trabajadores de las sociedades estatales no son empleados públicos, por lo que entienden que debe descartarse de plano esta solución si la reinternalización se realiza acudiendo a la gestión directa a través de una sociedad participada con fondos públicos⁹⁰⁴.

Considero que esta interpretación se vería respaldada por la Disposición Adicional 26 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2017, que se analizará posteriormente con mayor detalle. Su apartado Dos, aún vigente tras la STC n.º 122/2018, de 31 de octubre, no impide, como sí que hacía el derogado apartado Uno, que los trabajadores se integren como empleados públicos del artículo 8 EBEP. En efecto, en la primera parte de la norma se prohibía que tal fuera régimen jurídico de personal si la reversión se producía en una Administración Pública de las

⁹⁰² En este sentido, la STSJ Aragón de 28 de diciembre de 2017, rec. 675/17: “*la aplicación de estos principios (igualdad, mérito y capacidad) a sociedades mercantiles del sector público sujetas al derecho privado y excluidas del EBEP, confirma que la norma general es la no aplicación de normas y figuras propias de este estatuto, como la controvertida de «personal indefinido no fijo», ya que de no ser así, se estaría identificando el régimen de personal de estas empresas con las sujetas al EBEP, cuando éste las excluye de su ámbito*”. En una línea muy similar las STSJ Cataluña de 5 de abril de 2018, rec. 229/18; STSJ Madrid de 13 de octubre de 2017, rec. 663/17.

En contra, un sector de la doctrina: J. B. VIVERO SERRANO, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, cit., pp. 56-58. El autor defiende que no debería haber dudas de la extensión de los principios constitucionales porque independientemente de la forma jurídica de personificación, si se considera a la entidad parte del sector público en base a criterios presupuestarios y económico-financieros, desde esta perspectiva deberían ser también sus trabajadores empleados públicos, además de que se les aplican ciertas normas previstas para estos, como la Ley de incompatibilidades. Por eso, el TJUE puso coto a la no aplicación de las Directivas en materia de contratación pública. Y es que carece de sentido que cuando una misma actividad sea asumida directamente por una entidad de derecho público estos tengan plena aplicación y cuando lo sea por una sociedad o entidad sometida al derecho privado puedan excluirse. Por el mismo motivo, también se ha defendido que debe ser predicable en el acceso al empleo en estas sociedades el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades (art. 23.2 CE) si el objeto de la actividad es satisfacer actividades de interés general, aunque reconoce que en la práctica no funciona así y la selección de su personal queda más próxima a la libertad de contratación como si de una empresa privada se tratara. En el mismo sentido: M. A. GARCÍA RUBIO, “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, cit., p. 343.

⁹⁰³ C. L. ALFONSO MELLADO, “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)”, cit., p. 40. En el mismo sentido: J. L. MONEREO PÉREZ, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, cit., p. 307. A. TODOLÍ SIGNES, “Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresa según la entidad receptora del servicio”, cit., p. 223.

⁹⁰⁴ F. CASTILLO BLANCO, *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, cit., p. 110.

referidas por los artículos 2.1 EBEP y 2.3 LRJSP, pero no se refiere al mismo cuando la integración se lleve a cabo en una Sociedad mercantil tal y como dispone el segundo apartado. Lógicamente, porque en estas últimas el personal laboral no sería en ningún caso empleado público. Además, una de las excepciones que prevé para su integración al margen del cómputo de la tasa de reposición es que la incorporación se realice “*previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*”, lo que no quiere decir en ningún caso que dicho procedimiento sea el previsto en los artículos 55 y ss. EBEP. Lógicamente, será un proceso más sencillo y rápido que permita su finalización antes de la subrogación.

Ahora bien, como se ha avanzado, la jurisprudencia no ha contribuido a clarificar esta cuestión con sus constantes vaivenes y cambios de criterio sobre la aplicación del indefinido no fijo en dichas sociedades. En un primer momento, fue un criterio consolidado aquel mediante el cual se admitía esta figura sobre la premisa de que la no superación de un reclutamiento previo basado en los principios de mérito y capacidad “*acreditados en un proceso público de selección de los legalmente establecidos*” no podía conducir a la adquisición de fijeza. Así, por ejemplo, en un supuesto en el que se negó que la transformación de la naturaleza jurídica de Correos y Telégrafos de Entidad pública empresarial a Sociedad anónima estatal fuera determinante para que una trabajadora antes declarada indefinida no fija laboral pasara a ser considerada fija a resultas del cambio en el régimen de la empleadora. En consecuencia, en la STS de 28 de marzo de 2007 (rec. 5082/05), la Sala 4ª entendió que el contrato fue válidamente extinguido ante la cobertura reglamentaria de la plaza por quien había superado el proceso selectivo. Como se ha remarcado, se alude a la necesidad de superación de los procedimientos de selección públicos legalmente establecidos en estas sociedades privadas, pero debe advertirse que el litigio se produce bajo el amparo de la LMRFP que no contemplaba una previsión equivalente a la DA 1 que permitiese discriminar entre ambos supuestos. Bajo el marco normativo anterior y en supuestos similares que involucraban a diferentes sociedades estatales el TS reiteró su posicionamiento (Radio Nacional de España, SA, Televisión Española, SA, etc.)⁹⁰⁵.

Una vez aprobado el EBEP el Alto Tribunal estimó la inaplicabilidad de esta categoría de empleado público laboral en sociedades mercantiles públicas. En este caso, el conflicto se produce a consecuencia de que los trabajadores fueron declarados indefinidos no fijos por cesión ilegal en la Entidad pública empresarial AENA en 2008 (SSTS de 18 de septiembre de 2014 (2), rec. 2320 y 2323/13). Posteriormente, a resultas de la privatización de parte de su actividad que es encomendada a la sociedad de nueva creación AENA Aeropuertos, SA, se produce una transmisión de empresa. Más tarde, los trabajadores reclamarán judicialmente la transformación de la naturaleza jurídica de su vínculo de indefinidos no fijos a fijos de plantilla ante la decisión de

⁹⁰⁵ SSTS de 12 de mayo de 2008, rec. 1956/07; de 24 de julio de 2008, rec. 3964/07; de 9 de octubre de 2008, rec. 4029/07; de 13 de octubre de 2008, rec. 3170/07; de 3 de noviembre de 2008, rec. 4619/06; de 4 de diciembre de 2008, rec. 4592/07; de 12 de diciembre de 2008, rec. 1199/08; de 19 de enero de 2009, rec. 1066/08; de 22 de enero de 2009, rec. 1636/08; de 26 de enero de 2009, rec. 364/08; de 29 de enero de 2009, rec. 326/08; de 3 de abril de 2009, rec. 773/07; de 26 de mayo de 2009, rec. 2198/08.

la sociedad empleadora de extinguir sus contratos para cubrir las plazas con personal seleccionado a través de una bolsa de trabajo. La Sala entiende que el hecho de que los contratos de trabajo hayan dejado de vincular a una entidad pública empresarial y dependan ahora de una sociedad excluida del EBEP hace difícil seguir sosteniendo la calificación de indefinidos no fijos, pues dicha figura fue creada judicialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios en una entidad de derecho público y la empleadora incurre en fraude en la contratación temporal. Y añade que tanto el mantenimiento de la relación laboral como indefinido no fijo tras el traspaso, como la cobertura reglamentaria de las plazas que ocupaban –ambas cuestiones fueron negociadas colectivamente–, solo era posible mientras dependían de una empleadora sometida al derecho público, pero no cuando pasan a prestar servicios para una empresa privada en la que no cabe contemplar las «particularísimas características» de aquel tipo de vínculo contractual.

En términos utilizados por las sentencias referidas, *“la justificación de la figura del trabajador “indefinido no fijo” se halla [...] en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública; elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados”* (rec. 2320/13). O, de manera aun más precisa se especifica que el indefinido no fijo *“no es aplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, que no están obligadas a cumplir con esos principios constitucionales del acceso «a la función pública», que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE”* (rec. 2323/13). Además, en este último asunto, el TS pone de relieve que, a diferencia de lo que ocurría en el grupo de sentencias de la etapa anterior, al momento de ser despedidos los trabajadores el Estatuto ya había sido aprobado (y con él el deslinde de requisitos que hace la DA 1 EBEP).

Alguna autora destaca que esta postura hace una interpretación restrictiva del ámbito en que puede existir el indefinido no fijo en atención al tipo de empleador del sector público, lo que a la postre se traduce en una interpretación *pro operario* que incrementa la protección del empleo del trabajador⁹⁰⁶. Mientras que otras, con amplia experiencia en el estudio de la materia, consideran esta doctrina formulada para supuestos precisamente inversos (privatización) no encuentra obstáculo alguno para ser aplicable cuando acontezca una sucesión de empresa entre una empresa contratista privada y una sociedad de capital público⁹⁰⁷.

Por su parte, la STS de 7 de julio de 2016 (citada antes) se hace eco de estas últimas sentencias y reitera el criterio de la inaplicación del indefinido no fijo, pero de forma instrumental para defender la inexistencia de un derecho constitucional en el acceso al empleo en sociedades públicas en los términos comentados con anterioridad. En cambio, poco después, con la STS de 23 de noviembre de 2016 (rec. 91/16), vuelve a sostener que tanto en los casos en los que una Administración o una empresa pública participa en una cesión ilegal, la consecuencia que

⁹⁰⁶ M. ARENAS VIRUEZ, “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 129, 2015, p. 142.

⁹⁰⁷ J. ORTEGA BERNARDO; M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, cit., p. 28/32 pdf descargado.

determinará derivada del artículo 43.4 ET debe matizarse mediante la vinculación del trabajador con contrato indefinido no fijo de plantilla, habida cuenta del sometimiento a los principios de igualdad, mérito y capacidad que imponen, al menos, la superación de un concurso de méritos.

Y, de nuevo, vuelve a cambiar de postura en algunos autos de la Sala por los que se inadmitía el recurso de casación afirmando que *“la construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, pues no están obligadas a cumplir con los principios constitucionales de acceso a la función pública, que es a lo que se contrae el mandato del art. 103.3 CE”*. En consecuencia, a las sociedades del sector público *“no le son aplicables los artículos 23.2 y 103.3 CE, ni tampoco el EBEP, por lo que ninguna razón existe para que el fraude en la contratación implique la declaración de la existencia de una relación laboral indefinida no fija, en lugar de indefinida”* (ATS de 26 de junio de 2018, rec. 90/18⁹⁰⁸).

C) Como puede verse, tanto la proyección de los principios sobre el procedimiento selectivo como el alcance de su inobservancia o vulneración se ven influidos entre sí, desembocando en un constante vaivén de criterios jurisprudenciales. Sin embargo, parece que, desde hace poco, esta cuestión a quedado tajantemente cerrada por parte del Alto Tribunal

3. La «última palabra» del Tribunal Supremo: a las sociedades públicas se les aplica la figura del «indefinido no fijo»

A) En el último capítulo de la larga y tortuosa evolución jurisprudencial, la propia Sala de lo Social reconoce que *“no ha habido pronunciamientos uniformes de este Tribunal acerca de la controversia litigiosa”*, por lo que reunida en sesión plenaria se propone ahora determinar si la condición de trabajador indefinido no fijo es también extrapolable a las sociedades estatales (SSTS de 18 de junio de 2020 (3), rec. 1911, 2005 y 2811/18; de 2 de julio de 2020, rec. 1906/18⁹⁰⁹).

En todos litigios que se analizan, a los trabajadores les fue reconocida (tanto en instancia como en suplicación) la condición de personal laboral fijo en la Sociedad Anónima AENA Aeropuertos, tras la celebración de sucesivos contratos temporales en fraude de ley. Por tanto, la representación de la empresa pública se alza en casación al estimar infringidos los principios de igualdad, mérito y capacidad. Tras repasar todas las sentencias que se han expuesto anteriormente, el Alto Tribunal considera que se debe partir de la premisa de que la Sociedad AENA no es una Administración Pública ni una entidad de derecho público. Para ello, realiza un

⁹⁰⁸ En el mismo sentido, AATS de 22 de marzo de 2018, rec. 3014/17; de 10 de abril de 2019, rec. 3661/17; de 19 de abril de 2018, rec. 2241/17; de 3 de julio de 2018, rec. 259/18; de 19 de julio de 2018, rec. 234/18; de 5 de septiembre de 2019, rec. 4531/18; de 18 de octubre de 2018, rec. 1316/18; de 24 de enero de 2019, rec. 1843/18.

Una exhaustiva y fundamentada crítica –aunque no compartida en algunos aspectos por quien escribe estas palabras– al sentido de estos autos –en particular, al último citado– en: J. FONDEVILA ANTOLÍN, “El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas”, cit., p. 105 y ss. Véase la síntesis en sus conclusiones finales (pp. 121-122).

⁹⁰⁹ Reiterada por SSTS de 2 de julio de 2020, rec. 4195/17; de 10 de septiembre de 2020, rec. 3678/17; de 17 de septiembre de 2020, rec. 1408/18; de 26 de enero de 2021, rec. 71/20 (sobre una Fundación); de 1 de junio de 2021, rec. 3973/18.

exhaustivo análisis del ámbito de aplicación de las principales leyes administrativas que delimitan lo que, a efectos de su objeto de regulación, ha de considerarse administración y/o sector público (FJ 7). A partir de ahí, basa su defensa de la aplicación del indefinido no fijo en tres argumentos⁹¹⁰:

a) En primer lugar, considera que “el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la DA 1 en relación con el art. 55.1 del EBEP”. Esto es, extiende el artículo 8.2.c EBEP más allá del campo de aplicación del Estatuto (art. 2) pues considera que la distinción entre los diversos tipos de personal laboral opera también en el más amplio concepto de entidad del sector público estatal, autonómico y local ex DA 1. Para ello, la Sala trata de evidenciar, apoyándose en ciertos pasajes del articulado del EBEP que el legislador básico quiso distinguir entre «entidades de derecho público» y «entidades del sector público» (FJ 6), y considera que si quiso matizar esta diferencia es porque obedece a una razón. Por un lado, cita el artículo 85 que ordena las posibles «situaciones administrativas», habilitando a las Leyes de la Función Pública para contemplar otras diferentes cuando –entre otros supuestos– los empleados pasen a prestar servicios en organismos o «entidades del sector público» en régimen distinto al de funcionario de carrera. Y por otro, al artículo 90.3, que ordena que el funcionario de carrera declarado en suspensión de funciones por cumplimiento de pena o sanción no podrá prestar servicios en otras AAPP, organismos o «entidades de derecho público».

A mi juicio, no se comprende bien este razonamiento, ni tampoco que la ejemplificación realizada sirva para sustentar la tesis de la Sala, sino más bien parece que adquiriera mayor sentido si se la relaciona con la defensa de la postura contraria. Vayamos por partes.

En efecto, todos los supuestos citados hacen referencia a las «situaciones administrativas» del «funcionario de carrera» y que son auténticos derechos subjetivos *ex lege* consustanciales a la relación de servicios estatutaria⁹¹¹. Y es que el funcionario público quedará incorporado a la Administración con vocación de permanencia desde que adquiriera tal condición (art. 62 EBEP) sin que su relación pueda extinguirse por supuestos ajenos a los legalmente tasados (art. 63 EBEP), por lo que el ordenamiento jurídico contempla que puedan producirse determinadas vicisitudes en la relación de servicios que permitan una interrupción temporal de sus efectos sin llegar a extinguirla⁹¹². Así, si es suspendido disciplinariamente no podrá continuar desempeñando sus funciones en ninguna entidad de derecho público, lo que no obsta a que lo haga en otras entidades que no sean de derecho público y en las que no ocupe un puesto funcional. Del mismo modo,

⁹¹⁰ Comparte la argumentación del Pleno de la Sala: I. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “Temporalidad irregular en sociedades mercantiles estatales y declaración de indefinido no fijo (STS 18/6/20)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [13-07-2020]*), fecha de consulta 12 septiembre 2020, en <https://lignasibeltran.com>.

⁹¹¹ J. L. VALLINA VELARDE, “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, n.º 39, 1962, p. 467.

⁹¹² J. CANTERO MARTÍNEZ, “Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 176, 2008, p. 162.

las Leyes de la Función Pública podrán regular una situación administrativa especial diversa a las situaciones de servicios especiales que prevé el EBEP para aquellos casos en los que no pueda mantener la situación de funcionario de carrera, por ejemplo, por pasar a depender de una organización del sector público que no dispone de puestos de trabajo de esta naturaleza.

Ahora bien, estas situaciones son aplicables al personal administrativo y no al laboral (art. 92 EBEP). Solo los funcionarios de carrera son los titulares exclusivos del derecho “a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera” (art. 14.a EBEP), y ello a pesar de que las dinámicas de «administrativización» de las relaciones laborales en las AAPP han equiparado en buena medida el estatuto jurídico de funcionarios y contratados⁹¹³. En consecuencia, de un lado evidencia diferencias en el estatus de ambas relaciones de servicios basadas en el singular régimen de acceso que rige en la función pública y en la imparcialidad que se exige a los funcionarios públicos en atención de la reserva exclusiva de funciones relacionadas con la potestas del Estado (art. 9.2 EBEP). Y del otro, que la finalidad de tales situaciones es solucionar la incompatibilidad del mantenimiento la condición de funcionario público en una entidad de derecho pública, bien por prestar otros servicios subsumibles dentro de la noción constitucional de cargos y funciones públicas (arts. 87-88 EBEP)⁹¹⁴, bien por haber sido inhabilitado para ello (art. 90 EBEP)⁹¹⁵, pero no contempla tal incompatibilidad respecto a la realización de funciones en una entidad privada del sector público⁹¹⁶. De ahí que no sean equiparables las nociones de entidad de derecho público y entidad del sector público ni en los requisitos de acceso, ni en el régimen jurídico aplicable a su personal que incluye la figura del indefinido no fijo.

b) En segundo lugar, asevera el Alto Tribunal que “la relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando” y que “dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad”.

⁹¹³ A. L. BLANCO HIGUERA, “La ficción convencional del trabajador inamovible”, *Auditoría Pública*, n.º 70, 2017, p. 139.

⁹¹⁴ El primero contempla situaciones en las que el funcionario pasa a ocupar determinados cargos de naturaleza política o de especial responsabilidad, mientras que en el segundo lo relevante es que pasa a ocupar otro puesto de funcionario en otra Administración distinta. El legislador básico eliminó la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público, sin perjuicio de que el legislador de desarrollo pueda recuperarla. Véase: J. CANTERO MARTÍNEZ, “Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo”, cit., pp. 177, 179 y 186.

⁹¹⁵ El régimen jurídico de esta situación se encuentra a caballo entre las normas reguladoras y de las situaciones administrativas y las del régimen disciplinario. Su consecuencia es la privación de funciones y de los derechos correspondientes “de tal forma que los funcionarios suspendidos no pueden prestar servicios en ninguna Administración pública ni en los organismos públicos, agencias o entidades de Derecho público dependientes o vinculados a ellas durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción”. Cfr. *Ibid.*, pp. 194-195.

⁹¹⁶ Hasta la aprobación del EBEP estos casos se reconducían a la situación administrativa de excedencia voluntaria o por incompatibilidad. Ahora, ante la ausencia de regulación básica, será el legislador de desarrollo quien deba contemplarlos (*Ibid.*, p. 178.).

De nuevo, no podemos estar de acuerdo con tal afirmación. Primero, porque el indefinido no fijo no es aplicable a la «función pública» estatutaria o administrativa, sino que solo tiene sentido en el marco de las relaciones laborales de empleo público a las que son aplicables las normas laborales y las consecuencias que aquellas imponen frente a supuestos de fraude (adviértase la diferenciación de la Sala entre función pública y empleo público declarando su aplicación a ambos). En segundo lugar, porque como venimos defendiendo en este trabajo, la igualdad, mérito y capacidad que debe regir el acceso al empleo público laboral tiene una base legal –no constitucional–, sin perjuicio de que el artículo 14 CE sirva de garantía para evitar que decisiones de los poderes públicos otorguen un trato desigual caprichoso. Partiendo de esta premisa se antoja difícil mantener la figura del indefinido no fijo en el empleo público laboral por cuanto que las normas que pretenden ponderarse son ambas de rango legal y no deben su existencia a una decisión del constituyente. Además, nada obsta a que si el legislador decide prever una solución concreta y específica para estos supuestos pueda efectuarla con libertad siempre que no sea irrazonable, arbitraria o desproporcionada. Y tercero, porque la empleadora no es, tal y como afirma, una «entidad pública» a efectos de la aplicación del conjunto normativo del EBEP, confundiendo términos a pesar del esfuerzo realizado en su argumento inmediatamente anterior por discriminar entre entes de derecho público y del sector público. De modo que, si la irregularidad laboral no debe ponderarse con la necesidad de acceder al empleo público superando el oportuno proceso selectivo, ni puede predicarse en este caso la existencia de un derecho constitucional con el que deba cohonestarse, no tiene sentido declarar la relación como indefinida no fija de plantilla ya que desaparece la finalidad para la cual fue creada.

c) En tercer lugar, reconoce que es cierto que el artículo 103.3 CE hace referencia a la «función pública», pero que “el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública no impide que normas de rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la DA1 en relación con el art. 55 EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades” [todos los subrayados son míos].

Sorprende esta afirmación porque por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se acepta que los principios de igualdad, mérito y capacidad en el empleo público no funcional tienen una base legal y no constitucional. Probablemente se deba a que se refiere a una noción amplia de función pública que comprende tanto el empleo administrativo como el laboral, pero resulta un tanto extraño porque en su primer argumento ha deslindado perfectamente ambos conceptos. De nuevo, vuelve a hacer referencia al «empleo público» en sociedades mercantiles cuando tal consideración es técnicamente incorrecta porque la DA 1 no habilita a que operen más preceptos que los que expresamente señala, por lo que no se aplica el artículo 8 y ss. EBEP ni aquellos otros que permiten la adquisición y pérdida de la relación de servicios.

Lo cierto es que no era nuestra intención dejar constancia de las posibles incongruencias en las argumentaciones del Alto Tribunal. Más al contrario, lo que se pretende es evidenciar la dificultad extrema que conlleva el manejo de los conceptos y categorías jurídicas empleadas, debido a la ausencia de una normativa positiva clara y precisa tanto a nivel constitucional como legal. Pues bien, esta ambigüedad jurídica, además de la inseguridad, facilita la defensa de una u otra postura según la finalidad que se persiga.

B) A mi parecer, como advertía al en el apartado anterior, son dos cuestiones que, aunque puedan tener cierta conexión, se entrecruzan llevando a confusión. Lo que la primera línea doctrinal y jurisprudencial trata de resolver, y parece aparentemente claro, es que el hecho de que deban observarse idénticos principios que en el acceso al empleo público no conlleva seguir las mismas reglas administrativas que se requieren para adquirir la condición de servidor público. Así lo entienden algunos autores como SÁNCHEZ MORÓN, que afirma que “*su concreción [referido a los principios] será diferente en estos casos [empleo en sociedades públicas], pues no existe un procedimiento administrativo de selección en sentido propio*”. Sin embargo, no obsta a que “*los principios del EBEP deben quedar adecuadamente garantizados*” pues, como continúa diciendo, “*su infracción determinará la invalidez del contrato del personal seleccionado, que podrá reclamarse ante los órganos judiciales competentes*”⁹¹⁷. Además de que, cuando estas sociedades sometidas al derecho privado participen –como entes dependientes de una Administración– en el ejercicio de potestades públicas o realicen actividades de interés general como prestar un servicio público, tendrán la consideración de «poder público» y quedarán como tal sometidas al respeto de los derechos y libertades constitucionales, sin que sea admisible la dispensación de un trato discrecional o arbitrario al albur del artículo 14 CE⁹¹⁸.

En cambio, la segunda línea hermenéutica trata de analizar si persiste en estas Sociedades la finalidad que llevó a adoptar la figura del indefinido no fijo. La última postura jurisprudencial entiende que sí sobre la base de la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad ex DA1 y artículo 55 EBEP. Y aquí se produce la confusión: porque ignora que la base jurídica de estos principios no reside en la Carta Magna sino en una decisión del legislador y, por tanto, su inobservancia no produce una vulneración constitucional alguna, sin perjuicio de las sanciones que corresponda aplicar. Pero también confunde al considerar que el trabajo en estas sociedades constituye un verdadero «empleo público» cuando no es así, porque a los trabajadores no se les aplica EBEP ni han superado los procedimientos legales de selección necesarios para que así sea. Como afirman CASTILLO BLANCO y JIMÉNEZ ASENSIO, que se deban aplicar esos principios no conlleva la completa aplicación del resto del EBEP. Es más, la remisión que la DA 1 EBEP hace solo a los arts. 55 y 59 relativos al procedimiento hace que ni siquiera la totalidad de principios que deben observarse en la selección de empleados públicos rijan aquí aplicables. Al contrario solo son extrapolables “*algunos principios*” dejando de lado otros como el carácter abierto de los

⁹¹⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Capítulo Décimo. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, cit., p. 400.

⁹¹⁸ En este sentido, la STC n.º 35/1983, de 11 de mayo, FJ 3.

procesos selectivos garantizando la libre concurrencia (art. 61.1 EBEP) o el principio de proporcionalidad en la valoración de los méritos (art. 61.3 EBEP)⁹¹⁹. Por tanto, si no se vulneran principios de base constitucional ni se infringe el procedimiento legal de acceso al empleo público, no se ajusta a la finalidad que motivó la creación del indefinido no fijo.

C) Pues bien, las tres sentencias del Pleno de la Sala cuentan con un Voto Particular del Magistrado D. ANTONIO SEMPERE NAVARRO que, con una claridad y coherencia jurídica intachables, expone lo que, a mi juicio, debería haber sido el posicionamiento mayoritario de la Sala.

Comienza reconociendo que si bien es cierto que la Sala de lo Social no había mantenido en el pasado una postura uniforme se debería haber acogido, para resolver el caso, la última doctrina del Supremo (SSTS de 20 de octubre de 2015; de 6 de julio de 2016, citadas) cuyas conclusiones toman en consideración la exposición doctrinal de la STC n.º 8/2015 sobre la diversa tipología de entidades del sector público y su encuadramiento jurídico.

a) Por tanto, como primera conclusión considera que una sociedad mercantil incluso participada íntegramente por fondos públicos no es una «entidad de derecho público» ex art. 2.1 EBEP. Incluso, se cuestiona si puede subsumirse dentro de las «entidades del sector público» a las que se refiere la DA 1, pues apoyándose en las principales leyes administrativas entiende que una sociedad mercantil no resulta equiparable al concepto de «entidad» que manejan. De hecho, aunque formen parte del sector público se presentan de forma diferenciada a las entidades públicas en general y a la entidad pública empresarial en particular. Y es que la noción de «entidad» posee ontología de derecho público, mientras que «sociedad» de derecho privado.

b) En segundo lugar, aun admitiendo que la sociedad mercantil quede comprendida en la noción de entidad del sector público ex DA 1 y deba *“someterse a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad, eso no significa que estemos ante aplicación de exigencia constitucional”*. A todas luces sería una fuente de rango legal la que lo impone.

c) En tercer lugar, analizando el origen de la doctrina del indefinido no fijo que es solventar la antinomia entre el bloque de normas laborales que declaran la fijeza del contrato de trabajo y aquel otro que exigen el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para acceder a un empleo público fijo, debe concluirse que cuando dichos principios no están integrados *“por preceptos constitucionales sino de rango legal, el modo de confrontarse ambos no puede ser el mismo que en caso distinto”*. Y es que, aunque se llegara a la conclusión de la efectiva virtualidad de dichos principios en el acceso al empleo en sociedades públicas por aplicación del EBEP y no por exigencias constitucionales, la consecuencia de infringirlos *“no habría de ser la de impedir la conversión del contrato en fijo, porque falta la palanca supralegal que lo justifique”*.

⁹¹⁹ F. CASTILLO BLANCO; R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, cit., p. 23.

d) Recuerda, además, que las consecuencias que impone la legislación laboral y que se presentan conflictivas, afectan al derecho al trabajo (art. 35.1 CE), a la virtualidad del ET (art. 35.2 ET) y a las exigencias de no discriminación (art. 14 CE), sin que pueda oponerse en estos casos lo reglado en los artículos 23.2 y 103.3 CE, por ser inaplicables. En este sentido, califica al voto mayoritario como una doctrina que *“acaba prefiriendo una hermenéutica que orilla la aplicación de las normas laborales comunes sin una exigencia constitucional o un claro mandato legislativo”*, añadiendo que *“la extensión del ámbito subjetivo de la figura del indefinido no fijo se hace en perjuicio de quienes trabajan y [...] sin resortes que así lo justifiquen”*.

A mi juicio, poco más se puede añadir a la exposición argumental analizada. Simplemente, me parece oportuno hacer notar que, de las palabras del Magistrado, parece desprenderse que sí que considera extensibles las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad al acceso del personal laboral que presta servicios en entidades de derecho público, tesis diversa a la que venimos defendiendo. Solo así se entiende que diferencie aquellos supuestos en los que cabe la aplicación del indefinido no fijo porque la norma laboral colisiona con exigencias de rango constitucional –y que lógicamente no se refiere al funcionario administrativo– de aquellos otros en los que por no alcanzar tal rango, requeriría la aplicación de otras soluciones diversas.

Sin embargo, el voto mayoritario de la Sala 4ª que ya ha sido reiterado creando jurisprudencia consolidada pone fin tanto a las divergencias preexistentes en su propio seno como a la división en la doctrina judicial anterior a estas importantes sentencias⁹²⁰. Pero, por más encomiable que pueda ser la intención del Tribunal Supremo tratando de tutelar el acceso al empleo en cualquier entidad que, por formar parte del sector público, se financie con recursos económicos del ciudadano/contribuyente –lo que ciertamente da lugar a su consideración como empleo público en sentido material–, queda claro que el marco legal y constitucional ha graduado las exigencias de acceso según se trate de función pública administrativa, empleo público laboral en una entidad de derecho público y empleo en el resto de entidades del sector público. A mi juicio, en lugar de convertir la relación laboral en indefinida no fija cuando los principios de igualdad, mérito y capacidad no se respetan en la selección de trabajadores por las empresas mercantiles del sector público o en la aplicación de las normas laborales de forma que impongan la sanción de fijeza, la única solución posible sería la extinción del contrato con derecho a indemnización para el trabajador y la necesaria repetición del proceso de selección para cubrir adecuadamente las plazas, sin perjuicio de la imposición de sanciones para la empresa y para las personas

⁹²⁰ Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 23 de enero de 2019 (rec. 4506/18), también dictada en Pleno, se alinea con la más reciente postura del Tribunal Supremo argumentando que procede declarar en todo el sector público la figura del indefinido no fijo, pues es la solución a la que se ha recurrido tradicionalmente para hacer frente a las irregularidades en la contratación temporal en las AAPP para evitar que las mismas se conviertan en una forma de acceder a ese tipo de empleo sin cumplir las exigencias legales establecidas para su provisión. Aunque también son numerosas las que se expresan en sentido contrario: STSJ Aragón de 28 de diciembre de 2017, rec. 675/17; STSJ Madrid de 13 de octubre de 2017, rec. 663/17; STSJ Madrid de 15 de febrero de 2018, rec. 603/17; STSJ Cataluña de 5 de abril de 2018, rec. 229/18; STSJ Cantabria de 11 de enero de 2019, rec. 798/18.

responsables de su ejecución⁹²¹. Eso sí, tampoco aquí podrá concluirse que la solución idónea sea la de la nulidad del contrato de trabajo ex artículo 64 LPAC sin una base jurídica como es la nulidad del acto no ajustado al procedimiento legal para la válida conformación de la voluntad de los órganos administrativos –ni existe tal procedimiento ni la decisión de la entidad puede tener consideración de acto administrativo– o la vulneración del derecho fundamental en el acceso.

D) En resumen, el Tribunal Supremo extiende a las sociedades mercantiles en su plenitud la doctrina del indefinido no fijo aplicable a entidades de derecho público. Ahora bien, igual que ocurre en aquellos casos –insisto, salvo error y omisión mío– no hay un pronunciamiento del Alto Tribunal que aplique la figura del indefinido no fijo por reversión de contrataciones públicas.

En este orden de cosas, sin perjuicio de que el debate analizado sea pertinente para decidir la fórmula de integración del personal cuando la reversión y la gestión directa de la actividad sea encomendada a una sociedad privada dependiente o controlada por una Administración, también puede traerse ahora a colación la idea (respaldada por la jurisprudencia constitucional) de que la subrogación no constituye un verdadero acceso al empleo en estas sociedades, sino un cambio de empleador impuesto por el cumplimiento de la legislación laboral. Así lo ha entendido para el caso concreto el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares en su Sentencia de 8 de mayo de 2014 (rec. 81/14), que estima que la DA 1 EBEP “*no impide la aplicación de lo establecido en el artículo 44 ET porque lo que se regula en la misma son los principios rectores del acceso al empleo público y la subrogación de los demandantes no supone su acceso al empleo público*”. De hecho, los principios de acceso tienen limitada su aplicación al ámbito de la contratación de la sociedad demandada, toda vez que el «personal laboral propio de las empresas públicas» queda excluido del ámbito de aplicación de la Ley de la Función Pública autonómica⁹²². Pues bien, el órgano judicial entiende que como consecuencia de la subrogación laboral esta y no otra es la condición que adquieren automáticamente los trabajadores: personal propio de la sociedad pública.

En consecuencia, aunque el Estatuto Básico imponga que el reclutamiento de personal de estas sociedades participadas por fondos públicos deba respetar aquellos principios, también dice la legislación estatal y autonómica que su régimen profesional se rige exclusivamente por el derecho laboral, lo que “*impide que cuando estas sociedades pasan a desarrollar un servicio que venía siendo desarrollado por una entidad privada y se subroga en el personal que venía prestando servicios para aquella, quede exonerada de las obligaciones que impone el artículo 44ET*”. A mayor abundamiento, respecto a la naturaleza jurídica del personal tras la integración, la Sala del TSJ balear entiende que solo la condición de «indefinido fijo de plantilla» es compatible con que la subrogación se produzca con los mismos derechos que ostentaban antes de la sucesión. En caso contrario, supondría la transformación de un contrato fijo a otro contrato sometido a la

⁹²¹ En este sentido se expresa SEMPERE NAVARRO: “*son otros muchos los resortes que el ordenamiento contempla para ese caso (sanción a la empresa, responsabilidad de las personas responsables, solicitud de anulación del contrato, etc.) y que no corresponde a este Voto Particular exponer*”.

⁹²² Art. 3.3.c Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB n.º 49 de 03-04-07; BOE n.º 101 de 27-04-07).

condición resolutoria de que su puesto de trabajo sea cubierto por ulteriores procesos selectivos, y esta novación contractual no tiene respaldo en ninguna norma de derecho público ni está justificada –de acuerdo con sus planteamientos anteriores– por la operatividad de los principios de mérito y capacidad en el reclutamiento de personal, porque –insiste de nuevo– no se ha llevado a cabo reclutamiento alguno, ni siquiera se constata la existencia de una relación de puestos que, como consecuencia de la subrogación, hayan sido adjudicados a los trabajadores en cuestión.

Algún autor también se ha manifestado en este sentido. Más concretamente, BALLINA DÍAZ entiende que, cuando la Administración adquiere una empresa privada cuya actividad va a ser desarrollada por una sociedad pública y esta última debe subrogar el personal como entidad cesionaria, aunque el artículo 55 EBEP impone el cumplimiento de ciertos principios para la selección, en este caso debe primar el cumplimiento de la norma laboral. En concreto, afirma que *“la sucesión de empresa se plantea como una excepción de Derecho Laboral a una norma pública, como es el EBEP, que supone a su vez una restricción a la libertad de contratación empresarial. El principio de especialidad de la norma laboral desplaza a la previsión general del EBEP”*⁹²³. Pues bien, aunque en este caso referido por el autor estaríamos claramente ante la publicación *stricto sensu* de una empresa (estatalización, municipalización, etc.), ya se produzca en el ejercicio de las potestades expropiatorias de la Administración o a través de una transmisión negociada, la solución será idéntica cuando se produzca la reversión de una actividad externalizada y su gestión directa a través de un medio propio personificado de la Administración.

Con todo, la posición definitiva del Tribunal Supremo está fijada de manera definitiva a favor del indefinido no fijo, y parece que es difícil que vaya a cambiarla a la luz de las citadas SSTs de 17 de septiembre y de 30 de septiembre de 2020 (integración como indefinidos no fijos del personal procedente de los Consorcios «UTEDTL»). Y es que, como afirma un sector doctrinal, a la luz de los pronunciamientos más recientes, puede afirmarse que la jurisprudencia social tiende a un reforzamiento de los principios de acceso al empleo público que está consolidando la doctrina del «indefinido no fijo»⁹²⁴.

Ahora bien, esta solución ha de ser tenida en cuenta a la hora de adoptar la decisión de cambio en la forma de gestión del servicio (art. 85 LBRL), pues ineludiblemente el coste de extinción de los contratos del personal indefinido ante la cobertura reglamentaria de la plaza habrá de valorarse a efectos de determinar si la gestión directa a través de un ente personificado permiten que esta siga siendo la alternativa más rentable y conforme con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

⁹²³ D. BALLINA DÍAZ, *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, cit., p. 259.

⁹²⁴ I. BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, cit., p. 89.

VI. UNA PROPUESTA DE INTEGRACIÓN «CONCILIADORA» Y «PROPORCIONADA»

A) Con carácter previo a formular dicha propuesta, conviene repasar las premisas se han desarrollado a lo largo del trabajo y que nos permiten alcanzar la conclusión a la que luego se hará referencia.

a) Considerando que la decisión de reversión del servicio obedece a una facultad organizativa constitucionalmente reconocida a favor de las Administraciones Públicas, y que corresponde al Derecho Administrativo velar porque la decisión adoptada sea aquella que mejor responda a la consecución de interés general, estableciendo los límites, los condicionantes y los controles necesarios para evitar un uso desviado de las mismas.

b) Considerando que la Unión Europea no se posiciona en torno a la libertad de los Estados miembros para realizar sus cometidos y actividades de forma directa o indirecta, o a través de empresas públicas o privadas, sino que su máxima es la tutela del Mercado Común Europeo, por lo que trata en igualdad de condiciones a todos los sujetos públicos o privados que realicen una «actividad económica» en su territorio para no distorsionar la competencia empresarial.

c) Considerando que la reversión del servicio no vulnera la libertad de empresa o el derecho a la competencia de las empresas concesionarias o prestadoras de servicios, por cuanto que el ordenamiento no reconoce a estas un derecho o interés legítimo de que el servicio se someta necesariamente a licitación para que estas puedan participar en régimen de concurrencia competitiva, sino que priman las facultades auto organizativas de la Administración⁹²⁵.

d) Considerando que la actualización del supuesto de hecho de la sucesión de empresa, derivada del ejercicio de tales facultades es una consecuencia legítima expresamente prevista por el legislador social nacional y comunitario, que se sustenta en uno de los principios inspiradores del Derecho laboral a nivel constitucional en internacional (arts. 35.1 y 40.1 CE y 15 y 30 CDFUE).

e) Considerando que la aplicación de las reglas de la Política Social Europea a todos los sujetos empresariales responde a la finalidad de protección del Mercado Único impidiendo el *dumping social*, no solo entre empresas de los diferentes Estados miembros, sino también dentro de un mismo Estado, por lo que su diversa aplicación puede constituir «privilegios» a unos sujetos empresariales en perjuicio de otros que también desarrollen una «actividad económica».

f) Considerando que la subrogación laboral no contraviene las reglas legales de acceso al empleo público establecidas en el Estatuto Básico del Empleado Público, por cuanto que no supone la concertación de nuevas relaciones laborales sino la «novación subjetiva» de la persona del empleador impuesta por una norma de *ius cogens*⁹²⁶.

⁹²⁵ STSJ (CA) de Castilla y León, Valladolid, de 3 de octubre de 2017, rec. 360/17.

⁹²⁶ STC n.º 130/2009, de 1 de junio.

g) Considerando que la subrogación laboral no contraviene el Derecho Constitucional por cuanto que no supone la dispensación de un trato desigual discrecional a la luz del artículo 14 CE, sino que queda amparado en una justificación «objetiva» –la actualización del supuesto de hecho de una ley que no establece tratamientos *ad personam*– y «razonable –amparada en una finalidad constitucionalmente legítima como es la estabilidad en el empleo (dimensión positiva) y sin que contravenga ningún precepto o valor constitucional (dimensión negativa)–.

h) Considerando que el derecho fundamental al «acceso a la función pública en condiciones de igualdad» (art. 23.2 CE) y que «el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad» (art. 103.3) se refieren al empleo público administrativo o estatutario y excluyen el acceso del personal contratado laboralmente⁹²⁷ –como ha sostenido en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional– no hay obstáculo para que la incorporación del personal se produzca en términos de fijeza cumpliendo el mandato de la normativa sucesoria.

i) Considerando que a la subrogación laboral no puede oponerse el derecho a la promoción profesional y la provisión de puestos vacantes de los empleados públicos, por cuanto que se trata este de un derecho de configuración legal y en el que los principios de igualdad, mérito y capacidad se aplican con menos intensidad en la posterior carrera profesional que en el inicial acceso⁹²⁸.

j) Considerando que algunos de los servicios públicos recuperados que se prestaban por operadores económicos pueden suponer la obligación de integrar al personal en plazas de carácter funcional de acuerdo con la estructura del sistema de empleo público, donde sí que puede haber un problema de compatibilidad con los artículos 23.2 y 103.3 CE.

k) Considerando que, en cualquier caso, el mantenimiento de la estabilidad en el empleo es indiscutible y un requisito *sine qua non* a la luz del Derecho de la Unión Europea, por lo que se deben descartar fórmulas que condicionen la continuidad de la relación laboral a circunstancias o condiciones inexistentes antes del traspaso (como la superación de un proceso selectivo).

l) Considerando que la novación objetiva del contrato de trabajo, convirtiendo en temporal una relación laboral que era indefinida con anterioridad al traspaso se opone al principio de conservación del estatus laboral que establece la legislación nacional y europea.

m) Considerando un eventual despido posterior a la transmisión de empresa basado en causas ajenas a ña transmisión puede suponer una vía conciliadora y aceptada por el Tribunal de Justicia de conformidad con las previsiones de la Directiva 2001/23/CE, en tanto que es proporcionada y reparadora. Sin embargo, la asunción de su coste económico por las Administraciones Públicas se opone a los principios constitucionales de asignación eficiente de los recursos públicos y de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, debiendo destinarse

⁹²⁷ J. MAURI MAJÓS, “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, cit., p. 115.

⁹²⁸ Por todas, STS (CA) de 21 de enero de 2016, rec. 711/14.

los fondos públicos a satisfacer los intereses y necesidades de la ciudadanía y no a pagar indemnizaciones generadas durante la prestación laboral del trabajador en una empresa privada.

n) Considerando que la integración como personal laboral regido exclusivamente por la legislación social y sin aplicación de la normativa del empleo público, es una solución válida pero conflictiva por la inexistencia de una regulación general, por la aplicación de diversos marcos reguladores de condiciones de trabajo y por las expectativas laborales y sindicales de equiparación con los empleados públicos.

ñ) Considerando que existen un bloque de condiciones de trabajo cuya extensión al personal subrogado no debería ser problemática, por cuanto que el ordenamiento laboral español ha venido concediéndolas en términos de igualdad incluso a quienes han accedido al empleo público a través de una aplicación fraudulenta de la legislación laboral (indefinido no fijo).

o) Considerando que existen otras condiciones que necesariamente deben quedar reservadas a quienes han superado un proceso reglado de acceso al empleo público, por cuanto que guardan estrecha conexión con los principios de mérito y capacidad⁹²⁹.

p) Considerando que la reserva de este bloque normativo a los empleados públicos que hayan superado las pruebas selectivas y la exclusión del personal subrogado de estas materias constituye una solución «proporcionada» en tanto que puede entenderse que supone un sacrificio de los principios de acceso al empleo público en los “*términos estrictamente necesarios para dar cumplimiento a estos intereses concurrentes*”⁹³⁰.

q) Considerando que, con independencia del régimen jurídico con el que se integre el personal, el hecho de que pasen a depender funcionalmente de una Administración y a ser retribuidos por esta a consecuencia de una sucesión de empresa⁹³¹, los convierte en empleados públicos en un sentido «material» aunque no lo sean en un sentido «formal»⁹³².

B) Por todo ello, entendemos que la mejor solución para la integración del personal subrogado por sucesión de empresa en entidad pública ha de ser la del «personal laboral fijo al servicio de las Administraciones Públicas» de conformidad con los artículos 8.2.c y 11.1 EBEP. Si bien, como puede deducirse de las premisas expuestas, su régimen jurídico ordenado por el EBEP y por el ET deberá «matizarse» en su aplicación para evitar una suerte de «enriquecimiento

⁹²⁹ J. M. GOERLICH PESET; J. VEGA LÓPEZ, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla»”, cit., p. 11 y ss. pdf descargado.

⁹³⁰ STC n.º 252/2005, de 11 de octubre.

⁹³¹ STC n.º 122/2018, de 31 de octubre.

⁹³² En este sentido: “aunque no puedan ser considerados como empleados públicos, en el sentido estricto del artículo 8 del Texto Refundido del EBEP (...), lo cierto es que cuando les resulten de aplicación las normas laborales sobre sucesión de empresa pasarán a ser empleados al servicio de una entidad pública manteniendo su situación de contratación laboral, posiblemente como un personal a extinguir, vinculado al servicio que revierte la gestión”. Cfr. C. L. ALFONSO MELLADO, “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, cit., p. 134.

injusto» del trabajador que ha superado el acceso regular al empleo público mediante pruebas selectivas que evalúen su mérito y capacidad.

a) En efecto, como señalaba el Tribunal Constitucional en la STC n.º 122/2018, de 31 de octubre, con independencia de la denominación o régimen jurídico que se le atribuya no altera la ontología de los hechos, ya que los trabajadores van a pasar a depender materialmente de la Administración y a ser retribuidos por ella⁹³³. En efecto, el propio artículo 8.1 EBEP determina que *“son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”*. Y, más concretamente, *“es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas”* (art. 11.1 EBEP). A la luz de estas delimitaciones, resulta discutible no subsumir en dichos preceptos el tipo de prestación de servicios que se realizará con posterioridad a la reversión e integración de la plantilla, pues se dispone en términos tan genéricos que incluso podrían dar cabida al personal regido íntegramente por la legislación laboral («personal a extinguir» o «personal subrogado»). Y ni siquiera el hecho de que el artículo 8 EBEP contenga un listado exhaustivo del personal impide esta apreciación, pues nunca el indefinido no fijo estuvo contemplado en ese listado (el «indefinido» se insertó por el personal docente de religión) aunque acabó asumiéndose que también era un empleado público. Ahora bien, no significa que todos los empleados públicos deban recibir un tratamiento homogéneo en materia de condiciones de trabajo, siempre que exista una justificación objetiva y razonable que habilite la diferenciación, que sería la misma que permite dos regímenes de empleados públicos, funcionarios y laborales.

b) Además, integrar como empleado público laboral podría ser conveniente por, al menos, tres razones. Primero, porque puede convenir a la propia entidad pública y ser consecuente con la realización del interés general, sobre todo, en aquellos casos en que las condiciones de trabajo en las que debe subrogarse la entidad fueran más onerosas que las del personal a su servicio comparable. Habida cuenta de la falta de adecuación de las instituciones laborales para modificar las condiciones de trabajo (art. 41, 82.3 ET, etc.), son más adecuadas las medidas específicas previstas para las Administraciones Públicas (art. 32.2 EBEP, topes presupuestarios, etc.)⁹³⁴. Pero además, piénsese en que no se puede escapar de la eficacia de la normativa europea sobre transmisión de empresas y de las garantías que ella impone, en especial, el mantenimiento del empleo y el mantenimiento de las condiciones de trabajo de origen. Aunque nada obsta a que

⁹³³ Algún autor ha llegado aun más lejos al afirmar con rotundidad que *“la subrogación es una fórmula de acceso al empleo público laboral no específicamente descrito en las leyes de empleo público ni en el EBEP, pero que debe ser tomada en cuenta, porque la legislación laboral así lo fija, sin distinguir entre sector público y sector privado”*. Cfr. X. BOLTAINA BOSCH, “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, cit., p. 7/9 pdf descargado. Esto lleva a entender al autor que la subrogación determina la incorporación a la Administración sí o sí, en la medida en que *“el Tribunal Constitucional enmienda la plana a determinados criterios administrativos que aun defienden que la subrogación no es una forma de acceso al empleo público laboral”*.

⁹³⁴ J. CRUZ VILLALÓN, “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones”, cit., p. 24/33 y ss. pdf descargado.

después de la transmisión se puedan adoptar medidas laborales relacionadas con la modificación de las condiciones de trabajo. Incluso, recurriendo a los instrumentos laborales (art. 41 ET) para justificar la causa de la modificación será más coherente y razonable que encuentre su fundamento en la necesaria aplicación de normas propias de la función pública a quienes son verdaderos empleados públicos que a quienes jurídicamente no tienen tal consideración.

En segundo lugar, y pese a la ponderación de la normativa de acceso al empleo público – que para algunas opiniones puede ser excesiva–, no puede negarse que será la solución menos onerosa para empresa principal pública que revierte el servicio, toda vez que garantiza la continuidad de la dispensación del mismo a la ciudadanía sin alteración o suspensión temporal alguna⁹³⁵. Ni tendrá que pagar indemnizaciones por extinción automática tras la subrogación ni cuando llegue el momento de cobertura de la plaza si no es superada por el trabajador.

Y en fin, la equiparación de ciertas condiciones de trabajo apaciguaría las reivindicaciones del personal laboral y sus representantes sindicales tendentes a la homogeneización de su estatus laboral respecto a trabajadores que están desempeñando las mismas funciones o el mismo puesto de trabajo y adscritos al mismo servicio. Si bien, a mi juicio, la no equiparación no constituiría problema alguno en relación al principio de igualdad porque el distinto régimen jurídico es una causa objetiva y razonable que lo justifica (TC n.º 8/2015, de 22 de enero), y porque al ser ambas figuras empleo estable no vulneraría la prohibición de diferencia de trato entre trabajadores temporales e indefinidos (con especial mención a la Cláusula 4 de la Directiva 1999/70/CE). Pero en todo caso no parecen del todo irrazonables las expectativas de los trabajadores de disfrutar de unas mismas condiciones que el empleado público si realizan exactamente los mismos puestos de trabajo y funciones. Además, no puede negarse que esta concesión contribuiría a la paz social y al buen desarrollo de los servicios públicos, y no como está ocurriendo en la actualidad con el personal subrogado del Hospital valenciano que constantemente está convocando protestas y manifestaciones, repercutiendo en la calidad de los servicios y en la eficacia administrativa.

Así las cosas, no se entiende qué problema puede haber en que las retribuciones del personal laboral empleado público se determinen de conformidad con el artículo 26 EBEP que, en definitiva, remite al convenio colectivo de la Administración. Pero por otro lado, resultan aplicables plenamente los límites y topes presupuestarios que determina el artículo 21 EBEP. De entrada, por la vía del artículo 44 ET podría homogeneizarse el marco jurídico aplicable, permitiendo que sea el convenio colectivo del personal laboral público el que regule ciertas condiciones. No creo que las eventuales diferencias retributivas con el empleado público –en caso de que sean superiores– puedan constituir un verdadero «privilegio» o «ventaja». En igual sentido, materias como el tiempo de trabajo que perfectamente pueden equipararse contribuyendo además a una mejor gestión de recursos humanos. Son materias que no están tan alejadas según se aplique el ET o el EBEP. Igualmente, los derechos de conciliación o la aplicación de los planes de igualdad

⁹³⁵ T. SALA FRANCO, "Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas", cit., p. 205.

por citar algunos ejemplos. La equiparación en este tipo de cuestiones no debería ser problemática cuando se ha aplicado al indefinido no fijo, figura que puede prorrogarse en el tiempo *sine die*, y a la que la jurisprudencia ha llegado a equiparar casi plenamente al trabajador fijo, extralimitándose y concediéndoles derechos que no son propios de una forma de acceso al empleo público que, en muchas de las ocasiones, no puede asegurarse que no haya habido una connivencia entre el trabajador y el gestor público para adquirir este estatus (bien es cierto que la equiparación ha venido forzada en no pocos casos por la jurisprudencia europea).

c) Por algún sector de la doctrina se ha propuesto la celebración de un mero concurso de méritos en el que se valore la experiencia como una opción respetuosa entre el principio de estabilidad en el empleo y con el propio interés de la Administración en aquellos casos en los que no cuente con personal para hacer frente a su servicio⁹³⁶. De esta forma, se integraría en la entidad pública directamente como personal laboral fijo de plantilla.

i) De un lado, en defensa de esta postura cabe decir que el diseño normativo de las pruebas selectivas para el personal laboral no establece prelación o preferencia alguna entre los diversos sistemas. Es más, en algunos niveles administrativos la norma de la función pública correspondiente lo considera prioritario. Pues bien, como vimos⁹³⁷, en la práctica este marco normativo permite una decantación mayoritaria a favor del sistema de concurso, a pesar que las críticas que recibe esta opción, sobre la cual se afirma que conlleva una «excesiva relajación» de mérito y capacidad, que supone una prueba de acceso *light* toda vez que sospechosa, o que permiten la discrecionalidad absoluta y el clientelismo en tanto que su uso admite perfectamente camuflar nombramientos directos y arbitrarios.

ii) Pero del otro nos encontramos con el problema de que el sometimiento a las pruebas selectivas con ocasión de la sucesión de empresa es inadmisibles, constituyendo un «acto aclarado» por el Tribunal de Justicia. Especialmente, si de dichas pruebas se deriva una consecuencia negativa. Y evidentemente con el sistema abierto de pruebas como regla general, con los límites a la valoración de la experiencia, etc., no puede garantizarse que el trabajador subrogado vaya a conservar la plaza.

Ni siquiera puede garantizarse mediante la realización de unas «pruebas adaptadas» o «restringidas» que han sido utilizadas y admitidas jurisprudencialmente en algunos casos similares, como la integración en la administración vasca del personal proveniente de las escuelas ikastolas privada o de la extinguida sociedad pública vasca «Interbask, SA» tras su disolución⁹³⁸. En ambos se siguió el mismo procedimiento de integración, si bien en este último caso es más reciente (Ley 16/1997, de 7 de noviembre, citada). El procedimiento era someter al personal laboral unas pruebas restringidas para permitirles acceder al puesto de funcionario, considerando la

⁹³⁶ Á. CEINOS SUÁREZ, “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, cit., p. 303.

⁹³⁷ Capítulo noveno, apartado I.2.1.

⁹³⁸ STS (CA) 20-04-05, rec. 4377/99.

excepcionalidad y razonabilidad del supuesto y su amparo legal, y en caso de no presentarse a las pruebas o no superarlas, el mantenimiento de su relación laboral como personal a extinguir. En definitiva, ni acogiéndose a este tipo de pruebas ni con las mayores flexibilidades que permiten los sistemas de selección del personal laboral se garantiza cumplir con el mandato de la Directiva. Requeriría una intervención normativa en el sentido de los precedentes citados que establezca la conservación del empleo como personal a extinguir. Pero nos seguiríamos encontrando con la dificultad de la heterogeneidad de marcos normativos dentro de la plantilla adscrita a un determinado servicio y con la insatisfacción social que ello desencadenaría.

d) En cualquier caso, si se piensa bien, habida cuenta de la laxitud que permite la legislación de la función pública a la hora de seleccionar al personal laboral, la realización formal de este tipo de pruebas antes de la subrogación serviría más –si se me permite la expresión– para «apaciguar conciencias» que para garantizar dichos principios. En sentido diverso, considero que la subrogación e integración como personal laboral fijo obedece también a una «razón de justicia material», y no solo porque los trabajadores tengan reconocido un derecho laboral que garantiza su estabilidad en el empleo. En efecto, a pesar de la relevancia de los principios de mérito y capacidad, quienes han trabajado durante años en estos servicios externalizados y revertidos han demostrado sobradamente su mérito y capacidad para desarrollar esos trabajos que ya venían prestando antes (con carácter general, sin perjuicio de la existencia de trabajadores poco diligentes cuya permanencia se debe a un indebido uso –o «no-uso»– de las facultades empresariales).

En cuanto al requisito de capacidad queda acreditado por el tiempo de prestación de servicios, sin que deba ser extraño que se produzca una excepción de este tipo cuando exista una justificación objetiva (así se hizo con la autorización de idoneidad de los profesores de religión). Y en cuanto al mérito, podría verse compensado por el reconocimiento de un histórico derecho subjetivo laboral a la conservación del empleo concretado mediante el artículo 44 ET.

Esta capacidad se deduciría perfectamente en actividades de baja cualificación e intensivas en la mano de obra en la que el trabajador posee indudablemente las cualidades necesarias para desarrollar el puesto. A mayor abundamiento, repárese que, en una amplia mayoría de los casos, los trabajadores no accedieron al empleo en la empresa privada con vistas a una eventual futura integración en el sector público, por lo que es cuestionable que su contrato deba ser alterado por la adopción de una decisión organizativa de la Administración. Máxime cuando esa modificación, ajena a su voluntad, se opone frontalmente a un derecho laboral reconocido. Las consecuencias podrían ser peores en el caso de trabajadores poco cualificados o que, en un momento próximo a su jubilación, pudieran perder su empleo con las repercusiones que ello tendría en su carrera asegurativa en la Seguridad Social.

Pero igualmente el mérito y la capacidad se aprecia en supuestos diametralmente distintos en los que el trabajador está altamente cualificado. Piénsese ahora en algunas profesiones en las que la demanda de empleo pueda superar a la oferta. Hemos analizado en este trabajo supuestos de sucesión de plantillas porque la Administración no tiene más opción que contratar, tras la extinción del contrato público, al personal ante las escasas alternativas de personal cualificado

para garantizar la continuidad y calidad del servicio (personal facultativo médico de la unidad de cuidados paliativos domiciliarios a pacientes terminales, cuerpo de Veterinarios dependientes de la Xunta de Galicia adscritos al servicio de identificación animal, trazabilidad e higiene de las producciones ganaderas, etc.). Estas profesiones, y otras más, se vinculan a la prestación de servicios esenciales a la comunidad. Su mérito y su capacidad vienen dados por su alta cualificación y su carácter imprescindible para la realización de servicios de interés general.

No esta de más, volver a precisar, que con estas ideas no estoy defendiendo que su acceso a la función pública deba realizarse sin observar las normas legales y, en su caso, constitucionales que predeterminan la existencia de un sistema reglado. Estamos refiriéndonos única y exclusivamente a la novación subjetiva de la empleadora laboral por sucesión de empresa. Por ello, creo que no debería ser tan «escandalizante» que en estos supuestos los trabajadores afectados puedan integrarse como empleados públicos de forma objetiva en cumplimiento de una normativa laboral. Cuando, en realidad, mayor estupor debe inducir el mantenimiento de reglas legales previstas para la selección del personal laboral que, con escasas o nulas garantías, constituyen «puntos ciegos» de acceso al empleo público sin observancia alguna de los tan venerados principios constitucionales de mérito y capacidad: formas de acceso del personal temporal; inexistencia de concreción legal del funcionamiento de las listas o bolsas de empleo; empleo del concurso como sistema preferido, que carece de un sustento normativo legal y se suele delegar su normación en la convocatoria⁹³⁹; posibilidad que las irregularidades en la legislación laboral permitan adquirir una posición más consolidada del empleo (indefinido no fijo); procesos de consolidación del empleo temporal (sin discriminar como se accedió o si en algún momento se ha superado una selección mínimamente respetuosa con los principios mentados)⁹⁴⁰; funcionarizaciones del personal laboral cuando los sistemas de acceso entre uno y otro tipo de personal no son igual de exigentes; designación libre del personal eventual; etc.

⁹³⁹ Propiciando el diseño de un baremo que beneficie a determinados candidatos (M. T. DÍAZ AZNARTE, “El acceso al empleo público en el ordenamiento jurídico español. Cuestiones a debate”, en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco y José L. Monereo Pérez) *Reestructuraciones de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015, p. 410).

Se ha afirmado que *“es de todos conocido que la contratación laboral de empleados públicos ha sido el instrumento utilizado, so pretexto de una pretendida mejor gestión de los recursos humanos, para huir del Derecho Público y buscar una relativización cuando no desaparición, de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de los empleados públicos, muchas veces aduciendo que era una contratación temporal luego convertida en indefinida no fija de plantilla o en fija de plantilla, a través de conocidos procesos de consolidación de empleo precario o de funcionarización, en los que se han matizado los principios que deben regir el ingreso al empleo público”*. Cfr. J. GIL PLANA, “La selección del personal laboral de las Administraciones Locales”, cit., pp. 12-13.

⁹⁴⁰ También debe destacarse que en el ámbito laboral existen otras vías que acaban determinando la consolidación de personal laboral en el Sector Público sin la superación del correspondiente proceso selectivo. Se trata de casos en los que se produce alguna infracción de la normativa laboral y el Estatuto de los Trabajadores establece como consecuencia legalmente establecida la adquisición de fijeza por el trabajador (L. FERNÁNDEZ DELPUECH, *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, cit., pp. 257-260).

Es más, muchos de estos aspectos fueron destacados por la Comisión de Expertos que elaboró el «Informe para el estudio y preparación del EBEP»⁹⁴¹. De forma particular, se proponía una regulación unitaria de la forma de acceso tanto para el personal laboral como para el funcionario. Es cierto que se equipararon algunas cosas (requisitos de acceso, extrapolación de los principios de acceso y composición de los órganos de selección⁹⁴²), pero buena parte de la doctrina entiende que el legislador desaprovechó la oportunidad para regular el resto. Pero lo cierto es que, quizás no fuera un olvido casual, sino que el legislador deliberadamente decidió mantener tales diferencias⁹⁴³. Y no se entiende tal decisión si no está dirigida a permitir el mantenimiento de la discrecionalidad y subjetividad en el acceso al empleo público que venían denunciando desde hace tiempo tanto la doctrina científica en general, como aquella que participó en la Comisión de Expertos citada que no desaprovechó tampoco la oportunidad de destacar allí esta realidad.

De hecho, quizás en este contexto adquiera una nueva dimensión la lectura del artículo 37.2.e EBEP que excluye de las materias objeto de regulación por parte de la negociación colectiva de *“la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”*⁹⁴⁴.

C) Si bien, en los puestos de naturaleza funcionarial no se podrá integrar al personal como funcionario de carrera por varios motivos apuntados (la eficacia del artículo 23.2 CE; la imposibilidad de transformar el régimen jurídico, etc.). En estos casos, consideramos que la integración deberá hacerse igualmente como empleado laboral fijo, pues como vimos en el capítulo anterior ni la naturaleza del puesto de destino puede conllevar a la ineficacia del artículo 44 ET, ni necesariamente debe entrañar la mutación del régimen contractual a uno administrativo.

Ahora bien, como allí decíamos, habrá que distinguir según se trate de un puesto funcionarial por conllevar la reserva de funciones a las que se refiere el artículo 9.2 EBEP, constituyendo el supuesto menos frecuente por la prohibición de externalizar tales funciones, pero más complejo en tanto que podría conducir a la nulidad de la integración por vulnerar la reserva de funciones o la inconstitucionalidad de la ley administrativa ordenadora de la subrogación que así lo estableciese. En el segundo caso, se trataría de puestos de funcionarios legalmente predeterminados pero sin reserva de funciones de poder público (docentes, personal estatutario, etc.), lo que requería una norma de rango legal que habilitara la transformación transitoria de la plaza como «a extinguir» para que pueda ser ocupada por un empleado público laboral. Y en fin, cuando sea diseñado en la RPT por la administración como funcionarial pero sin realizar las funciones reservadas ni que la ley lo establezca así, será tan simple como modificar la RPT.

⁹⁴¹ AA.VV. (COMISIÓN DE EXPERTOS), *Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., p. 83 y ss.

⁹⁴² Aunque debe resaltarse que no se atendió a la propuesta de que estuvieran constituidos de forma estable y profesionalizada, especialmente en el caso del personal laboral. (M. T. DÍAZ AZNARTE, “El acceso al empleo público en el ordenamiento jurídico español. Cuestiones a debate”, cit., p. 411).

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 408.

⁹⁴⁴ En este sentido *Ibid.*, p. 410.

D) Esta fórmula de integración que considero que es la óptima cuenta con el apoyo voces muy autorizadas entre la doctrina científica y también con algunos precedentes normativos.

a) Respecto a lo primero, autores como CRUZ VILLALÓN, cuestionan hasta qué punto debe prevalecer el mandato de la selección pública siempre y en todo caso. A tales efectos, este último no ve extraño que, con base en el principio constitucional de estabilidad en el empleo (art. 35 CE), pudiesen establecerse algunas excepciones a la selección pública de acuerdo con el mérito y la capacidad (art. 103.3 CE), *“siempre que se respetase la generalidad de los supuestos y con ello no se vulnerase el contenido esencial del mandato constitucional”*. Dicho con otras palabras, como venimos defendiendo, en tanto que la incorporación se produce de forma objetiva sin establecer preferencias en favor o en perjuicio de unos u otros sujetos, no se vulneraría el contenido esencial del derecho a la igualdad de oportunidades (art. 14 CE). Así, concluye el autor que *“cabría defender en estos casos la plena aplicación de los mandatos de la legislación europea y de su transposición en la legislación interna relativos a la subrogación contractual del personal en reversión, con reconocimiento de la fijeza del vínculo a todos los efectos, naturalmente siempre que se demostrase la plena legalidad de las actuaciones de las partes a lo largo de la secuencia completa que da lugar al proceso de reversión de servicios”*⁹⁴⁵. Esto es, también como venimos insistiendo, siempre que se acredite que se han cumplido los límites y requisitos establecidos por el derecho público para entender que la opción por el cambio de gestión está alineada con la consecución del interés público y que se actualice el supuesto de hecho de la normativa sucesoria y no constituye una subrogación de la plantilla voluntaria y discrecional. Con todo, el autor entiende que *“si acaso, cabría establecer un régimen de no plena asimilación al resto de los empleados públicos de este personal subrogado en aquellos aspectos que no refieran a la fijeza del vínculo”*. A modo de ejemplo se refiere a los concursos de traslados⁹⁴⁶. A continuación retomamos esta idea.

Igualmente, MONEREO PÉREZ, tras descartar la aplicación del indefinido no fijo, sostiene que *“esta solución hermenéutica no dejaría de ser problemática desde la óptica de la normativa sucesoria contenida en la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 del ET, como norma de transposición de aquella, y que conduciría a la consolidación de trabajadores fijos en las Administración Pública o ente público actuante”*⁹⁴⁷. También el profesor ALFONSO MELLADO ha

⁹⁴⁵ Parece que apoya esta idea M. LÓPEZ BALAGUER, “Reversión de la contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016) [Ref. BIB 2018/5868]”, cit., p. 6/8 pdf descargado. Aunque, como hemos visto, con posterioridad la autora ha reafirmado la valía de la figura del indefinido no fijo.

En este sentido, SSTSJ País Vasco de 5 de junio de 2018, rec. 1042/18; de 11 de septiembre de 2018, rec. 1402/18; de 11 de diciembre de 2018, rec. 2260/18; País Vasco de 19 de junio de 2018, rec. 1168/18; de 3 de julio de 2018, rec. 1264/2018; de 17 de julio de 2018 (2), rec. 1386 y 1429/18; de 18 de septiembre de 2018, rec. 1487/18; de 26 de octubre de 2018, rec. 1582/18; de 9 de octubre de 2018, 1780/18; de 23 de octubre de 2018, rec. 1915/18; de 20 de noviembre de 2018, rec. 2047/18. En contra, STSJ (CA) Andalucía (Granada) de 23 de enero de 2018, rec. 600/16, con cita de la anteriores: SSTSJ (CA) Andalucía (Granada) de 10 de marzo de 2014, rec. 938/10; de 16 de diciembre de 2013, rec. 1672/09; de 18 de noviembre de 2013, rec. 1409/09; de 4 de noviembre de 2013 (2), rec. 1503 y 3146/09; de 28 de octubre de 2013, rec. 1407/09.

⁹⁴⁶ Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, cit., p. 46.

⁹⁴⁷ J. L. MONEREO PÉREZ, “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, cit., p. 306.

afirmado que la integración como fijo parece la postura más defendible si no se acepta la del «personal a extinguir», aunque reconoce que es una opción insegura⁹⁴⁸. Y el profesor CASTILLO BLANCO, aunque en sus últimos estudios parece que apunta en otras direcciones, en algún momento también se ha posicionado a favor de la fijeza⁹⁴⁹.

Y, en fin, sin ánimo de ser exhaustivos, también SOLER ARREBOLA ha afirmado que *“parecería coherente que el legislador, por lo menos en supuestos de reversión de servicios, optara por la aplicación de parámetros ofrecidos por el ET y activase medidas que implicasen la «laboralidad» de este personal, para lo cual sería necesario que se difuminasen los principios del 55 EBEP mediante una excepción ante estos supuestos en los que, ni tanto la empresa cedente como el trabajador, participan de una solución que viene preceptuada en el artículo 44 ET”*. Dicho con otras palabras, ve como posible solución la reforma del EBEP en sentido de especificar que en los casos de subrogación empresarial, y solo en estos casos, no sea necesario superar los principios de acceso, a efectos de integrar al personal como empleado público⁹⁵⁰.

b) Y en cuanto a los precedentes normativos, volvamos de nuevo al caso de las ikastolas, porque anteriormente habíamos hecho referencia a los trabajadores subrogados como «personal a extinguir» en plazas de naturaleza funcionarial, pero lo que realmente resuelve la STC n.º 252/2005, de 11 de octubre, es la integración del personal laboral en las entidades locales (de ahí la posible vulneración del principio de autonomía local por cuanto que obligó a estas a soportar las consecuencias laborales de una decisión adoptada por la Administración autonómica que precipitó la sucesión de empresa.

En efecto, la DT 3 de la Ley 21/1993, referida al «personal no docente» que se integre en la red de escuelas públicas en los mismos supuestos que se han descrito para el personal docente, prevé dos vías de integración. De un lado, la integración como funcionario de carrera o personal laboral en la plantilla laboral de la Administración general del País Vasco, siempre que reuniera los requisitos de titulación exigibles, mediante pruebas selectivas restringidas convocadas por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación en las mismas condiciones previstas para el personal docente en la DT 2. (DT 3.3)

Y del otro, para el personal no docente que desempeñara funciones de vigilante, subalterno, mantenimiento o limpieza en centros que hayan impartido enseñanzas de Educación General Básica *“se integrará en la plantilla laboral de la corporación local del municipio en que radiquen los centros a los que pertenezca, en razón de las funciones que la Administración local tiene legalmente encomendadas”* (DT 3.4). Por otro lado, el apartado sexto de la misma disposición

⁹⁴⁸ C. L. ALFONSO MELLADO, “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, cit., p. 29.

⁹⁴⁹ F. CASTILLO BLANCO, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, cit., pp. 93-94.

⁹⁵⁰ Cfr. J. A. SOLER ARREBOLA, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, cit., p. 143.

dispone que “*el personal que teniendo titulación media o superior realice funciones análogas a las establecidas para el administrador de los centros públicos sin ser personal docente se integrará como personal laboral fijo en la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, teniendo a todos los efectos la condición de administrador, siendo su situación declarada a extinguir*”. En todo caso, la norma deja claro el mantenimiento del puesto de trabajo sin necesidad de convocar las plazas pues establece que, con independencia de la Administración de destino según los casos que se han narrado, una vez producidos los procesos de integración, “*mantendrán el desempeño de los puestos de trabajo, pudiendo hacer las adaptaciones necesarias o proceder a una redistribución de efectivos en razón de necesidades de programación y planificación general*” (DT 3.7 Ley 21/1993, del parlamento vasco).

En efecto, los supuestos amparados en la DT 3.4 son los que despertaron recelos de inconstitucionalidad y los que fueron convalidados por el Tribunal Constitucional, declarando la integración como empleado público laboral fijo. En este punto, afirma que el «sacrificio» al principio de autonomía municipal “*se ciñe a los términos estrictamente necesarios para dar satisfacción a esos intereses concurrentes, pues una vez asegurada la integración de los trabajadores en las plantillas municipales (con lo que se facilita el cumplimiento de aquel designio autonómico y se garantiza, al tiempo, el derecho de los trabajadores a la continuidad en su trabajo), las corporaciones locales ven asegurada su competencia para decidir la forma de gestión de los servicios públicos asumidos y salvada en todo caso su capacidad para adaptar posteriormente sus plantillas laborales y redistribuir sus efectivos en función de las propias necesidades generales y de planificación, sin injerencia alguna del poder de disposición de terceros, más allá de lo que resulte en cada caso de la legislación básica y sectorial correspondiente*”.

Y por otra parte cabe aludir al Decreto 291/1995, de 12 de diciembre, por el que se regula el régimen de integración del personal laboral fijo de los hospitales de la Cruz Roja de Algeciras, Almería y Málaga en los regímenes estatutarios de la Seguridad Social, que todavía es más flagrante porque integra por ley como personal funcionario-estatutario de los servicios de salud a los trabajadores fijos de la Cruz Roja⁹⁵¹. En efecto, dicho Decreto, aprobado al amparo de la Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Parlamento andaluz por la que se establece una estructura de gestión en la que se integran todos los recursos sanitarios disponibles, dispone en su artículo primero que “*el personal laboral fijo de los Hospitales de la Cruz Roja de Algeciras, Almería y Málaga, que se relaciona en el Anexo I del presente Decreto, se integra en los Regímenes Estatutarios de la Seguridad Social con la categoría profesional básica de homologación para cada trabajador [...] La integración del citado personal se producirá en la situación de servicio activo [...] en la situación administrativa que corresponda y su incorporación a la plaza se efectuará en la forma prevista en el Estatuto de Personal que le sea de aplicación*”. Por su parte, el artículo 5 del mismo establece que “*el régimen económico y jurídico del personal que se integra será el correspondiente al Estatuto de Personal que en cada caso sea de aplicación y su prestación de servicios se adecuará*

⁹⁵¹ Asuntos conocidos por las STSJ Andalucía, Granada de 9 de septiembre de 1996, rec. 813/96; STSJ Andalucía, Málaga de 4 de abril de 1997; STSJ Andalucía, Sevilla, de 13 de octubre de 1998, rec. 423/98.

a la estructura orgánico-asistencial de los Centros Asistenciales del Servicio Andaluz de Salud". Al amparo de tales normas, al personal "le fue reconocida su integración como personal estatutario"⁹⁵². Por lo demás la norma reconoce un derecho de opción individual a los trabajadores que les permite permanecer en el hospital de la Cruz Roja y no integrarse (art. 2), el respeto de la antigüedad (art. 6), la aplicación de la legislación en materia de incompatibilidades (art. 8), etc.

E) Y en fin, como se ha afirmado la asimilación al empleado público fijo no puede ser plena, en la medida en que existe un factor diferencial cual es la superación de un proceso objetivo y reglado de acceso basado en el mérito y la capacidad. Por ello, aquellas materias que tradicionalmente la doctrina ha considerado que no deberían aplicarse al indefinido no fijo por su falta de consolidación, o que quedarían excluidas del personal subrogado laboral común o a extinguir debido a la vinculación estricta a su puesto de trabajo y plaza «a extinguir», tampoco serán aplicadas en esta forma de integración. Son condiciones que necesariamente se vinculan a la superación del proceso selectivo, muchas de ellas relacionadas con el derecho a la inamovilidad que ostenta el funcionario de carrera (art. 14.1.a EBEP) que, en muchos aspectos, ha contagiado también la regulación del empleado público laboral produciéndose un proceso de «funcionarización» en las relaciones laborales al servicio de la Administración Pública

Consideramos, efectivamente, que esta sería la «clave» para garantizar el «principio de proporcionalidad» que requiere el principio de igualdad de trato en la solución adoptada. De esta manera, se aplican las condiciones de los empleados públicos en la medida de lo estrictamente necesario que, por otro lado, facilita la gestión del personal, permite modificar con mayor seguridad sus condiciones de trabajo mediante los recursos jurídicos previstos para la Administración y mantiene cierta satisfacción en sus condiciones del personal subrogado lo que impide que pueda sentir agravios comparativos al realizar las mismas funciones que el resto de la plantilla pública.

Estas materias reservadas serían, como ha apuntado la doctrina, y sin perjuicio de que con posterioridad se concreten en la propuesta normativa que formularé, el derecho a la carrera profesional, la promoción interna, la movilidad entre puestos, la especial tutela por despido, etc. Ahora bien, en este caso, es de trascendental importancia que el legislador intervenga regulando la materia y deje meridianamente claro en qué condiciones nunca serán de aplicación al personal subrogado, a fin de que no se creen falsas expectativas por parte del personal subrogado o sus representantes que puedan ulteriormente afectar al clima laboral y a la calidad del servicio.

⁹⁵² Cfr. STSJ Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2000, rec. 522/99. Sobre ulteriores conflictos de este personal integrado, en especial, sobre el cómputo de la antigüedad al servicio de la Cruz Roja de acuerdo con el art. 6 del Decreto (STSJ Andalucía, Granada, de 2 de mayo de 2001, rec. 1148/00); o del cumplimiento del art. 7 relativo a las retribuciones a percibir (STSJ Andalucía, Granada, de 4 de noviembre de 1998, rec. 1648/96); o de los servicios prestados por el personal temporal de la Cruz Roja que no siguió este proceso de integración, pero se le reconoció el tiempo de prestación de servicios a efectos de acceso a futuras plazas de acuerdo con la DA Única (STSJ (CA) Andalucía, Granada, de 24 de marzo de 2014, rec. 1389/10).

Conclusiones finales

Primera. El mantenimiento del frágil equilibrio entre los intereses sociales y económicos afectados por la sucesión de empresa.

Desde sus orígenes la normativa sobre sucesión de empresas ha respondido a una doble lógica. De un lado, es evidente que cumple un fin social al tutelar el interés de los trabajadores a la conservación del empleo y al mantenimiento de sus derechos laborales. Del otro, esta finalidad debe cohonestarse con un interés económico particular de las empresas y general de los Estados miembros y de la propia Unión Europea.

El interés económico es evidente en la disposición comunitaria, hasta el punto de que su diseño normativo priorizó el buen funcionamiento del mercado económico antes que la protección a los trabajadores. Sin embargo, ha sido el Tribunal de Justicia el que ha reforzado la dimensión social a través de una interpretación garantista y expansiva de la ratio de acción de la norma, que ha seguido una evolución progresiva y constante hasta la actualidad. Con todo, la disposición actual prevé mecanismos que permiten reestablecer el equilibrio entre ambos intereses, desde el momento en que la Directiva no garantiza la conservación plena del empleo al admitir que puedan adoptarse medidas de ajuste y reestructuración de plantillas una vez consumado el traspaso, o habilita la creación de un régimen excepcional que priorice la supervivencia de empresas en crisis sobre la conservación de los derechos de los trabajadores.

En un sentido totalmente opuesto, la normativa española sobre sucesión de empresas ha otorgado desde sus inicios una posición privilegiada a los intereses de los trabajadores, ocupándose tanto del mantenimiento del empleo como de la protección de sus créditos laborales, mientras que los intereses de la empresa tan solo han obtenido una tutela indirecta o refleja en la medida en que le permiten obtener ciertas ventajas con la subrogación del personal, especialmente, por lo que respecta a la empresa transmitente que no tendrá que asumir el coste de los despidos de la plantilla ante el cese de sus actividades. En este punto, ha sido la jurisprudencia nacional la que ha tratado de reforzar la posición empresarial tratando de hallar vías de escape de la aplicación de la norma laboral sobre transmisiones.

En fin, también se habla de un interés general que justifica la intervención del Estado sobre esta materia. Un interés con tintes sociales y económicos por igual al tratar de instruir una vía de composición del conflicto de intereses, más o menos pacífica e institucionalizada. Un interés público en la medida en que el conflicto afecta a la destrucción de empleo y su incidencia sobre el gasto público. Y un interés financiero del Estado por cuanto que es también un posible acreedor de las empresas que se ve beneficiado por la protección del crédito de la norma social.

Segunda. La obsolescencia del marco normativo.

Se ha constatado la escasa evolución de la delimitación del ámbito aplicativo tanto de la norma comunitaria como nacional desde sus respectivos orígenes.

La Directiva comunitaria ha quedado anclada en los supuestos de traspasos para los que fue diseñada, referidos a procesos de concentración de empresas por fusión de sociedades. Ya durante su larga tramitación se apreciaron mutaciones en el sistema productivo que no fueron contempladas en el texto aprobado finalmente, mientras que en su única reforma no se logró el consenso suficiente para obtener una posición clara respecto a los fenómenos de descentralización productiva que estaban ocupando y preocupando a la doctrina científica y a los órganos judiciales de los Estados miembros. Así pues, se estableció una fórmula ambigua y neutra que deja abierta la aplicación a su interpretación judicial, a pesar de que se destacaba por parte de algunos actores intervinientes en el proceso de modificación las nefastas repercusiones que tendría la expulsión de estas operaciones del campo de aplicación de la disposición comunitaria, lo que supondría un fuerte retroceso en los objetivos de tutela de la Directiva 77/187/CEE. No en vano dicha reforma que fue calificada —con un amplio consenso— como extensa pero moderadamente intensa, ha permanecido inalterada por más de dos décadas a pesar de las demandas doctrinales sobre su actualización.

Igual situación se aprecia en el ámbito nacional, pues se han apuntado algunos problemas interpretativos y aplicativos que ha tenido la norma desde la aprobación de la Ley de Contratos de Trabajo del año 1931 y que pivotan sobre los mismos ejes básicos que dirime la jurisprudencia más reciente. En el ámbito interno, el inmovilismo del legislador se ha justificado por el temor a que un cambio normativo frene el desarrollo económico, eludiendo afrontar de forma global cómo afectan las nuevas realidades económicas a la transmisión de empresas.

En definitiva, el marco normativo no ha sido pensado y diseñado para dar respuesta a los cambios de titularidad que se producen en el ámbito de las contrataciones y concesiones administrativas, lo que será causante de importantes tensiones jurisprudenciales y vaivenes interpretativos sobre la extensión de las garantías reguladas a los trabajadores afectados.

Tercera. La pugna entre la estabilidad en el empleo y el interés general.

Tampoco la normativa fue pensada para ser aplicada a las Administraciones y empresas del sector público que intervengan como cedentes o como cesionarias en una transmisión.

En los últimos informes y resoluciones de las instituciones europeas se califica como «cuestión emergente» la dimensión que está adquiriendo en tiempos recientes las reestructuraciones empresariales en el sector público, con mención especial a la contratación pública. Estas últimas operaciones engloban dos de los principales conflictos interpretativos actuales: la aplicación de la norma sucesoria a los cambios de titularidad en actividades descentralizadas y la participación de una Administración Pública en el traspaso.

Por otro lado, las lógicas y finalidades que subyacen bajo la sucesión de empresa difieren según se trate de la iniciativa económica privada o de la iniciativa pública empresarial. En

consecuencia, la intervención de las Administraciones Públicas en la transmisión de empresa no encuentra acomodo en los mismos pasajes del marco constitucional. Cuando se trata de la iniciativa económica privada, las facultades empresariales que permiten la reorganización y la disposición de la empresa tienen amparo en los artículos 33 y 38 CE, ambos derechos y libertades para la defensa de un interés privado legítimo que, si bien no tienen rango de derecho fundamental, se ven reforzados en el marco de una economía de mercado. Mientras que la iniciativa pública en la economía no responde a un interés particular de tutela de derechos y libertades propios, sino que las facultades de organización y disposición de las actividades públicas se ejercen en interés ajeno, esto es, persiguiendo la realización del interés general (arts. 103.1 y 128.2 CE). La Administración ejerce un poder fiduciario que debe quedar vinculado a los intereses de la sociedad en general que, entre sus múltiples manifestaciones, comprende el interés de los trabajadores al mantenimiento del empleo en casos de sucesiones de empresas como expresión legislativa de la estabilidad en el empleo, tanto en su dimensión individual como colectiva (arts. 35.1 y 40.1 CE).

Cuarta. La imposibilidad de las instituciones europeas frente a la litigiosa aplicación de la Directiva en materia de transmisión de empresas por parte de los Estados miembros.

El carácter imperativo de la Directiva 2001/23/CE impone a los Estados miembros la sujeción a un régimen jurídico e interpretativo pautado por la Unión Europea, sin que puedan estos disponer del alcance de la materia laboral salvo para ordenar un régimen más favorable a los trabajadores. En el caso del Reino de España se ha puesto de manifiesto cómo el artículo 44 ET constituye una fiel transposición de la norma comunitaria, en muchos aspectos casi literal.

El hecho de que la norma de armonización haya permanecido inalterada durante mucho tiempo y que haya suscitado numerosos problemas en la práctica judicial por parte de los Estados miembros, no implica que haya quedado olvidada y desfasada para las instituciones comunitarias. Más al contrario, como se ha relatado, continúa estando muy presente en distintas disposiciones de muy diversa índole aprobadas por la Unión Europea en los últimos tiempos. En ellas, se destaca su plena vigencia, eficacia y utilidad para conciliar los intereses en juego y garantizar el buen funcionamiento del mercado común europeo.

No se atisba, ni siquiera, la intención de modificar el sentido y alcance de la regulación por cuanto que se reafirma la idoneidad de la respuesta «global» y «transversal» dada para los cambios de titularidad más actuales, con expresa referencia a la externalización productiva. Y ello, aunque se ha evidenciado cierta tendencia reciente a recurrir a la contratación de obras y servicios con el fin de sortear la legislación laboral.

Así las cosas, no se espera en el medio plazo una reforma de la misma, aventurándose una permanencia del régimen jurídico al que quedan sometidos los Estados miembros. En consecuencia, ante las distorsiones y problemas aplicativos internos que pueda suscitar en sede nacional, parece más factible y razonable tratar de buscar una interpretación o quizás un cambio normativo interno que sea compatible con los objetivos y finalidades de la Directiva 2001/23/CE.

Quinta. La drástica solución de hacer valer la primacía del Derecho europeo.

La Directiva 2001/23/CE carece de «eficacia directa» dentro del ordenamiento laboral español en la medida en que *a priori* ha sido correctamente transpuesta (art. 44 ET). Este último precepto será la norma que despliegue plenos y generales efectos internos, mientras que la Directiva queda relegada a servir como referente interpretativo. En consecuencia, ante una contradicción directa entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional no puede exigirse la «primacía» de la disposición comunitaria por cuanto que para que se imponga esta consecuencia es necesario que se trate de una norma directamente aplicable y las Directivas solo alcanzan esa eficacia ante situaciones de incumplimiento. Dicho con otras palabras, no se producirá el «efecto sustitución» o «exclusión» que derivan del principio de primacía aunque una norma interna sea contraria a los objetivos y finalidades de la Directiva en materia de transmisión de empresas. Ello no implica, sin embargo, que los Estados queden exentos de asegurar la uniformidad del Derecho europeo una vez que ya hayan cumplido su obligación de ejecución.

No obstante, para asegurar dicha uniformidad en el ámbito territorial de la Unión el TJUE recurre al «principio de interpretación conforme», mediante el cual ha de interpretarse la totalidad del derecho nacional –anterior o posterior a la transposición; se trate de la norma o acto de transposición o de cualquier norma interna que influya en su aplicación; independientemente de su rango y jerarquía; y tanto en relaciones de verticalidad como de horizontalidad– a la luz del texto y la finalidad de la Directiva. Eso sí, este recorrido metodológico requiere como punto de partida una situación de cumplimiento por parte del Estado miembro que haya ejecutado en plazo la norma comunitaria ya que, en caso contrario, la relación conflictual entre normas se resolverá mediante la declaración de eficacia directa y primacía.

El principio de interpretación conforme significa que el órgano judicial interno debe agotar todos los recursos jurídicos internos (soluciones previstas en el derecho positivo nacional, métodos interpretativos y criterios jurisprudenciales existentes) para evitar un conflicto con cualquier norma de derecho interno, procurando que la norma de transposición garantice los objetivos y finalidades de la Directiva transpuesta, de acuerdo con la interpretación que de la misma hace el TJUE. Existen dos límites al recurso de la interpretación conforme que, de acuerdo con la interpretación del TJUE, tiene como fin «suavizar» la garantía de los mandatos de la norma europea sin recurrir a la más drástica vía del incumplimiento de las obligaciones estatales, a saber: no puede incurrirse en una interpretación *contra legem nationalem* –en el sentido de que exista una contradicción patente y flagrante propiciada por el derecho nacional que haga irreconciliable la interpretación armónica- ni puede dicha interpretación ir en contra de los principios generales del Derecho de la Unión Europea. Debe aclararse que no constituye una interpretación *contra legem* la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada en interpretación del derecho interno, que debe ser imperativamente modificada cuando contravenga los objetivos de la Directiva.

Actualizados cualquiera de estos dos límites no será posible la interpretación conforme y deberá procederse a la aplicación directa siempre que el derecho contenido en la norma europea en cuestión sea lo suficientemente claro, preciso e incondicional. Así lo ha determinado el TJUE que afirma que, deviniendo imposible el recurso al principio de interpretación conforme, se aplicará íntegramente el derecho comunitario para garantizar los objetivos de la Directiva, absteniéndose

de aplicar cualquier norma que produzca un resultado contrario al que se pretende alcanzar con aquella. Más concretamente, encontrándonos en un caso en el que se analiza la aplicación interna de la Directiva 2001/23 sobre transmisión de empresas a supuestos en los que la Administración Pública recupera la gestión de un servicio, se pretende hacer valer los derechos laborales contenidos en la norma frente al ente público que debería adquirir la condición de empleador laboral. En este contexto, los preceptos de la misma adquirirán sin mayor problema eficacia directa en la medida en que se invocan en una relación de verticalidad frente al Estado y lo harán con independencia de la naturaleza de la norma interna contraria. En especial, el tribunal de Luxemburgo ha manifestado en diversas ocasiones que, llegado el caso, incluso las normas de rango constitucional deben ceder ante la prevalencia del Derecho de la Unión.

Con todo, la consecuencia inmediata de esta imposibilidad de recurrir a la interpretación conforme a la letra de la Directiva no es otra que el Estado ha incumplido sus obligaciones de transposición en la medida en que el acto por el que ejecutó la norma comunitaria no permite alcanzar sus objetivos y finalidades. Es por ello que, a modo de sanción, permite adquirir eficacia frente al Estado que es el sujeto incumplidor –eficacia vertical ascendente– pero no frente a particulares sobre los que no recaía la obligación de transposición –eficacia horizontal–. Pero esta no es la única penalidad que puede sufrir el Estado miembro incumplidor, ya que en la medida en que no ha garantizado la uniformidad y primacía del derecho de la Unión pueden derivarse responsabilidades a modo de sanción y la posibilidad de reparar por daños y perjuicios a los particulares que hayan sufrido las consecuencias del incumplimiento.

Sexta. Las resistencias de los Estados miembros a la primacía comunitaria.

El Tribunal Constitucional acepta como regla general la primacía del Derecho comunitario, al mismo tiempo que le atribuye el rango de «infraconstitucional», por lo que rehúsa su intervención en la aplicación e interpretación del ordenamiento supranacional y afirma que el canon de validez de las normas de la Unión debe valorarse a la luz del Derecho originario. En consecuencia, son los órganos judiciales nacionales, en estrecha colaboración con el TJUE, quienes deben llevar a cabo esta tarea. No obstante, el TC ha establecido ciertas restricciones a la libertad de los jueces españoles a la hora de inaplicar, por su propia competencia y autoridad, el derecho nacional.

En primer lugar, no pueden llevar a cabo la inaplicación de la ley nacional sin plantear previamente una cuestión prejudicial o una cuestión de inconstitucionalidad –preferiblemente la primera–, pues conllevaría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no agotar todas las garantías procesales (art. 24 CE). Únicamente quedan exentos de esta obligación cuando la interpretación se considere un «acto aclarado» por el TJUE o cuando la decisión del juez se encuentre adecuadamente motivada y fundamentada y no constituya una interpretación «manifiestamente irrazonable o arbitraria» (con independencia de su acierto o desacierto últimos).

En segundo lugar, nuestro Tribunal Constitucional considera que el respeto a la soberanía del Estado, a las estructuras constitucionales básicas y al sistema de valores y principios fundamentales y derechos fundamentales que consagra nuestra Norma Fundamental constituyen

una parcela del derecho interno en la que no puede hacerse valer la primacía del derecho europeo –aunque no ha pasado desapercibido que la amplitud de las materias enunciadas abarca casi la totalidad de la Carta Magna–. En cualquier caso, el Alto Tribunal considera que, en el difícil e hipotético caso de que se produjese una contradicción frontal entre el ordenamiento comunitario y la Constitución, él mismo se reserva la potestad para conservar la «supremacía constitucional» fruto de la soberanía popular, a través de los procedimientos constitucionales de que dispone. Más concretamente, podrá ejercer su función de control de los siguientes mecanismos: 1) El recurso de amparo constitucional cuando se produzca una vulneración indirecta por los poderes públicos sobre los derechos fundamentales previstos en la CE a causa de la aplicación del derecho comunitario; 2) el planteamiento de una cuestión prejudicial de *motu proprio* ante el TJUE cuando existan dudas razonables sobre la interpretación del Derecho de la Unión; 3) la revisión de las resoluciones de los órganos judiciales ante la posibilidad de que se produzca una vulneración específica de los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 24.1 y 2 CE.

Al hilo de este último aspecto ha considerado que vulnera el derecho al proceso con todas sus garantías cuando el tribunal, existiendo una «duda objetiva, clara y terminante» sobre la contradicción, decide inaplicar la ley interna en favor de la norma comunitaria sin plantear antes una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial. Pero no vulnera el derecho fundamental si no plantea la cuestión prejudicial pero decide aplicar la ley nacional presuntamente contraria al Derecho comunitario en base a una exegesis racional de la legalidad ordinaria. En todo caso, cuando exista una interpretación previa por el TJUE («acto aclarado») y el órgano judicial no aplique la norma comunitaria, quedará vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva a causa de una «selección irrazonable y arbitraria» de una norma aplicable al proceso.

Séptima. La necesaria evitación del enfrentamiento institucional entre el Reino de España y la Unión Europea.

Como se indicaba al inicio del capítulo segundo, dos cuestiones en torno a la aplicación de la Directiva 2001/23/CE son susceptibles de producir conflictos interpretativos entre la jurisprudencia nacional y europea, aun cuando la (casi) literal transposición del artículo 44 ET evidencie una homologación (casi) plena de la norma nacional a la comunitaria.

De un lado, las divergencias interpretativas que pueden existir a la hora determinar cuándo una reversión de servicios y contratas públicas puede constituir una transmisión de empresa¹. No obstante, este tipo de divergencias de origen jurisprudencial han de solucionarse mediante la aplicación del artículo 267 TFUE, que determinan el carácter vinculante de la doctrina del Tribunal de Justicia dictada en procedimientos de resolución de cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales nacionales. Como se vio, no en pocas ocasiones este principio ha determinado

¹ Capítulo tercero a sexto.

el acatamiento por parte del Tribunal Supremo -aun con reservas- de criterios comunitarios que han supuesto un cambio interpretativo en la doctrina interna.

Y del otro lado, en este concreto supuesto de transmisión de empresa, el acatamiento de la obligación de subrogación por parte del organismo público que recupera el servicio actualiza un conflicto entre la norma laboral que garantiza el principio de estabilidad en el empleo y la normativa nacional que regula el acceso al empleo público de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Se trata, no obstante, de una confrontación entre normas que trasciende el plano legal, pues el primero queda contenido en la Directiva y los segundos tienen reflejo en el texto constitucional². Además, la confrontación con la norma interna no se reduce a normas contenidas en la Carta Magna, sino que existen un amplio conjunto de disposiciones legales en materia de empleo público que pueden llegar a dificultar el cumplimiento de los objetivos comunitarios³.

Pues bien, no parece, a la luz de las consideraciones antes expuestas, que la metodología impuesta por el TJUE para hacer valer la primacía del derecho europeo vaya a ser pacíficamente acogida por el Tribunal Constitucional, cuando la aplicación de las normas de origen comunitario afecte a las estructuras constitucionales básicas o a la efectividad de los derechos fundamentales que previstos en la Norma Fundamental. Principalmente, porque no reconoce la primacía sobre estas materias de origen constitucional. Por tanto, a efectos de evitar el enfrentamiento institucional se reputa necesario reconducir el conflicto al ámbito metodológico del principio de interpretación conforme, recurriendo a cualquier elemento jurídico interno (normas, criterios doctrinales, etc.) que permita garantizar el objetivo de la Directiva 2001/23/CE (el mantenimiento del empleo en casos de traspaso de empresas, centros de actividad o partes de empresas o centros de actividad), sin llegar a determinar la incompatibilidad del Derecho nacional y el comunitario que se solventaría mediante los mecanismos comunitarios previstos para el incumplimiento de las obligaciones de los Estados.

Octava. La escasa virtualidad de la exclusión del artículo 1.1.c de la Directiva

A) Aunque la normativa sobre sucesión de empresas no fue pensada para aplicarse a Administraciones Públicas ha sido el Tribunal de Justicia el que ha llevado a cabo la sujeción de estas a los mandatos de la Directiva, primero jurisprudencialmente y luego recogiendo estos criterios en el artículo 1.1.c de la disposición sobre traspasos de empresas.

Las (solo iniciales) dudas sobre el alcance del precepto venían dadas únicamente por la excepción que la misma contiene. Sin embargo, los supuestos en los que puede aplicarse dicha exclusión a las AAPP son prácticamente anecdóticos, pues únicamente cuando se produzca un traspaso o reorganización «entre autoridades públicas administrativas» que afecte a puestos de trabajo cuyo contenido funcional corresponda a «prerrogativas de poder público» desplegará sus

² Capítulo octavo.

³ Capítulo noveno.

efectos. Por ello, de los numerosos casos en los que el TJUE se ha pronunciado sobre traspasos que afectan a entidades públicas, solo ha apreciado la exclusión en un asunto prejudicial.

Y es que el criterio verdaderamente relevante para deslindar la subsunción o exclusión contenida en el artículo 1.1.c Directiva es que se trate de una «actividad económica» en contraposición al «ejercicio de poder público». Así pues, si se trata de una actividad económica deberá quedar incluida aunque el traspaso se produzca entre autoridades públicas administrativas.

Para delimitar la diferencia entre ambas nociones han sido imprescindible las disquisiciones que el Tribunal de Justicia ha efectuado desde otros ámbitos materiales del Derecho Europeo que, como no puede ser de otra manera, tienen una notable influencia sobre la Directiva 2001/23/CE.

a) El primero es el Derecho de la Competencia, que se ha centrado en definir del concepto de «empresa» como aquella entidad que realiza una actividad consistente en ofrecer bienes y servicios al mercado. Por tanto, con independencia de su estatuto público o privado, o su sistema de financiación, toda entidad que realice una actividad económica en estos términos es relevante a efectos de la aplicación del Derecho de la Competencia. De modo específico, en el ámbito público, la concreción de las actividades realizadas por las entidades de derecho público ha evolucionado al compás del concepto de «servicios de interés económico general» (SIEG) que quedan plenamente sometidos a las reglas de la competencia empresarial para garantizar una mayor cohesión del Mercado Único Europeo. Aunque la organización supranacional parte de un «principio de neutralidad» en la forma pública o privada, directa o indirecta, en la que los Estados miembros deben dispensar sus actividades y «misiones de servicio público», la lógica liberal y economicista del concepto de SIEG ha ejercido una notable influencia en la participación de sujetos privados en la realización de cometidos públicos.

b) También desde el ámbito de las Libertades de Circulación se ha hecho un notable esfuerzo en deslindar entre actividad económica y facultades de poder público. En este caso se ha centrado en dirimir el concepto de «trabajador» a efectos de concretar la exclusión a dicha libertad que suponen los «empleos en las administraciones públicas» (art. 45 TFUE). En la medida en que el TJUE entiende que únicamente cabría excluir empleos cuyas funciones impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y la salvaguarda de los intereses generales del Estado, también ha recurrido al concepto de «actividad económica» para distinguir entre unos y otros empleos en la Administración.

En ambos casos, las interpretaciones de las respectivas exclusiones han sido formuladas con carácter restrictivo, apreciándose además una lógica expansiva del concepto de «actividad económica». En este sentido, las referidas prerrogativas de poder público y ejercicio de funciones administrativa suelen quedar circunscritas a los denominados «servicios no económicos de interés general». Por consiguiente, la influencia de estos dos ámbitos normativos europeos permite inferir con claridad que la exclusión de su artículo 1.1.c tiene más un carácter declarativo que constitutivo, en la medida en que es la falta de interés económico de la actividad, en el sentido de no ser susceptible de explotación por terceros, lo que comporta su exclusión.

B) En el ámbito nacional la ausencia de una previsión equivalente en el artículo 44 ET no ha supuesto problema alguno para que, desde los inicios de la institución con la antigua Ley de Contratos de Trabajo, la norma sucesoria se aplique sin dificultades a las Administraciones Públicas. Incluso, como ha señalado la doctrina científica interna, en sede nacional la norma ha sido mucho más garantista en tanto que se ha aplicado a supuestos de traspaso de competencias carentes de contenido económico entre autoridades administrativas por el mero hecho de que las funciones eran realizadas por personal laboral. Así, únicamente se ha excluido al personal con un estatuto profesional de régimen administrativo o estatuario de los traspasos en los que participan las Administraciones Públicas, sin embargo se ha cuidado, mediante disposiciones legales específicas, de garantizar la estabilidad en el empleo y el mantenimiento de los derechos de estos.

Novena. La indudable inclusión de los supuestos de reversión de contrata y concesiones públicas en el ámbito de la institución laboral.

A) Desde luego, a una operación de reversión de contrata públicas cuya actividad previamente ha sido desarrollada por empresas concesionarias privadas no es posible aplicar la excepción prevista en el artículo 1.1.c Directiva 2001/23/CE. Y es que, esencialmente, si previamente ha sido explotada por un operador económico es claro de que no actualiza la exclusión de la disposición comunitaria. Así lo ha sostenido el Tribunal de Justicia, tanto en el ámbito del Derecho de la Competencia como de la Política Social sobre transmisión de empresas –que con frecuencia se entremezclan–, que ha utilizado el hecho de que haya sido explotado en el mercado como criterio o indicio de que realmente la actividad tiene contenido económico.

B) Tampoco ha sido problemática para la jurisprudencia interna apreciar la sucesión de empresa en estas operaciones de recuperación de actividades públicas externalizadas, aunque la conformación del modelo de función pública constitucional haya introducido algunas dificultades. Más recientemente, dos Leyes estatales han declarado expresamente esta operación como constitutiva de transmisión de empresa –siempre y cuando, claro está, se cumplan el resto de requisitos. De un lado la DA 26 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2017, aunque dicha previsión fue derogada por su sucesora en el año 2018 y, finalmente, el resto de su contenido fue declarado inconstitucional. Y del otro, la Ley de Contratos del Sector Público aprobada también en 2017, cuyo contenido permanece, y que no deja lugar a dudas de que en los casos en los que la Administración recupere la gestión de un servicio vendrá obligada a subrogar al personal si así se deduce de la aplicación de la sucesión de empresa del artículo 44 ET.

C) Ahora bien, en la medida en que han recaído algunos fallos contradictorios en sede nacional sobre el ámbito de la exclusión de la Directiva, consideramos que no está de más incorporar la previsión comunitaria expresamente al marco normativo interno con toda su plenitud –no únicamente referida a los supuestos de reversión–, especialmente contemplando las especialidades que conlleva la descentralización de funciones por parte de las AAPP.

Décima. La diferente predisposición jurisprudencial para admitir fenómenos de descentralización productiva como supuestos de sucesión de empresa.

Como se dejó constancia en el primer capítulo la norma no fue diseñada para aplicarse a fenómenos de descentralización productiva, ni la comunitaria ni la nacional. Tampoco sus escasas reformas han abordado de manera directa su aplicación. Es claro que el supuesto de la reversión de contrata públicas se enmarca dentro de la más amplia doctrina jurisprudencial sobre la aplicación de las previsiones normativas sobre sucesión de empresas a las contrata y subcontratas, que ha mantenido verdaderamente ocupados tanto a los tribunales nacionales como al tribunal de Luxemburgo en las últimas décadas.

Con todo, la óptica desde que los distintos ámbitos interpretativos han abordado la cuestión ha provocado sustanciales diferencias y los posteriores vaivenes jurisprudenciales a los que se aludirá. En efecto, para el Tribunal de Justicia evaluar una eventual operación de transmisión en el marco de una externalización, sustitución de contratistas o reversión del servicio, no supone aplicar ninguna pauta axiológica diferente a la de cualquier otro tipo de traspaso. De forma «neutral» analiza si concurren los presupuestos constitutivos de la sucesión de empresa.

Pero no procede así el Tribunal Supremo, que configura su doctrina en torno al artículo 44 ET en relación con estos fenómenos de externalización como una suerte de regla general de inaplicación y, solo ante excepcionales circunstancias, admite su extensión a estos cambios de titularidad. En efecto, su examen judicial parte siempre de la premisa de que ni una contrata ni una concesión administrativa son una unidad productiva autónoma, sino que se trata de la finalización y sucesiva celebración de dos negocios jurídicos diferentes e incommunicados. De este modo, al identificar la contrata únicamente con su dimensión subjetiva (el título mediante el que se realiza el cargo) y obviar su dimensión objetiva (el objeto del encargo, negando que sea una noción relevante a efectos del art. 44 ET), introduce un sesgo negativo en cuanto a la aplicación de la institución laboral que, como se ha dado cuenta a lo largo del trabajo, ha generado numerosos pronunciamientos en los que se rechaza la transmisión concurriendo realmente sus requisitos.

Pues bien, estas pautas hermenéuticas se trasladan sin matices a las operaciones de recuperación de un servicio o actividad previamente externalizado por una empresa principal pública o privada, mostrando diferentes sensibilidades según el examen sea llevado a cabo por el Tribunal de Justicia o por los órganos judiciales internos que siguen las pautas del Tribunal Supremo. En cualquier caso, tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional convergen al exigir para aplicar las previsiones sobre sucesión de empresa, incluido en los supuestos de externalización productiva, la concurrencia de un doble presupuesto o requisito: uno de carácter subjetivo (el traspaso o cambio de titularidad) y otro de carácter objetivo (de una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular).

Undécima. La incuestionable concurrencia del requisito subjetivo: la eficacia de algunos contratos públicos para activar la transmisión en la reversión del servicio público.

Respecto al requisito subjetivo, referido a los negocios o títulos jurídicos que pueden emplearse para perfeccionar los cambios de titularidad, no resulta problemática su apreciación en estos supuestos de reversión. No lo ha sido ni para el Tribunal Supremo ni para el TJUE, pues

ambos se han basado de modo coherente en sus propios precedentes mediante los que han ido sentando las bases conceptuales para determinar que la extinción de un contrato público y la decisión por parte de su comitente pública de gestionar directamente la actividad constituye una sucesión de empresa. En realidad, todos los supuestos de sustitución de la posición del empresario que prestaba una actividad económica por otro sujeto permiten la constatación de este requisito, sin importar la causa o el negocio jurídico empleado para perfeccionarlo. En definitiva, ha perdido relevancia como elemento definitorio de la transmisión de empresa.

En concreto, referido a los supuestos de reversión, son importantes las siguientes notas características en relación a la causa del traspaso: es irrelevante que no se trate de una transmisión voluntaria o negociada, sino que sea coactiva e impuesta por una autoridad administrativa; es irrelevante que no se realice mediante un negocio traslativo de la propiedad, basta con que se transfiera el uso o disfrute de bienes mientras que el ente público conserva la titularidad dominical; no es necesario que derive de un vínculo contractual, puede venir impuesto por un acto público o por disposiciones de carácter legal o reglamentario.

En cuanto a los mecanismos contractuales mediante los que una Administración Pública puede adoptar la decisión del cambio de forma de gestión debe hacerse referencia a la contratación pública, pero no exclusivamente porque las Administraciones y otras entidades del sector público pueden realizar también contratos sometidos al derecho privado. Respecto a los contratos administrativos típicos previstos en la actual LCSP, se ha puesto de manifiesto que todos ellos no son susceptibles de desencadenar una sucesión de empresa. Por ejemplo, no lo será el «contrato de suministro» porque consiste en una «obligación de dar» y no «de hacer», por lo que no puede identificarse con una contrata o concesión en el que la Administración encarga parte de sus cometidos y luego recupera su gestión. Tampoco el «contrato de obra» que, aunque sí pueda identificarse con una contrata de obras o servicios de acuerdo, no lo hace con el supuesto de hecho de la transmisión en tanto que el objeto del encargo conlleva el compromiso de la contratista a entregar un resultado a la Administración (la obra). Así pues, en la medida en que se cumpla el objeto del contrato, no dará lugar a la continuación de la actividad extinguido el contrato. Pero en caso de que no se cumpla y la obra se entregue a medias tampoco, por cuanto que el TJUE ya se ha pronunciado al respecto exigiendo para la transmisión la existencia de una organización estable de trabajo y no circunscrita a la realización de una obra determinada.

En síntesis son negocios jurídicos contractuales de derecho público que interesan a efectos de este estudio: el «contrato de concesión de obras», el «contrato de servicios» y el «contrato de concesión de servicios» regulados en la LCSP 2017. Además, estos negocios conviven con los previstos por el TRCLSP 2011, cuyos expedientes de contratación se hubiesen iniciado antes de la entrada en vigor de su sucesora y se encuentren en activo. A estos efectos, también interesan los siguientes contratos: el «contrato de concesión de obras», el «contrato de servicios» y el «contrato de gestión de servicio público». La configuración de los nuevos y antiguos contratos es sustancialmente diversa, a pesar de la coincidencia en algunos casos de su denominación. Por consiguiente, las peculiaridades del régimen jurídico de todos ellos serán tenidas en cuenta a efectos de dirimir los efectos que provocan sobre la reversión del contrato público.

Duodécima. El estado actual de la delimitación del requisito objetivo: su clásico entendimiento dicotómico aplicado a la reversión de contratadas públicas.

A) El requisito objetivo referido a la empresa o la parte identificable de la misma que puede transmitirse se ha posicionado como el aspecto más litigioso a causa de los efectos que ha traído consigo la descentralización productiva en términos de «tercerización» y «desmaterialización» de la actividad, lo que ha suscitado innumerables desencuentros entre las nociones de «entidad económica» transmisible formuladas por el TJUE y por TS. En cualquier caso, tras una larga evolución interpretativa, podemos entender que hay un entendimiento entre ambas instancias judiciales al aceptar –al menos en términos generales y sin perjuicio de ciertas desavenencias en la práctica– que se transmite una entidad económica en dos supuestos:

a) Cuando para la realización de la actividad se precise un conjunto de bienes patrimoniales dotado de autonomía funcional, únicamente se constatará que se ha transmitido la entidad si el empresario cesionario continúa o reanuda la explotación con la misma infraestructura que empleaba el cedente. En estos casos, para valorar si lo transmitido conserva la identidad se recurrirá al análisis del total de circunstancias de hecho que hayan caracterizado la operación, entre otras, la transmisión o no de bienes muebles o inmuebles, la presencia de activos intangibles y su valor, la contratación de la plantilla del cedente, la transmisión de su clientela, la analogía o similitud de la actividad antes y después de la operación, o una eventual suspensión. Es decir, el tribunal ha de evaluar de forma conjunta una serie de indicios, con carácter abierto y no exhaustivo, para poder concluir que se ha transmitido una empresa cuyo funcionamiento esté basado en equipamiento patrimonial y que la misma mantiene la identidad tras el cambio de titularidad.

b) Cuando la realización de la actividad no precise un equipamiento patrimonial y solo requiera para su realización un conjunto de trabajadores organizados de forma estable esta será la entidad económica. En estos casos, la identidad se conservará si se constata que el ente público continúa explotando la actividad valiéndose de los mismos trabajadores que ya empleaba la empresa adjudicataria antes de la reversión, valorando la «asunción de la plantilla» como criterio determinante y único a la hora de aplicar las previsiones sobre sucesión de empresa.

En síntesis, la entidad económica comprende el conjunto de personas y elementos que permiten el ejercicio de una determinada actividad para alcanzar un objetivo propio. Sin embargo, se distinguen dos tipos de actividades que requieren la aplicación de presupuestos diversos para determinar si se ha transmitido una entidad económica, según se trate de una «actividad que se apoye fundamentalmente en equipamiento patrimonial» o una «actividad que se base esencialmente en la mano de obra». De manera que en aquellas actividades que requieran de instalaciones o medios materiales importantes, lo determinante será que el ente público los adquiera o recupere para poder continuar con ellos la prestación del servicio. Mientras que en sectores basados en la mano de obra, será necesario que la administración continúe explotando la actividad sin solución de continuidad y haciéndose cargo de una parte esencial de la plantilla de la empresa contratista. En todo caso, la primera tarea que debe ocupar al órgano judicial es realizar

una previa clasificación del tipo de actividad y, a partir de ahí, examinar cuáles son los indicios determinantes para poder concluir que se ha transmitido una empresa.

B) Con todo, esta inicial convergencia entre ambos Altos Tribunales, el comunitario y el español, no implica que no existan «matices» en su aplicación práctica. Matices estos que no son otra cosa que la consecuencia de las distintas evoluciones que han seguido ambos hasta llegar al momento actual y que se plasmarán en aspectos concretos. En efecto, el TJUE ha sido siempre más flexible y proclive a aceptar las transformaciones económicas y productivas, por lo que ha mostrado una evolución coherente dentro de su propio *corpus* jurisprudencial orientado a extender la tutela de la Directiva a las nuevas realidades socio-productivas, apostando por una clara interpretación finalista del elemento objetivo. En cambio, el TS, ha sido más reacio a entender que una operación de externalización, cambio de concesionaria o una eventual reversión y vuelta a la gestión directa puedan identificarse con una transmisión de empresa. Y ello, básicamente, porque sigue anclado a una noción desfasada de empresa que poco tiene que ver con las realidades productivas predominantes en la actualidad.

Más concretamente, insiste hasta la saciedad que la contrata o la concesión no es equiparable a una unidad productiva autónoma. No obstante, tras en análisis histórico realizado en este trabajo pueden resaltarse las siguientes conclusiones o ideas.

a) La introducción del concepto de «unidad productiva autónoma» en la LRRLL de 1976 no condujo, en sus primeras interpretaciones judiciales, al entendido de que necesariamente tuviera una dimensión patrimonial, sino que su nota consustancial era y es la «autonomía», en el sentido de tener un «auto-fin» productivo separable del resto de actividad de la empresa. Esto permite diferenciarla del «centro de trabajo», pues si bien este sí que conlleva implícitamente un carácter patrimonial –en la medida en que presupone la existencia de un establecimiento dado de alta ante la autoridad laboral–, no necesariamente ha de ser autónomo y separable del conjunto de la empresa. Así las distintas nociones empleadas por el legislador obedecen a algo más que a ser meras realidades ordenadas por su dimensión y subsunción unas dentro de otras.

b) Durante esos primeros años de vigencia de la Ley de Relaciones Laborales y de la novedosa noción de «unidad productiva autónoma», si bien no había un criterio ciertamente unívoco, la posición mayoritaria de la jurisprudencia identificaba la contrata o concesión con dicha noción incluida hoy en el artículo 44 ET. Más concretamente, la jurisprudencia de los años setenta y ochenta referida a las concesiones administrativas deja constancia de que la propia configuración del servicio público adquiría un papel significativamente definitorio y delimitador a efectos de constatar una sucesión de empresa, al entenderse el servicio como una unidad productiva cuya explotación puede ser continuada por otro titular. A mayor abundamiento, como era frecuente que cuando el servicio requiriese de un equipamiento patrimonial fuera este puesto a disposición por el ente público, el propio Tribunal Supremo comienza a mostrarse proclive a aplicar la transmisión de empresa en las reversiones de servicios públicos, configurándose el propio servicio como una verdadera unidad productiva autónoma. En este contexto, se relativizó el requisito de la

transmisión de la propiedad de los bienes, de forma coherente con la respuesta que había dado al interpretar otros negocios jurídicos afines como el arrendamiento de industria.

Por tanto, durante este periodo imperaba, tanto entre la jurisprudencia como entre buena parte de la doctrina, un entendimiento bastante extendido de que la concesión y la contrata eran equivalentes a la noción de unidad productiva autónoma introducida por la LRRL. Tiene sentido que así fuese, tomando en consideración el contexto en el que es aprobada dicha Ley, en el que comienza a surgir el fenómeno organizativo conocido como «descentralización productiva» y que ya había suscitado dudas en los tribunales sobre la posible transmisión parcial de la empresa.

c) Ahora bien, en el momento en el que dicho fenómeno «explota» o comienza a extenderse masivamente (finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa), el Tribunal Supremo introduce el requisito de que necesariamente la unidad productiva autónoma entraña un componente patrimonial, en el marco de la jurisprudencia restrictiva a la aplicación del artículo 44 ET a los cambios de titularidad del prestador de la contrata.

De este entendimiento derivaron las posteriores resistencias a acoger la doctrina de la «sucesión de plantillas» de origen comunitario, como también algunos de los problemas u obstáculos que ya habían quedado superados en torno a la interpretación del requisito subjetivo o título de la transmisión -por ser inherentes a este de forma natural- se hayan trasladado en fechas recientes a la identificación del objeto del traspaso (por ejemplo, la transmisión de la propiedad de los bienes o las consecuencias de una eventual suspensión de la actividad).

Decimotercera. Nuevos horizontes en la evolución doctrinal del TJUE: ¿hacia un nuevo concepto de la entidad económica transmisible?

Como hemos destacado, los más recientes pronunciamientos del tribunal europeo parecen mostrar un avance de su coherente evolución expansiva, pues muestran la superación de su tradicional dicotómica entidad económica con el propósito de garantizar los objetivos y finalidades de la Directiva. En este sentido, en algunos asuntos, otorga relevancia a ciertos criterios que, aunque siempre estuvieron dentro de la matriz de indicios, estuvieron infrarrepresentados en la valoración de conjunto, como los «elementos inmateriales», y sobre todo, la «clientela». Sobre este último, eleva la transmisión de la clientela a la categoría de determinante ante la ausencia de transferencia de cualquier otro factor de producción, si bien porque también considera que es este mantenimiento de la clientela el factor clave para mantener la identidad de la entidad económica.

En otros supuestos, expande la aplicación de su doctrina de la «sucesión de plantillas» más allá del ámbito de las actividades desmaterializadas. Esto es, la aplica a un supuesto de actividad basado en equipamiento en el que concurre una «imposibilidad» material de transmisión de los bienes patrimoniales, lo que a entender del TJUE debe obligar al juez a buscar nuevos indicios para determinar si se ha transmitido la empresa. Además, respecto a sus propios precedentes señala que, si bien pueden tomarse en consideración *in abstracto*, no pueden predeterminar la solución de un nuevo supuesto de sucesión de empresa desde el momento en que difícilmente puede haber dos operaciones idénticas. Por tanto, la determinación de si hay o no transmisión de

la entidad económica se realizará a partir de un determinado número de comprobaciones fácticas *in concreto* a la luz de las bases doctrinales sentadas por el pretor comunitario. En este caso también, junto con destacar la importancia de la «clientela cautiva», es relevante que la sucesión de la plantilla se produce en un ámbito en el que los trabajadores poseen una alta preparación para desarrollar la actividad derivada de la experiencia y conocimientos necesarios para el puesto. Por tanto, el tribunal también está valorando el *know how* como elemento transmisible.

A mi juicio, estos pronunciamientos tienen una potencial proyección en dos planos diversos que pueden marcar un cambio de rumbo en la aplicación de la Directiva a los supuestos de contratas y concesiones. De un lado, porque supone difuminar las reglas de su doctrina «dicotómica» de la entidad económica, avanzando hacia un tipo único de empresa. O, dicho con otros términos, a mi juicio lo que pretende el TJUE es alejarse de una aplicación estricta de sus reglas para proteger a los trabajadores ante los cambios de titularidad de la empresa.

Y del otro, considero que ha sentado las bases que podrían permitir un abandono de la doctrina de la «sucesión de plantillas» a favor de otros criterios y requisitos aplicables a las actividades desmaterializadas que podrían ser más objetivos y que no hagan depender el mantenimiento del empleo de la autonomía de la voluntad individual o colectiva.

Decimocuarta. La pertinencia de un marco normativo específico para las transmisiones de empresas en las dinámicas de externalización productiva.

La normativa sobre sucesión de empresas puede resultar aplicable a los procesos de reversión de funciones en los que una entidad de derecho público actúa como cesionario. Sobre este aspecto, así como en lo referente a la delimitación general del supuesto de hecho, la jurisprudencia comunitaria e interna se encuentra pacíficamente alineada. Sin embargo, más allá de esta interpretación general del art. 44 ET y la Directiva, en el trabajo se han identificado determinadas cuestiones derivadas de su aplicación práctica que resultan controvertidas, algunas recientemente superadas, y otras pendientes de solución. Y no solo suponen discrepancias entre el tribunal de Luxemburgo y los órganos judiciales nacionales, pues entre estos últimos, también se constatan criterios divergentes que, con frecuencia, dan lugar a soluciones contrarias.

Estas divergencias, que afectan considerablemente a la seguridad jurídica en torno a la institución laboral se deben, a mi parecer, a dos motivos. Por un lado, a la amplia diversidad de criterios que concurren sobre estos casos, que dificultan el análisis de la norma y ocasionan importantes problemas aplicativos en sede judicial. En efecto, la obsoleta y parca delimitación del supuesto de hecho y la inactividad del legislador —incluido el comunitario— para adaptar sus previsiones a las nuevas realidades productivas y negocios que implican cambio de titularidad conlleva que la subsunción de todas estas nuevas operaciones vía interpretación judicial en su ámbito de aplicación requiera el empleo diferentes criterios jurisprudenciales, algunos más generales y otros más específicos. Por tanto es considerable la dificultad a la que se enfrentan los tribunales para resolver este tipo de asuntos que impiden deducir con un mínimo de seguridad los elementos determinantes para apreciar la existencia de transmisión.

Por otro lado, es latente la doble racionalidad que subyace bajo la institución estudiada (social y económica), y las dificultades para hallar un equilibrio adecuado. Tarea que, ante la ambigüedad con la que está redactada la normativa de referencia, se traslada al tribunal que resuelve el caso. Y más específicamente, en los casos de reversión de funciones públicas, resulta harto complicado compatibilizar las garantías laborales previstas con los principios públicos y las normas administrativas aplicables. No obstante, en este caso, esta falta de compatibilidad, no puede ser un motivo para eludir la aplicación de la normativa sucesoria, que tiene su origen en una Directiva europea, y que debe primar sobre el Derecho nacional.

En este sentido, sería deseable, tal y como viene reclamando la doctrina científica desde hace tiempo, contar con una regulación específica que responda a las particularidades de la transmisión en el marco de las contrataciones y subcontratas. No puede obviarse que el fenómeno de la descentralización productiva está muy arraigado en el sistema productivo, y que la mayoría de los cambios de titularidad empresarial se producen como consecuencia de decisiones estratégicas de externalización, cambio de contratista o reversión de actividad. No tiene sentido exigir los mismos requisitos para que opere la institución en estos casos que en otros negocios jurídicos tradicionales, ni tampoco, aplicar las mismas consecuencias. Así las cosas, se precisan nuevas reglas que determinen con claridad cuando se produce una sucesión de empresas en el marco de una reversión de contrataciones públicas (así como en cualquier operación externalizadora).

Decimoquinta. La olvidada calificación previa de la actividad para fijar los requisitos para el mantenimiento de la identidad: puesta a disposición de bienes de dominio público.

A) Como hemos dejado constancia, en el ámbito público es habitual la puesta a disposición de bienes de dominio público afectos a la actividad o servicio público externalizado, materializándose a través de los contratos administrativos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público. De aquí, se han derivado dos importantes conflictos interpretativos.

a) El primero puede considerarse ya resuelto, aunque solo desde fechas recientes. Esta cuestión problemática consistía en que, a pesar de que el régimen de extinción de dichos contratos públicos conllevara la recuperación del equipamiento cedido por la entidad pública adjudicadora provocando la transmisión de una entidad económica, en los últimos tiempos el Tribunal Supremo ha estado entendiendo que dicha recuperación no describía desplazamiento patrimonial alguno susceptible de desencadenar una transmisión de empresa, desvinculándose de un consolidado y antiguo criterio del TJUE existente también en sus propios precedentes jurisprudenciales. Es un claro ejemplo en el que una cuestión –la traslación de la propiedad– que ya había quedado resuelta en la delimitación de los negocios jurídicos capaces de activar la transmisión –llegándose a la conclusión de que un contrato, como el de arrendamiento, que implica el mero uso de las instalaciones puede activar el art. 44 ET–, se convierte ahora en un obstáculo para apreciar la concurrencia del elemento objetivo de la transmisión. A mi juicio, con la intención por parte del Alto Tribunal de evitar la antinomia entre las reglas laborales y de acceso al empleo público que se daría en caso de producirse la subrogación por parte de la Administración Pública. Por fortuna, la

flagrante contradicción con la jurisprudencia europea y la importante división de criterios que provocó en instancias judiciales inferiores fue finalmente corregida.

b) El segundo, se debe a que el órgano judicial nacional incurre en un error metodológico al aplicar la doctrina comunitaria sobre la sucesión de empresa, en la medida en que no pondera los criterios a aplicar en función del tipo de entidad económica de que se trate. Esto es, como ya se ha dicho, la primera labor que debe realizar el tribunal es clasificar la actividad objeto de la transmisión como basada en mano de obra o en equipamiento. Ello permite identificar el tipo de entidad transmisible y los requisitos que se han de apreciar para estimar que la operación de reversión constituya una sucesión empresarial. Pues bien, en esta labor de valoración resultaría aconsejable que se tuvieran en cuenta las dos cuestiones planteadas.

i) Por un lado, cuando la entidad comitente aporte los bienes necesarios para la explotación de la contrata, en tanto que el hecho de que la contratista aporte solo un grupo de trabajadores organizados no implica que la actividad descansa en la mano de obra. Por eso, resulta útil la diferenciación del papel que puede jugar la infraestructura patrimonial como «instrumento» que permita su explotación o como el «objeto pasivo» sobre el que recae la misma.

ii) Y por el otro, cuando la actividad no precise de una entidad económica que descansa en equipamiento material. Cada vez son más frecuentes actividades que requieren importantes medios técnicos de carácter inmaterial, que tienen un valor económico muy superior al del resto de factores de producción y, sin los cuales, no sería posible continuar desempeñando la actividad.

B) En este sentido, se han identificado dos criterios entre nuestra doctrina judicial para determinar la importancia que tienen dentro del conjunto de actividad algunos activos o factores de producción de difícil valoración. El primero, es un criterio cuantitativo, basado en el coste o «valor económico» de dichos elementos respecto al conjunto de factores de producción empleados por la empresa para explotar la actividad. Este se considera apropiado por cuanto que instituye un criterio más objetivo que permite deslindar entre actividades desmaterializadas o materializadas. El segundo, es un criterio cualitativo, basado en la «imprescindibilidad» de dichos elementos para realizar la actividad. Este se considera un criterio inapropiado en tanto que admite un amplio margen de subjetividad y discrecionalidad judicial, lo que a la postre puede distorsionar la calificación de la actividad objeto del traspaso.

C) Pues bien, esta última cuestión, como se pone de manifiesto en el trabajo está lejos de quedar resuelta a la luz de la disparidad de pronunciamientos judiciales actuales detectados. En consecuencia, proponemos la adopción de otros criterios que permitan apreciar cuándo hay una sucesión de empresa, sin necesidad recurrir a la problemática distinción entre actividades basadas en el equipamiento o actividades basadas en la mano de obra.

Decimosexta. La obligada valoración de la cada vez más frecuente presencia de activos inmateriales o intangibles de base tecnológica.

Recientemente el Tribunal de Justicia ha destacado la posibilidad de que junto con la entidad económica basada en equipamiento patrimonial y la entidad económica que descansa sobre la mano de obra pueda coexistir también un tercer tipo de «entidad económica que descansa en equipamiento inmaterial», siendo estos activos intangibles los que permiten el mantenimiento de la identidad de lo transmitido, aun cuando no se transmitan activos materiales ni se asuma a la plantilla. Se trata de una postura coherente con la creciente relevancia que adquieren en el modelo productivo actual las empresas de base tecnológica, donde los derechos de explotación de propiedad industrial o intelectual (*software*) son el factor «clave» que permite la continuación de una actividad en los mismos términos que era desarrollada por el anterior titular. Aunque también deben adquirir alta consideración en la valoración de conjunto de circunstancias los informes e historias clínicas de clientes y pacientes, necesarios para garantizar una atención personalizada y continuada, sobre todo en determinados sectores de actividad como el sanitario o sociosanitario.

En sede judicial nacional se aprecian pronunciamientos contradictorios en la valoración de estos activos inmateriales o intangibles derivados, sobre todo, a causa del error metodológico en la previa calificación de la actividad al que se aludía en la conclusión anterior. Ahora bien, también se aprecia una incipiente línea hermenéutica que cada vez los tiene toma más en consideración estos activos al enjuiciar la existencia de una transmisión empresarial.

Un ámbito de actividad en el que se ha presentado esta problemática valoración de intangibles con frecuencia es en el de la reversión del servicio público de colaboración en la gestión tributaria de los Ayuntamientos. En estos casos, se encomienda a una empresa privada el diseño y desarrollo *ad hoc*, la aplicación, el mantenimiento y actualización conforme a los cambios normativos de un *software* especializado, necesario para la prestación del servicio y cuyo valor económico suele alcanzar cifras elevadas dentro del presupuesto público. Estos encargos, que se vinculan jurídicamente mediante el «contrato público de servicios» conllevan la indefectible transmisión de los derechos de propiedad intelectual y, con ello, la transmisión de empresa.

Decimoséptima. La necesaria intervención normativa en torno a las vicisitudes del contrato público a efectos de clarificar cuándo procede la obligación de subrogación.

Se han destacado tres tipos de cuestiones que suelen ser conflictivas en torno las posibles vicisitudes que pueden acaecer en torno a la continuación de la actividad. Se trata de líneas interpretativas iniciadas, en muchos de los casos, bajo la vigencia de la antigua Ley de Contratos de Trabajo y que tienen reflejo en pronunciamientos recientes, desencadenando una diversidad de criterios. Estas cuestiones pueden agruparse en los siguientes bloques:

A) En primer lugar se ha destacado que no hay una postura unívoca en torno a si el requisito para aplicar la transmisión de empresa es la continuación efectiva de la actividad o la mera posibilidad de estar en disposición de hacerlo. La postura más antigua adoptada por el Tribunal Supremo (desde los años cuarenta del siglo pasado) y el actual criterio del TJUE es que, como premisa para el mantenimiento de la identidad, la actividad ha de continuar prestándose, no pudiendo desencadenar la transmisión una simple reversión de medios o equipamiento sin

continuar efectivamente el servicio. Ahora bien, con posterioridad (desde finales de los años setenta), y con la finalidad de evitar el fraude de Ley, el Alto Tribunal entendió que la recuperación de la infraestructura es suficiente para imponer las garantías de la transmisión aunque no se reanude la explotación. Pues bien, lejos de suponer la segunda un giro interpretativo sobre la primera, ambas han coexistido hasta la actualidad. La segunda doctrina se ha consolidado y ha encontrado su máximo exponente en los casos de reversiones de servicios públicos, en el entendido de que si la Administración recupera el equipamiento objeto del contrato, debe subrogar a la plantilla, pues de no hacerse así, estiman los tribunales que se facilita el fraude de Ley, permitiendo al ente que se libre de la plantilla y reanude con posterioridad el servicio.

En consecuencia, parece necesaria una intervención normativa en el sentido de no imponer la transmisión cuando no hay continuación efectiva de la actividad ya que, en ciertas actividades públicas que no tengan la consideración de servicio público obligatorio, la Administración legítimamente puede adoptar la decisión de no continuar su dispensación. En este contexto, imponer la sucesión de empresa puede contravenir el interés general y ser contraproducente a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

B) Una cuestión bien diferente, aunque eminentemente ligada a la anterior, es el efecto de una eventual suspensión o interrupción de la actividad después reanudada por la propia Administración o por una nueva adjudicataria. En este caso, tal y como recientemente ha reafirmado el tribunal europeo, una eventual y temporal paralización de la actividad, no puede impedir que se aprecie que se ha transmitido una empresa (otra cosa es que los contratos de trabajo estén válidamente extinguidos y no proceda la subrogación). Pues de nuevo aquí nos encontramos con un conflicto interpretativo interno. Y es que, si con carácter general nuestra jurisprudencia ha entendido que para que opere la garantía de subrogación contractual prevista en el artículo 44.1 ET la relación laboral ha de encontrarse necesariamente «vigente» o «viva», esta doctrina se ha «distorsionado» en pronunciamientos más recientes en los que se ha exigido para verificar si se transmite una empresa (esto es, la determinación del supuesto de hecho de la norma laboral) que los contratos no se hallen previamente extinguidos. Una y otra cosa no son lo mismo, pues como ya se ha dejó constancia en el Voto Particular formulado a una de estas sentencias, entender que el carácter constitutivo del despido no actualiza el artículo 44 ET, supone extinguir automáticamente las acciones judiciales que el trabajador despedido pueda ejercer contra la empresa cesionaria para acreditar que el despido no debió llevarse a cabo y que persiste su derecho a continuar tras el cambio de titularidad. A mayor abundamiento, este criterio excesivamente formalista ampara de forma sencilla la evitación de la norma sucesoria.

Esta doctrina nacional impide la continuidad de la plantilla ante supuestos de suspensión temporal de la actividad y es especialmente relevante en el ámbito de la contratación pública. Así, se han puesto de relieve ciertas dinámicas de la entidad principal pública en las que se acredita que hay una verdadera voluntad de continuar la actividad toda vez que supone la ruptura del vínculo contractual impidiendo luego la subrogación (reanudación por la Administración transcurridos unos meses; suspensión de la actividad mientras se sustancia un nuevo proceso de licitación; asunción de la gestión directa del servicio durante un arco temporal limitado

aprovechando las más rígidas reglas para que opere la sucesión de plantillas en la reversión para después volver a adjudicar el servicio a otra concesionaria que queda libre de la plantilla anterior).

Por consiguiente, se precisa una actuación del legislador en el sentido de garantizar que la suspensión temporal de la actividad no va a truncar las posibilidades de defensa jurídica de los trabajadores. Aunque sería recomendable la introducción de un plazo razonable para la interrupción temporal de modo que una vez superado no pueda producir el denominado «efecto Lázaro» en aras a garantizar la seguridad jurídica en el tráfico económico de empresas. Dicho plazo, para cumplir con las exigencias comunitarias, no deberá ser estricto, sino que deberá admitir que mediante las pruebas que se consideren oportunas, una mayor suspensión no afecta al mantenimiento de la identidad de la entidad económica traspasada.

Decimoctava. El creciente interés por la transmisión de la clientela en actividades basadas en equipamiento para las que se requiere una entidad económica multifactorial.

A) En efecto, en este tipo de actividades y no en aquellas basadas en la mano de obra, la jurisprudencia comunitaria ha recurrido en ocasiones al indicio de la transmisión de la clientela para deducir si ha tenido lugar una sucesión de empresa. En el marco de la contratación pública, el cambio de adjudicatario ha llevado a entender al pretor comunitario que la clientela se transmite en tanto que es «cautiva». Más recientemente, ha elevado su consideración a la categoría de determinante en un asunto en el que se entiende que es el elemento indispensable que permite continuar actividad. En cambio, la jurisprudencia nacional ha dedicado una escasa atención a este factor de producción incluido en la tradicional matriz de indicios que se debe valorar conjuntamente para decidir si hay o no hay transmisión de empresa. Cuando se ha destacado el valor de la clientela, ha sido en el marco de transmisiones negociadas en las que se valora el potencial del «fondo de comercio» de la empresa. Sin embargo, más recientemente está adquiriendo mayor importancia a la vista de la atención que está despertando entre los órganos judiciales nacionales en el marco de sucesiones de contratos y concesiones y en otros negocios afines.

B) A la hora de determinar si se ha transmitido la clientela será preciso determinar quién es el verdadero cliente, ya que en el ámbito de la contratación pública pueden aparecer dos tipos de sujetos que pueden recibir tal consideración: de un lado, la administración, empresa principal o empresa «cliente»; del otro, los destinatarios finales del servicio que pueden ser denominados «clientes», pero también pacientes, residentes, usuarios, etc. A nuestro juicio, siguiendo el criterio empleado por el Tribunal Supremo, se debe entender por cliente en sentido económico o mercantil, esto es, quien paga por la adquisición de un bien o la recepción de un servicio. Debe tenerse en cuenta que, no en todos los casos en los que haya un destinatario final del servicio este será el cliente, pues con frecuencia será la Administración quien paga el precio para que el ciudadano, titular de un servicio público, lo reciba en régimen de gratuidad.

A tal efecto se propone un complejo sistema para, a través del concreto contrato público por el que se encarga la prestación de la actividad o servicio público, poder determinar quién es el verdadero cliente. Tratando de sintetizar estas reglas:

a) Cuando la Administración pague un precio cierto al contratista por la prestación del servicio, esta será la verdadera cliente y el cambio de adjudicataria deberá comportar la transmisión de la clientela, apreciada en el marco de una valoración de conjunto con el resto de circunstancias fácticas de la operación. Los contratos públicos que responden a esta configuración son el «contrato de servicios» ex TRLCSP 2011, mediante el que se realizan prestaciones directas a la Administración comitente; las diversas modalidades del «contrato de gestión de servicio público» ex TRLCSP 2011 por las que se presta un servicio al ciudadano pero pagado por la Administración adjudicadora, a excepción de la modalidad de la «concesión»; el «contrato de servicios» ex LCSP 2017, con independencia de que el servicio se preste directamente a la entidad cliente o al público, pero en todo caso será retribuido por la Administración mediante el pago de un precio cierto y determinado que excluye el «riesgo operacional».

b) Cuando el contratista o concesionario adquiera mediante el contrato público un derecho de explotación por el que perciba sus ingresos directamente del pago de tasas o tarifas abonadas por el usuario final, estos serán los verdaderos clientes. Esta circunstancia se dará en la modalidad de «concesión» del antiguo «contrato de gestión de servicios públicos» que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria se caracterizaba por la asunción de un «riesgo de explotación» cuya nota sustancial era la percepción de la remuneración directamente de los usuarios. En el nuevo contrato de «concesión de servicios» en los que se asume un «riesgo operacional» de carácter comercial mediante el cual el concesionario obtiene su remuneración del usuario final.

Ahora bien, en estos casos, para que haya transmisión de la clientela será necesario que la misma sea «cautiva»: i) Será «cautiva» cuando haya ausencia de competidores en la dispensación del servicio o se deduzca una falta de libertad o capacidad de decisión del usuario para cambiar de suministrador del servicio; ii) No será cautiva cuando no se cumplan estas premisas. Sin embargo, nada obsta a que mediante el correspondiente sistema probatorio se demuestre que entre cedente y cesionario se ha producido ciertas acciones tendentes a conservar la clientela.

Decimonovena. El concepto de «riesgo operacional» de la LCSP como nuevo indicio de transmisión empresarial en el ámbito de las contrata públicas o privadas.

El nuevo concepto de «riesgo operacional» que imponen la nueva Directiva en materia de concesiones, es mucho más amplio que el anterior «riesgo de explotación» de creación jurisprudencial (TJUE) o que el concepto de «riesgo y ventura» manejado por nuestra legislación en materia de contratación pública. Este nuevo riesgo va más allá de un riesgo en la explotación comercial que se concrete en el pago directo por parte del usuario final del servicio, pues también existe cuando es la Administración quien paga por el servicio prestado al usuario. En ambos casos, la retribución del concesionario vendrá determinada por el uso o la «frecuentación del servicio». Es decir, a mayor número de usuarios, mayores ingresos; a menor número de usuarios, mayores posibilidades de pérdidas y de no recuperación de las inversiones o costes asumidos.

Pues bien, consideramos que esta asunción del riesgo en las operaciones ha de adquirir relevancia para imponer las «cargas laborales» que puede suponer la institución laboral de la

sucesión de empresa, y no solo en el ámbito de la contratación pública. Este criterio jugaría de la siguiente forma: si un nuevo titular de la actividad que recibe el encargo o la recupera para su gestión directa no asume un riesgo real en el mercado, decantará la balanza a favor de la sucesión de empresa, puesto que no será admisible trasladar el poco o escaso riesgo en la actividad a los trabajadores. En cambio, si la nueva prestadora asume un riesgo importante realizando inversiones o asumiendo costes de gran magnitud, es razonable que juegue como un criterio atenuante de la transmisión de empresa, puesto que puede conllevar un incremento adicional del riesgo operacional. En todo caso, se trataría de un «indicio» más no previsto en el conocido listado de indicios de origen comunitario de carácter abierto. Y en tal caso, requeriría una valoración de conjunto con el resto de circunstancias fácticas que caractericen la operación.

Vigésima. La escasa virtualidad de la «sucesión de plantillas» en las reversiones de servicios o actividades públicas: ¿el principio del fin de la doctrina comunitaria?

Una singularidad de la aplicación de la institución de la sucesión de empresa a las reversiones de contratos públicos es que, salvo supuestos varios que hemos identificado como «patológicos» además de residuales, no puede producirse una subrogación en su dimensión de «sucesión de plantillas». Y ello es así, porque hay una consolidada jurisprudencia que declara la inaplicación del convenio colectivo sectorial que contiene la obligación de subrogación a la Administración Pública, además de porque la asunción voluntaria de la plantilla por parte de la entidad pública sin venir impuesta por una norma legal o convencional no parece admisible, por cuanto que podría suponer un acceso fraudulento al empleo público.

Ahora bien, no puede ignorarse que excluye del campo de aplicación de la norma a un considerable grupo de trabajadores atendiendo a la mera circunstancia diferencial de la necesidad o no de bienes del activo material o inmaterial para prestar sus servicios. En estos casos, en el ámbito de la subcontratación privada, queda en manos de la autonomía de la voluntad individual o colectiva la continuidad de los trabajadores adscritos a actividades desmaterializadas, mientras que los adscritos a servicios que requieran equipamiento operará *ope legis*. Más flagrante es en los casos de reversión de servicios públicos en los que ni siquiera existe esta posibilidad.

Así, mientras que los trabajadores de una empresa contratista que solo aporta un conjunto de trabajadores para realizar una actividad intensiva en mano de obra quedan extramuros del artículo 44 ET ante la reversión del servicio, los trabajadores de otra empresa contratista que solo aporta un conjunto de trabajadores para realizar una actividad basada en equipamiento, pero cedido por la Administración, verán reforzada su estabilidad en el empleo. En este orden de cosas, cabría plantear si, desde el punto de vista del principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, es sostenible esta diferencia de trato, teniendo en cuenta las siguientes premisas:

a) El artículo 44 ET no distingue entre empresas transmisibles o no transmisibles, la diferencia se basa en una interpretación jurisprudencial restrictiva de la norma.

b) Tampoco la distinción puede derivarse de la interpretación del artículo 1.2 ET y de las nociones de «empresa-empresario» que establece. El concepto de «empresario» es instrumental

y reflejo y viene definido como el sujeto que recibe la prestación de servicios en los términos dispuestos por el artículo 1.1 ET, sin que sea necesario que sea el titular de los eventuales bienes de la empresa ni que pierda tal condición cuando ni siquiera existan dichos bienes. Ni el citado precepto, ni el artículo 44 ET, ni el resto de la norma estatutaria permiten inferir que haya un concepto unívoco de «empresa» o que deba reunir característica alguna. Es más, la empresa en el Estatuto de los Trabajadores viene configurada como un «ámbito de organización y dirección», lo que la identifica con un conjunto de relaciones entre los diversos factores de producción y quien los organiza, que pueden transmitirse mediante cualquier vínculo adquiriendo el nuevo empresario la posibilidad de continuar explotando una estructura organizada de factores de producción, sin predeterminar o prejuzgar la cantidad o cualidad de los elementos que la deben componer.

c) Las empresas contratistas que realizan una actividad intensiva en mano de obra son, a todos los efectos, empresas para el ordenamiento jurídico (fiscal, mercantil, etc.), y también lo son para el ordenamiento laboral en la medida en que se presupone que existe una organización real que permite distanciarse de un fenómeno interpositorio ilícito.

d) Los trabajadores de las empresas adjudicatarias de contrata y concesiones públicas o contrata de obras o servicios privados, quedan sometidos al mismo régimen jurídico-laboral, sin que haya motivo objetivo que permita introducir una diferencia de trato. Debe tenerse en cuenta que las tutelas previstas por el artículo 44 van dirigidas al trabajador «subjetivamente» considerado, con independencia del tipo de empresa en que presten servicios y con independencia del destino que se le dé a la unidad transmitida, no admitiéndose más excepciones que las derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Por cierto, esta, es ilustrativa cuando prevé el traspaso de centros de «actividad» o partes de centros de «actividad». Desde este punto de vista, no parece concebible que unos trabajadores tengan más derecho que otros a la conservación del empleo, según su empresa requiera bienes materiales o no para poder explotar la actividad, o según la cesionaria de la actividad sea una empresa del sector privado o del sector público.

En consecuencia, a nuestro entender el criterio de la «sucesión de plantillas» no es un criterio válido para garantizar la continuidad en el empleo de los trabajadores empleados en actividades intensivas en mano de obra, siendo necesario la búsqueda de otros elementos de carácter objetivo que no sometan la garantía a la autonomía de la voluntad. Y es que, aunque en un primero momento la doctrina comunitaria constituyera un paso importante para la tutela de los trabajadores ocupados en este tipo de actividades, a día de hoy se muestra insuficiente, siendo el momento de dar un paso más para garantizar la tutela de los trabajadores, pero sin dejar de equilibrarla con los intereses económicos o generales en liza.

Vigesimoprimera. Propuesta de nuevos requisitos aplicativos para la sucesión de contrata: revisar el concepto de «unidad productiva autónoma» como equivalente a entidad económica como punto de partida y la aplicación de criterios atenuantes.

Como punto de partida, considero que es necesario acabar, mediante intervención del legislador, con el *mantra* jurisprudencial de que la contrata o la concesión no es una «unidad

productiva autónoma», porque no es cierto. No se puede identificar a la contrata únicamente con el título jurídico por el que se encarga a una empresa su realización pues, como el mismo Tribunal Supremo ha reconocido, no queda alterado el hecho de que el servicio o actividad objeto de la contrata sea el mismo. La contrata, en un sentido técnico, se refiere a un conjunto de negocios jurídicos previstos en el ordenamiento civil, mercantil o administrativo. Esto es, se refiere solo al mecanismo instrumental que sirven para encomendar la actividad objeto de la misma, y este negocio puede quedar extinguido con el empresario contratista y adjudicarse a otro empresario o recuperar la actividad objeto de la contrata. Pues bien, a mi entender, nada se puede identificar con una «unidad productiva autónoma» mejor que la actividad objeto de una contrata o concesión.

Y es que, si la nota distintiva de esta última noción prevista por el artículo 44 ET es que tenga «un auto-fin productivo» separable del conjunto de la actividad de la empresa el hecho de que pueda encargarse a otro empresario y explotarse de forma separada es un claro indicio revelador de la existencia de la autonomía que ha de tener la unidad productiva. Lo que no es relevante, en absoluto, ni un obstáculo para que la unidad productiva mantenga o no su autonomía es que esté compuesta por un conjunto de elementos patrimoniales. En mi humilde opinión, se trata de una interpretación restrictiva y de carácter fundamentalmente ideológico para «huir» de la histórica tutela prevista por la norma laboral en los cambios de titularidad que, de forma absolutamente mayoritaria, se producen en el actual sistema económico y productivo.

En este sentido se ha expuesto la existencia de un debate doctrinal antiguo, pero no por ello desactualizado o cerrado, en el que se discute la aplicación automática de la transmisión a los cambios de contratista o reversión de la actividad, y de forma muy singular en el ámbito público en el que el derecho de explotación y la estabilidad que ofrece el contrato o concesión pública constituye ya de por sí el elemento patrimonial básico para el ejercicio de la actividad empresarial, sin necesidad de presencia de bienes del activo material o inmaterial. Postura que, como puede deducirse comparto plenamente, añadiendo una razón de tipo teleológico, cual es proteger a los trabajadores empleados en actividades descentralizadas que son quien más requieren de la tutela del artículo 44 ET por la precariedad e inestabilidad a la que están sometidos. A mayor abundamiento, es en actividades intensivas en mano de obra que también suelen estar ligadas a la característica de baja cualificación donde se reproduce este esquema con mayor intensidad.

Ahora bien, no pueden desconocerse los intereses económicos, ya sea de la empresa privada o de la Administración, cuya racionalidad del gasto público responde a la necesidad de realizar el resto de cometidos propios que sirven para alcanzar el interés público. Entre la doctrina que está en contra de esta postura, especialmente referida al sector privado, se aducen razones de tipo económico fundamentalmente (afectación al funcionamiento de la economía, limitación de la libertad de empresa; conculcación del derecho de la competencia; imposición de «cargas laborales» y dificultad para obtener la mayor eficiencia posible, etc.). Por ello, como he expuesto en una conclusión anterior, entiendo la introducción del riesgo operativo puede equilibrar la balanza y compensar estos intereses de tipo economicista.

Mi propuesta de reforma se basaría en las siguientes reglas:

A) Con carácter general, la sucesión o reversión de contratos o concesiones públicas siempre describirán una sucesión de empresa, salvo que se acredite que se asume el riesgo operacional en las actividades. Este criterio surgido en el ámbito de la contratación pública es perfectamente extrapolable a la subcontratación privada. De esta forma, el cambio de contratista supone la transmisión de una unidad productiva autónoma con los matices formulados.

B) Se proponen tres criterios para modular la existencia de sucesión de empresa y que son identificativos de la asunción o no del riesgo empresarial:

a) La asunción de plantilla, pero con matices. El primero, es que no será un criterio único y determinante, sino que supone dar un paso atrás en la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas y emplearlo en el seno de una valoración de conjunto. El segundo, es que se circunscriba solo a sectores basados en una mano de obra altamente cualificada y preparada. De ahí, se puede inferir claramente el interés empresarial por adquirir el *know how* lo que supone, efectivamente, mitigar el riesgo y la incertidumbre en el buen desarrollo de la actividad asumida. Y no, en cambio, en actividades intensivas en mano de obra poco cualificada, en las que los trabajadores son fácilmente reemplazables por otros. Carece de sentido que la asunción de los mismos permita entender el mantenimiento de la identidad, cuando el interés empresarial se orientará a sustituirlos por otros nuevos trabajadores con menos derechos adquiridos y con condiciones menos onerosas.

b) La toma en consideración de la transmisión de la clientela como criterio privilegiado. En efecto, en una actividad basada en equipamiento ha de valorarse conjuntamente con otros elementos que pueden denotar la asunción del riesgo en la actividad (por ejemplo, realizar una importante inversión en equipamiento patrimonial), pero en los casos en los que no existen más elementos del activo material o inmaterial la transmisión de la clientela supone la transmisión de la fuente de ingresos que garantiza la certidumbre económica durante la explotación de la actividad encargada, especialmente cuando la misma se articula mediante un contrato público. Este acceso a la demanda de bienes y servicio gracias a la adjudicación de la contrata es lo que permite mantener el volumen de negocios y lo que hace que se requiera mano de obra para su prestación. Es por tanto, esta transmisión de la clientela lo que permite el mantenimiento de la identidad y no la presencia de una mano de obra poco cualificada y reemplazable.

A tales efectos, se aplicarán las mismas reglas antes descritas para identificar cuándo se transmite la clientela con una salvedad. En los casos en los que la Administración es la verdadera y única cliente que paga por el servicio prestado, no puede afirmarse que haya transmisión de clientela cuando rescinde el contrato y asume la prestación, porque básicamente se desvanece su condición subjetiva de «cliente». Ahora bien, considero que una eventual y deseable reforma normativa debería aplicar idénticas consecuencias tanto en la externalización de funciones, como en la sustitución de concesionarios o en su eventual recuperación de la gestión pública, a pesar de que, como se ha dicho, ciertos contratos públicos no transmitan la clientela a la Administración. Y ello, con base en los siguientes motivos o razones:

i) La primera de carácter teleológico, para garantizar la estabilidad en el empleo. A mayor abundamiento porque seguirá la entidad pública necesitando mano de obra, sin que sea probable que cuente con un ejército de reserva de efectivos de personal para realizar una actividad que hasta el momento no desempeñaba.

ii) La segunda, desde una perspectiva de defensa de la competencia y de protección de los intereses empresariales, en el bien entendido de que no imponer las mismas reglas a todos los sujetos que desarrollen una «actividad económica» supone otorgar privilegios que distorsionan la competencia. Así pues, en los casos de reversión, la empresa contratista privada se verá obligada a soportar las consecuencias del despido de la plantilla solo porque rige a favor de la Administración un criterio no previsto en el sector privado.

iii) La tercera, porque la Administración no actúa en interés propio como si se tratara de una empresa privada, es una organización vicaria que actúa en defensa del interés público, de lo que se derivan dos consecuencias. La primera, que no puede resultar ajena a la posición en que queden los trabajadores en tanto que sus intereses también conforman interés general. La segunda, es que sus actuaciones se financian con fondos públicos y no propios, lo que permite atemperar su posición subjetiva como «cliente», ya que no implica que desde la reversión cambie la procedencia de los recursos económicos con los que se financia el servicio (el erario público).

c) La apreciación de otros criterios coadyuvantes que ayuden a dirimir si preexistía una estructura organizada y estable de trabajo.

En síntesis, la reforma aquí propuesta no es contraria a las interpretaciones del TJUE, pues queda plenamente homologada a su doctrina. La diferencia estaría en introducir un régimen de tutela mayor pero equilibrado en los casos de sucesión de actividades desmaterializadas.

Vigesimosegunda. El necesario «retoque» de la responsabilidad solidaria (I).

Para reequilibrar los intereses afectados, también sería deseable que, en aquellos sectores que no requieran de infraestructura patrimonial no se imponga la obligación de asumir al nuevo prestador las deudas laborales y de seguridad social causadas por el anterior titular, habida cuenta de que la finalidad originaria de esta garantía era proteger el crédito de los trabajadores permitiendo que sus deudas queden afectas a la estructura patrimonial transferida. La mutación del sistema productivo implica que esta garantía resulte excesiva en sectores en los que no se transmiten bienes patrimoniales. Por tanto, requeriría una reforma de la garantía de la «responsabilidad solidaria» a efectos de dejarla en los términos en los que originariamente fue diseñada: permitir que el cedente no queda desvinculado de las deudas que causado cuando las transmite a otro empresario por la vía de la «subrogación en todos los derechos y obligaciones». Esta reforma sería compatible con la normativa comunitaria –que no exige la inclusión de dicha garantía– y jurídicamente viable en tanto que fuese una norma legal la que autorizase la excepción –no como ocurría con la polémica exclusión de la garantía por algunas normas pactadas–. De este modo, podría plantearse privilegiar la estabilidad en el empleo sin imponer la subrogación del resto

de obligaciones derivadas de aquellos, que pueden suponer una carga excesiva para el nuevo empresario injustificada hoy día para ciertas actividades.

Vigesimotercera. Encomienda del servicio recuperado a un medio propio personificado de naturaleza privada: escasas especialidades laborales pero elevados límites impuestos por la legislación administrativa.

La recuperación del servicio externalizado por una Administración u organismo de derecho público para ser posteriormente encomendado a un medio propio personificado sometido al derecho privado no presenta especialidad alguna desde el punto de vista de la sucesión de empresa, habiendo sido reconocida esta posibilidad desde la jurisprudencia europea y nacional.

Es más, la mayor flexibilidad en la gestión que introduce la aplicación del derecho privado a estas entidades del sector público –especialmente, sociedades mercantiles– incluido en la gestión de personal por aplicación del derecho laboral estrictamente, han provocado que con frecuencia sean la forma de gestión directa elegida para prestar el servicio recuperado.

Ahora bien, aunque se trata de una decisión legítima y amparada en marco normativo constitucional y legal, en fechas recientes se han introducido una serie de límites por parte del derecho administrativo que dificultan la creación y mantenimiento de este tipo de entidades, por lo que dificultan en la práctica este recurso público para perfeccionar la sucesión de empresa.

Vigesimocuarta. El convenio colectivo sectorial «debe» vincular a la Administración.

Si bien se parte de la regla general de que la Administración Pública puede venir obligada a subrogar a la plantilla cuando así lo establezca un convenio colectivo, las posibilidades son prácticamente inexistentes en base a una consolidada doctrina que declara la inaplicación del convenio sectorial a la entidad que revierte el servicio mediante un conjunto de argumentos, a mi parecer, muy rebatibles. Dejando de lado ahora los supuestos en los que se ha comprobado que la Administración sí que forma parte, aunque sea indirectamente, del ámbito del convenio (por ejemplo, negociado por la empresa pública cuya titularidad corresponde a una mancomunidad participada por varios Ayuntamientos), el Tribunal Supremo, reiterando su doctrina en fechas recientes, no ha tomado en consideración los efectos derivados de la aplicación del artículo 130.3 LCSP, que ni siquiera nombra en dicha sentencia, cuando la misma pretendía casar y anular una resolución que había impuesto la subrogación, precisamente, aplicando dicho precepto.

Propongo una reforma normativa que aclare que, cuando el precepto de la legislación básica sobre contratos públicos establece que la Administración que revierta un servicio será obligada a la subrogación si así lo establece un convenio colectivo, se especifique que este ha de ser de carácter «sectorial». Y ello, por las siguientes razones.

A) Porque la verdadera finalidad del legislador al regular el precepto fue alterar el *status quo* de una cuestión que no parecía controvertida a la luz de una firme y consolidada jurisprudencia. Esta finalidad se explica porque en la redacción final del precepto se eliminó la expresión «de

aplicación» referida al convenio, lo que podría haber llevado al entendido de que era el pacto alcanzado por la entidad con sus trabajadores al que el precepto se refería. Y, sobre todo, porque según la exposición de motivos se pretendía, claramente, aplicar a la Administración Pública las mismas reglas que soportan los operadores privados, pretendiendo con ello impedir que ante esta «singularidad» otorgada jurisprudencialmente, deba soportar la contratista los costes del despido. En este sentido, la reciente sentencia del TS ni aporta un solo argumento nuevo a su doctrina, ni se pronuncia sobre este importante hito normativo implícito en el debate casacional.

B) Porque no tiene lógica que el artículo 130.3 LCSP se refiera al convenio colectivo propio de la Administración para introducir estas cláusulas de subrogación, en tanto que no afectarían ni a las empresas privadas contratistas ni a sus trabajadores, toda vez que supondrían vulnerar el principio de jerarquía normativa en relación con el artículo 55 EBEP, habida cuenta de que, mediante el pacto colectivo, se podrían comprometer a integrar al personal en la plantilla pública. Carece de sentido que si no cabe una asunción de plantilla voluntaria individual se pueda alcanzar este resultado mediante la autonomía de la voluntad colectiva.

C) Porque el artículo 32.1 EBEP remite a la legislación laboral para la determinación de las reglas que regirán la negociación colectiva. Así las cosas, ni el Estatuto Básico del Empleado Público, ni el Estatuto de los Trabajadores, ni cualquier otra norma en el ordenamiento jurídico impiden la aplicación de un convenio colectivo sectorial a la Administración. Ello no obsta a que, como se ha venido haciendo desde la década de los noventa a raíz de una serie de Acuerdos Marco que así lo «recomendaban», sea deseable que las Administraciones constituyan sus propias unidades de negociación para adoptar sus propios convenios. De esta forma, se evita el problema, en la práctica, de que ciertas condiciones de trabajo previstas en el convenio sectorial fueran contrarias a las normas y principios de orden público. En todo caso, no sería un problema jurídico real, porque se solucionaría fácilmente mediante el principio de jerarquía normativa, que conllevaría la nulidad de la cláusula y su integración por la norma legal apropiada.

D) Además, la adopción de un convenio propio de la Administración permitiría garantizar el «principio de unidad de empresa» y evitar la incomodidad de aplicar diversas fuentes normativas a la heterogeneidad de actividades que desarrolla, pues difícilmente una de ellas puede considerarse predominante en el caso de las AAPP. Siendo esto cierto, de acuerdo con las unidades de negociación conformadas en el seno de las Administraciones Públicas, el producto de negociación colectiva aprobado tendrá el ámbito y naturaleza de «convenio de empresa» –de conformidad con el artículo 83.1 ET, en relación con los artículos 87.1 y 83.a ET–. No hay, por tanto, en el sector público, convenios colectivos de ramo de actividad. Pero tampoco hay, como hemos dicho, norma alguna de carácter legal o constitucional de la cual permita inferirse una obligada inaplicación del convenio sectorial a las entidades públicas que altere la estructura general de la negociación colectiva diseñada por el ET. Más al contrario, el EBEP se remite al ET.

a) En este sentido, es también un criterio consolidado en nuestra jurisprudencia que la negociación de una cláusula de subrogación convencional es una materia que corresponde al ámbito funcional sectorial, de manera que el hecho de que una empresa tenga un convenio propio

no puede eludir la obligación de subrogación prevista en el convenio colectivo sectorial. Ni tampoco puede un convenio de empresa desvincularse de esta por cuanto que no está incluida en el listado que contempla el artículo 84.2 ET de materias sobre las que hay una prioridad aplicativa del convenio de empresa (STS de 7 de marzo 2018, rec. 267/2016).

b) Pues bien, esta misma solución es la que se ha entendido aplicable a las «empresas multiservicios» que, a pesar de contar con un convenio propio que permite garantizar el principio de unidad de empresa a la luz de la heterogeneidad de actividades que prestan, también se verán sometidas a la cláusula de subrogación del convenio sectorial (STJS de Cataluña 20 de enero 2017, rec. 6643/2016). Es más, para este tipo de empresas, se ha determinado que en ausencia de convenio propio, se aplicarán los convenios sectoriales correspondientes al ámbito funcional de los trabajadores, constituyendo este *“el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante”* (STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/19)⁴. Contrasta notablemente, con la nueva y reciente doctrina que rechaza que a las Administraciones sin convenio propio les pueda ser aplicable el de ámbito sectorial (recuérdese que sin aportar razones de fondo, simplemente basándose en los precedentes judiciales sobre reversión y la inaplicabilidad). A mi parecer, no habiendo norma jurídica que obstaculice la aplicación del convenio sectorial por la específica condición de sujeto de derecho público, entiendo que procede una interpretación analógica entre una empresa multiservicios y una Administración en esta materia.

c) A mayor abundamiento, esta solución –la de aplicar la cláusula de subrogación a sujetos ajenos al ámbito del convenio– ha sido aceptada, primero jurisprudencialmente y luego normativamente, para el caso de los Centros Especiales de Empleo que, como se ha ocupado de precisar el Tribunal Supremo, la solución dada para estos casos no conlleva la aplicación del convenio sectorial, sino solo de su cláusula de subrogación. Más concretamente, dice que el convenio sectorial regula las «relaciones externas» de estas empresas, mientras que las «relaciones internas» con sus trabajadores se rigen por su propio convenio.

d) Sobre estas bases considero difícil estimar que la Administración sea un «tercero ajeno», no ya al convenio sectorial, sino a esta específica materia de la subrogación, solo por el hecho de no estar incluida en el ámbito sectorial o ser una empresa del sector o, más flagrantemente, por afirmar que no ha participado en la negociación y firma de un convenio estatutario.

e) En fin, también se afirma que la voluntad de los sujetos negociadores nunca fue pretender afectar a la Administración, sino que estaban pensando en más frecuente operación de cambio de contratistas. Pero no puede obviarse, a la luz de la redacción literal de las cláusulas, que ello no es así, pues en muchos aluden expresamente al supuesto de reversión del servicio, incluso, cuando se acomete por una entidad pública. Tiene sentido que así sea, pues en caso contrario,

⁴ Es más, añade: *“Con esta solución... no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios”*.

los efectos de esta materia de la que se ha ocupado tradicionalmente la normativa sectorial –desde tiempos de las antiguas ordenanzas laborales– quedaría desvirtuada por el efecto de la «segmentación» que provoca la descentralización productiva sobre la negociación colectiva.

Vigesimoquinta. El necesario «retoque» de la responsabilidad solidaria (II).

Siguiendo la línea mantenida con anterioridad de limitar la transmisión de deudas contraídas por el anterior empresario en aquellas actividades que se apoyan en la mano de obra, no puede desvincularse esta conclusión de la problemática existente en los últimos años en la aplicación judicial de la cláusula de subrogación convencional y las interferencias que ha habido con la norma legal por razón de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas. En este sentido, se ha destacado una de las máximas preocupaciones que ha tenido el Tribunal Supremo a causa de dichas interferencias entre la norma pactada y la legal era imputar un régimen de responsabilidad que consideraba excesivo por la cargar con las deudas anteriores al nuevo empresario. Cuestión que, como ya he afirmado, comparto en el caso de las actividades en que no se transmite inmovilizado patrimonial que sirva de garantía al cumplimiento del crédito laboral.

Por otro lado, también se critica que la doctrina *Somoza* deje sin margen de maniobra a la negociación colectiva cuya única función es ahora decidir si procede o no imponer la subrogación, ya que en todo caso se reconducirá siempre al artículo 44 ET. Sin perjuicio de que hayamos demostrado que esto no es así, por otro lado aquí surge un nuevo ámbito material en el que convenio colectivo podría tener un papel relevante al regular la subrogación laboral. En efecto, podría, junto con otras materias, limitar la responsabilidad en la asunción de deudas anteriores al traspaso por el cedente en aquellos casos en que, por razón de la actividad, no se ajuste esta garantía a la que era su finalidad originaria.

Esta eventual reforma legal sería compatible con la normativa comunitaria –que no exige la inclusión de dicha garantía– y jurídicamente viable en tanto que sería una norma legal la que autorizase la excepción –no como ocurría con la polémica exclusión de la garantía por algunas normas colectivas obviando la existencia del principio de jerarquía normativa y respeto del convenio a la Ley–. De este modo, podría plantearse privilegiar la estabilidad en el empleo sin imponer la subrogación del resto de obligaciones derivadas de aquellos, que pueden suponer una carga excesiva para el nuevo empresario injustificada hoy día para ciertas actividades.

Vigesimosexta. La limitada o nula virtualidad de otras de fuentes para condicionar la transmisión de empresa del artículo 44 ET en el sector público.

El pliego de condiciones administrativas ya no es una fuente capaz de imponer la sucesión de empresa de acuerdo con la nueva interpretación jurisprudencial y el tenor literal del artículo 130.1 LCSP. A mayor abundamiento, cuando la Administración reasume el servicio no se produce una nueva licitación y, por tanto, no hay un nuevo pliego.

En cuanto a la intervención de otras normas con rango de Ley diversas al artículo 44 ET para ordenar la subrogación, admitida por el ordenamiento nacional y comunitario, debe precisarse

que, con carácter general, tienen carácter meramente «declarativo» en relación con la transmisión de empresa. Por tanto, van más encaminadas a matizar y concretar las garantías previstas por el artículo 44 ET que a prescribir reglas sobre la transmisión de la entidad económica. Aunque esta concreción, no puede desvirtuar el alcance y la estructura reconocida en el precepto estatutario en tanto que es la norma nacional oficial de transposición de la Directiva 2001/23/CE.

Aunque también pueden imponer, con carácter «constitutivo», una transmisión de empresas en los casos en los que la operación no active el supuesto de hecho normativo del artículo 44 ET. Aunque en principio, al igual que ocurre en relación al convenio colectivo, tienen libertad tanto para determinar el alcance de la subrogación como sus efectos, debe matizarse por actuación de la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas. En efecto, el TJUE también ha declarado su aplicación en los casos en que, mediante una Ley estatal, se transmita una entidad económica de titularidad pública basada en la mano de obra.

Vigesimoséptima. La difícil conciliación entre la subrogación y los despidos previos a la transmisión de empresa realizados por la concesionaria cesante.

Para que opere la subrogación será necesario que las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa contratista se encuentren vigentes y efectivamente adscritas a la contrata o concesión objeto de reversión y gestión directa pública. Respecto a esta última, se ha hecho referencia a la enorme y compleja casuística jurisprudencial que existe para verificar el cumplimiento del requisito de adscripción.

En cuanto a las extinciones previas, son especialmente relevantes los despidos realizados por la contratista cesante antes de producirse la reversión del servicio o contrata pública. Y es que resulta complejo dirimir cuando el despido incurre en la proscripción de extinción del contrato a causa de la transmisión o cuando es un despido basado en causas objetivas ajenas al traspaso. Al respecto, se ha destacado que pueden darse tres tipos de supuestos de despidos realizados por el empresario cedente antes de la transmisión con diversas consecuencias.

A) En primer lugar, cuando se trate de un despido «ajeno» y «anterior» a la sucesión de empresas no procederá la obligación de subrogación en tanto que la relación laboral ya no se encontrará vigente. No obstante, por aplicación de la responsabilidad solidaria la Administración reversora deberá responder de las eventuales consecuencias judiciales de la impugnación del despido, así como de satisfacer cualquier obligación pendiente con el trabajador. Las consecuencias del despido abarcan, no solo el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias que del mismo se derivan, sino también la posibilidad de readmitir al trabajador cuando proceda.

B) Cuando el tribunal determina que el despido ha guardado conexión con la transmisión de empresa y declara su ilegalidad, las consecuencias serán imputadas exclusivamente por la empresa cesionaria, en nuestro caso, la Administración. Y es que, en estos casos, entienden los tribunales internos que las consecuencias no se canalizan por el artículo 44.3 ET en tanto que las obligaciones derivadas del acto extintivo nacen con la declaración judicial de improcedencia o nulidad, por lo que es «posterior» a la transmisión y solo subsumible en el ámbito temporal de la

responsabilidad solidaria. Y ello, con independencia de que el trabajador haya sido formalmente despedido por la contratista cesante o que, no siendo así, la Administración haya negado la subrogación (en general, que la empresa cesionaria no haya permitido la integración).

Con todo, en tal caso, las consecuencias del despido determinarán que la –en este caso– Administración ejerza la opción entre la extinción indemnizada o la readmisión y abono de salarios de tramitación –salvo en los casos en que proceda la reintegración o la decisión recaiga sobre el trabajador–. En definitiva, no altera el hecho de que la relación laboral ya se encuentre extinguida pudiendo el cesionario decidir la continuidad o no de la relación laboral. Sin embargo, de acuerdo con la interpretación que realiza el TJUE de los despidos ilegales a consecuencia de la sucesión de empresa, la infracción de la prohibición de despedir dará lugar que la relación se encuentre vigente en el momento del traspaso y las obligaciones derivadas de las relaciones laborales sean transmitidas automáticamente y de pleno derecho al cesionario.

C) En fin, pudiera ser que el despido se considere realizado en Fraude de Ley, por considerar que la extinción contractual se utilizado como norma de cobertura para impedir la aplicación del artículo 44 ET. Esto es, hay una voluntad malintencionada de truncar la continuidad del vínculo contractual y, por ende, la estabilidad en el empleo. Ante supuestos colectivos en Fraude de Ley, la solución jurisprudencial vigente, supone una condena de nulidad extintiva, debiendo reintegrar al trabajador en las mismas condiciones existentes antes de la extinción. Se trata, sin lugar a dudas, de la consecuencia extintiva más homologable a la que determina el TJUE de entre todas las opciones resaltadas. Ahora bien, presenta una doble problemática.

a) Una de carácter general, debido a la elasticidad de la doctrina jurisprudencial para determinar la existencia de fraude de Ley, lo que se traduce en inseguridad jurídica.

b) Una de carácter específico, pues en los supuestos de sucesión de contratistas y de reversión de contratos públicas, los presupuestos o indicios más tradicionales para acreditar el *animus fraudandi* no casan bien con las circunstancias fácticas que envuelven estos últimos. Y es que la doctrina del fraude de Ley en extinciones previas a la sucesión de empresa está «diseñada» o «pensada» para aplicarse en el marco de transmisiones negociadas de unidades productivas.

Vigesimoctava. El necesario «retoque» de la responsabilidad solidaria (III).

A resultas de las consecuencias imputables a los despidos previstos en la conclusión anterior, de nuevo contemplamos algunas distorsiones que introduce el régimen de responsabilidad solidaria y que entendemos preciso corregir.

A) No parece razonable que en los casos de un despido que haya sido calificado como «anterior» y «ajeno» a la sucesión de empresa deban imputarse consecuencias económicas o la obligación de readmisión a quien asume la prestación del servicio. Se trata de una consecuencia no impuesta por la Directiva ni su interpretación por el TJUE. Los trabajadores tienen derecho a invocar la posible ilegalidad del despido ante los tribunales, pero si queda probado que el despido nada tuvo que ver con aquella, ninguna responsabilidad pesa sobre el nuevo empresario. De no

existir la conflictiva garantía prevista en el artículo 44.3 ET, el trabajador no vería afectado su derecho a la tutela judicial efectiva, pues igualmente por mor de la «obligación de subrogación en todos los derechos y obligaciones» del anterior empresario, el nuevo se subrogará en los procesos judiciales *sub judice* y el trabajador podrá articular su defensa procesal. Es decir, derivada de esta «subrogación universal» se produce una «sucesión procesal» del nuevo empresario.

Pero si se prueba que la extinción contractual nada tuvo que ver con la transmisión, es de todo punto desproporcionado imputar consecuencia alguna al nuevo empresario. De nuevo, redefinir esta circunstancia reformando el artículo 44.3 ET permite reequilibrar la defensa de la estabilidad en el empleo con los intereses propios del nuevo empresario, ya estén basados en la libertad de empresa o en la consecución del interés general. En este caso, la Administración reversora, que debe cumplir con los principios enunciados en el art. 103.1 CE y supondría un enriquecimiento injusto por parte del trabajador verse beneficiado de una integración en el sector público si fue despedido con base en una causa real y acreditada. A mayor abundamiento, la reforma propuesta permitiría que el cedente deba comparecer y responder de las consecuencias judiciales impuestas ya que, la sucesión procesal por sí misma, produciría un efecto «sustitución» del nuevo por el antiguo empresario.

B) Paradójicamente, en aquellos casos en los que el despido sí ha tenido relación con la sucesión de empresa, los tribunales imputan la responsabilidad en exclusiva a la empresa cesionaria, permitiendo una total desvinculación del empresario cedente. Es decir, no cabrá el ejercicio de una acción de regreso frente a la empresa cedente para reclamar el importe de la indemnización derivada del tiempo que el trabajador estuvo bajo su dependencia. Incluso, cuando el despido se haya producido mediante una decisión extintiva ilícita de la contratista o cedente. Más flagrante es todavía que, según parece desprenderse de algunos pronunciamientos, la empresa cedente no solo quede desvinculada de los efectos del despido, sino de cualquier responsabilidad desde el momento en que el órgano judicial entiende que una vez reconocida la existencia de transmisión de empresa, nada más tendrá que ver aquella.

Vigesimonovena. La ineludible subrogación del personal contratado por obra o servicio vinculado a la contrata al extinguirse el contrato público y reasumirse la actividad.

Tras la reciente jurisprudencia que rectifica la consolidada doctrina del contrato por obra o servicio determinado vinculado a la contrata mercantil o al contrato público, se desvanecen las dudas sobre el alcance de la subrogación tanto en los supuestos de sustitución de concesionarios como en los casos de reversión y asunción del servicio por la empresa principal. Sin esta nueva doctrina, a la luz de la falta de uniformidad de criterios entre la doctrina judicial y efectiva, no habría sido posible que, ante la extinción de la contrata o concesión para ser recuperada la gestión por la Administración comitente, el trabajador vinculado de esta manera a la contratista debiera ser subrogado. Sin embargo, la invalidez de la doctrina anterior implica que estos trabajadores sean materialmente indefinidos. Aunque cabrá distinguir los efectos según los supuestos:

A) Si el trabajador reacciona judicialmente ante la extinción del contrato previamente a la reversión, el cese será declarado como despido improcedente o nulo según los casos. Recuérdese que, de acuerdo con el estado de cosas jurisprudencial actual, no alterará el hecho de que la relación laboral ya no se encuentre vigente como presupuesto para que opere la subrogación. Sin embargo entrará en juego la responsabilidad solidaria, de modo que, a menos que la extinción se declare nula o al trabajador el ejercicio de la opción entre la readmisión o la indemnización, la Administración podrá decidir la continuidad o no de la relación laboral, debiendo pasar en todo caso por las consecuencias jurídicas del ejercicio de su opción.

Con todo, la reforma que proponemos del artículo 44.3 ET no alteraría sustancialmente este hecho, debido a que la entidad pública se subrogará en los procesos *sub judice* debiendo soportar las consecuencias de la ilegalidad del despido. Mientras que la contratista cedente quedará afectada por el régimen de responsabilidad sobre las deudas anteriores al traspaso.

B) Si el trabajador insta un proceso judicial declarativo antes de la extinción del contrato, previsiblemente el órgano judicial le reconocerá la condición de fijo de empresa, por lo que la subrogación por parte de la empleadora pública se producirá en los mismos términos que para el resto de trabajadores indefinidos.

Trigésima. La ineficacia de los principios de igualdad, mérito y capacidad para impedir la subrogación plena en todos los derechos y obligaciones.

Como se ha tratado de argumentar, no parece que los principios rectores de la selección de empleados públicos puedan constituir un obstáculo real y efectivo a la subrogación del personal adscrito a las empresas contratistas y concesionarias del sector público tras una reversión de la actividad que constituya una sucesión de empresa. Y es que, tanto desde la perspectiva jurídico-constitucional como comunitaria el «derecho a la igualdad en el acceso al empleo público» no puede oponerse como límite absoluto.

A) Primero, porque la jurisprudencia constitucional ha descartado la aplicación al personal laboral del derecho fundamental contemplado por el artículo 23.2 CE, con la exclusión de las garantías específicas que este conlleva y de la exigencia que este impone de que no se contemple otro criterio de selección objetivo que no responda al mérito y la capacidad.

B) En cambio, ha determinado que es aplicable el artículo 14 CE, que proporciona una igualdad material «parcialmente equivalente» para el reclutamiento de personal, ya que debe observar el procedimiento y los criterios de selección objetivos «legalmente previstos» en el EBEP sin otorgar un trato privilegiado o peyorativo a los candidatos.

C) Es evidente que entre la aplicación del genérico artículo 14 CE y del más específico artículo 23.2 CE hay claras diferencias en la tutela y las garantías constitucionales del acceso al empleo público según se trate de personal funcionario o laboral. Para corroborar esta afirmación han de observarse dos lógicas diversas. Por un lado, que el legislador constituyente introdujo una dimensión específica del derecho a la igualdad con la intención de otorgar unas garantías

reforzadas cuando se aplique al acceso a la función pública, sino no se entiende la razón de ser del artículo 23.2 CE. Y por el otro, que el TC ha descartado su aplicación al personal laboral, lo que carece de sentido a no ser que responda a la finalidad de trazar una línea de separación entre uno y otro tipo de empleo público. La Constitución no establece una noción positiva de función pública, lo que permitiría al legislador, habida cuenta de que el precepto citado recoge un derecho de configuración legal, extender más o menos su ámbito de aplicación, como efectivamente ha hecho el artículo 55 EBEP (y antes con el art. 19.1 LRMFP). Sin embargo, el máximo intérprete de la Norma Fundamental se ha movido en sentido contrario y, aun concedor de la opción del legislador, ha negado su aplicación al personal laboral. Por ello, cabe plantear la hipótesis de que la decisión del Alto Tribunal no es una cuestión ajena a la intención del legislador sino que, probablemente, responda a la finalidad de otorgar legitimidad constitucional a ciertos pasajes de la regulación legal del proceso de selección que prevén reglas más laxas para el personal laboral, y que dudosamente superarían el filtro de constitucionalidad a la luz del art. 23.2 CE.

D) En efecto, entre ambos preceptos hay dos diferencias sustanciales que distinguen la afectación del derecho constitucional entre el acceso al empleo del personal funcionario y laboral.

a) Para empezar, ambos pueden introducir diferencias de trato siempre que obedezcan a una justificación objetiva y razonable que elimine cualquier duda de arbitrariedad.

i) Lo que sucede es que, tal y como ha interpretado sistemáticamente el TC, los términos «funciones públicas» y «función pública» que aparecen en los artículos 23.2 y 103.3 CE, deben conducir necesariamente a una lectura conjunta de ambos preceptos, entendiendo que la igualdad en el acceso al empleo público quedará garantizada siempre que el criterio de selección se base en la aplicación de los criterios de mérito y capacidad. Puede otorgarse una diferencia de trato basada en criterios objetivos, pero tales criterios serán siempre al mérito y la capacidad, por lo que cualquier distinción entre aspirantes al acceso al empleo funcional se podrá basar únicamente en dichos principios, ya que de modo contrario se vulneraría el derecho a la igualdad del 23.2 CE.

ii) En cambio, al excluir al personal laboral de la noción constitucional de «función pública», no puede predicarse la misma lectura conjunta de los preceptos citados que, para mayor claridad, ha afirmado el Alto Tribunal que no comprende a los trabajadores contratados por AAPP. Su marco de amparo constitucional reside únicamente en el artículo 14 CE y la prohibición de otorgar un trato desigual injustificado que prescribe la Carta Magna. Ahora bien, este genérico principio de igualdad aplicado al concreto ámbito relacional entre el ciudadano y los poderes públicos que constituye el acceso al empleo público laboral, proporciona un régimen de flexibilidad mayor que el artículo 23.2 CE. Principalmente, porque no hay obstáculo material que permita contemplar otros criterios objetivos de diferenciación que superen el juicio de igualdad. De la lectura de la doctrina constitucional en torno al «principio de igualdad de trato», al que remite el TC para verificar la constitucionalidad del acceso al empleo público laboral, lo único que se desprende es que los poderes públicos no pueden actuar discrecionalmente en el acceso del personal laboral.

b) Aunque ambos preceptos se desarrollan en dos planos diversos, la «igualdad en la Ley» y la «igualdad ante la Ley», en tanto que el artículo 23.2 CE es una manifestación específica del artículo 14, la menos, la primera dimensión se ve reforzada en el primero de ellos.

i) Es decir, la Constitución no se limita a advertir a los poderes públicos que queda proscrito, en el ámbito de sus respectivas consecuencias, otorgar un trato desigual frente a circunstancias de hecho iguales o equiparables, siempre que no haya una justificación objetiva y razonable. En el caso del personal funcionario va más allá pues, como afirma el Tribunal Constitucional, de la reserva de ley y del principio de legalidad derivado de los artículos 23.2 CE y 103.3 CE, se deriva una específica garantía de «predeterminación normativa». Desde una perspectiva formal significa que las condiciones y requisitos de acceso han de estar regulados legalmente para que ni la administración ni los órganos judiciales puedan actuar con excesivo arbitrio. Pero desde una perspectiva material significa que el constituyente impuso una verdadera encomienda positiva al legislador ordinario de garantizar, mediante el correspondiente desarrollo normativo, el acceso a la función pública con base exclusiva al mérito y la capacidad. Así las cosas, el legislador solo cumple con el mandato constitucional cuando haya normado el estatuto del funcionario público y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

ii) En cambio, para el resto de empleados públicos no comprensivos de la noción de función pública, el artículo 14 CE no impone al legislador regular el acceso al empleado con idéntico alcance. Lo que verdaderamente impone es que, si interviene normativamente en el ámbito de esta concreta relación entre poderes públicos y ciudadanos, no otorgue un trato arbitrario. Por consiguiente, nada obsta para aplique otros criterios distintos al mérito y capacidad, siempre y cuando, exista una fundamentación objetiva y razonable que responda a un fin legítimo, y aprecie la necesidad de otorgar un tratamiento diverso a los ciudadanos que no se encuentren ante situaciones fácticas comparables. Por ello, podría ordenar legalmente una fórmula de integración de la plantilla por subrogación del personal proveniente de las empresas concesionarias, siempre que aquella se ajuste al criterio de proporcionalidad –además, sin que el TC pueda inmiscuirse en esta decisión política valorando su adecuación u optimización, más allá de realizar un control sobre la arbitrariedad de la medida–.

iii) En todo caso, el legislador ha decidido su extensión con idéntico alcance al personal laboral (art. 55 EBEP), incluso aludiendo a la base constitucional de dichos principios. Sin embargo, posteriormente el TC excluyó al personal laboral de la noción de función pública y de los preceptos constitucionales aplicables a esta. Ello quiere decir que, el concreto derecho al acceso empleo público laboral en condiciones de igualdad, mérito y capacidad establecido en el artículo 55 EBEP, tiene una base jurídica de mera legalidad ordinaria, esto es, constituye una opción de política legislativa, de todo punto necesaria y adecuada. Y es que, el establecimiento de un procedimiento legal de acceso aunado a la prohibición de arbitrariedad con amparo constitucional en el artículo 14 CE proporciona una tutela material parcialmente equivalente.

Sin embargo, no sería un obstáculo para que la Administración, razonada y proporcionalmente, adopte la decisión de integrar al personal proveniente de las contratas

mediante una fórmula que determine el completo mantenimiento de su estatus jurídico, siempre que derive del necesario acatamiento de las consecuencias del artículo 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE. Como también los órganos judiciales podrían, en el ámbito de sus respectivas competencias, fundarse en el marco constitucional aludido para buscar una solución que sea más garantista con los derechos que la norma europea y nacional otorga a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa, aunque ello supusiera un giro jurisprudencial.

Trigésima primera. La insostenible prevalencia de los principios de acceso al empleo público por encima de otras normas y principios constitucionales. El refuerzo de estos últimos a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A) El predicable derecho a la igualdad –en el sentido genérico antes aludido (art. 14 CE) y los principios de mérito y capacidad deben cohererarse con otros principios de rango constitucional y derechos fundamentales comunitarios.

a) Así, de forma directa, con los artículos 35.1 y 40.2 CE de los que se desprende uno de los principios inspiradores del Derecho del Trabajo y que se pretende tutelar, entre otras, mediante la normativa laboral de la transmisión de empresas: el principio de estabilidad en el empleo. Y, de forma indirecta, con otros preceptos constitucionales relativos a las facultades de organización de las Administraciones Públicas (arts. 103.1, 128.2, 140 y 147 CE). Todos ellos, constituyen una finalidad legítima constitucionalmente protegida que determina la «razonabilidad» de un trato diferente a los trabajadores que, teniendo derecho a la continuidad del empleo, encuentre oposición con los principios de acceso al empleo público previstos en el artículo 55 EBEP.

b) Aunque la estabilidad en el empleo y el derecho a la igualdad –ya sea en el concreto ámbito del acceso al a función pública ex art. 23.2 CE o del genérico principio contemplado en el art. 14 CE– tienen una eficacia y garantías constitucionales diferentes (art. 53 CE) –el primero como mero principio mientras que el segundo tiene rango de derecho fundamental–, no ocurre lo mismo en el ámbito comunitario tras su positivización en la CDFUE. En efecto, tanto el derecho a la igualdad (art. 20) como el derecho a la protección en caso de despido injustificado (art. 30 CDFUE) –manifestación de la estabilidad en el empleo– tienen naturaleza de verdaderos derechos subjetivos de rango fundamental con eficacia directa plena. Por tanto, ambos deberán ponderarse y acomodarse al principio de proporcionalidad, de forma que permitan el mantenimiento del empleo con los mismos derechos y obligaciones que operaban antes del traspaso (arts. 3 y 4 Directiva 2001/23/CE), sin que resulte incompatible con el derecho a la igualdad, en este caso, en el acceso al empleo público. Dicha ponderación no debería resultar compleja para los legisladores nacionales, habida cuenta de que el instrumento normativo comunitario en cuestión les otorga margen para adaptarlo a su ordenamiento interno.

B) A mayor abundamiento, el derecho a la igualdad previsto en la normativa internacional y supranacional vinculante en el ámbito de la Unión (CEDH y CDFUE) tampoco parecen suponer un obstáculo real y efectivo a la subrogación. Y es que la jurisprudencia comunitaria –influida por el TEDH al igual que la del TC–, también determina que la comparación de situaciones a los efectos

del derecho a la igualdad (art. 20 CDFUE) debe hacerse atendiendo a criterios relevantes, pudiendo introducir factores de diferenciación para tutelar intereses legítimos atendiendo a la finalidad de la norma del derecho europeo aplicable. Así se considera que la diferencia de trato responde a una causa objetiva y razonable cuando responde a una finalidad contenida implícita o explícitamente en el Derecho comunitario, como puede ser la aplicación del Derecho de la competencia o de la Política Social europea. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que sobre estos dos ámbitos normativos tiene competencia la Unión –exclusiva y compartida, respectivamente–, por lo que, aunque la organización administrativa y de la función pública nacional sea una competencia exclusiva de los Estados miembros, no puede descartarse la intervención de la Unión sobre esta última materia, aun indirectamente, influyendo cuando sea necesario para alcanzar los fines y objetivos necesarios para la consecución del mercado común, cuyo desarrollo requiere además un adecuado equilibrio entre objetivos económicos y sociales de manera que la realización del mercado interno se lleve a cabo por la vía de progreso social.

Trigésima segunda. La existencia de precedentes constitucionales que permiten la plena homologación de la subrogación por parte de una entidad pública a las exigencias comunitarias: el principio de interpretación conforme como vía alternativa al conflicto.

A) De todo lo dicho hasta el momento, debemos resaltar que ni el acceso al empleo público establecido en la Ley (art. 55 EBEP y ss.), ni su discutible relevancia constitucional, podrían impedir que entre en juego el principio de primacía comunitario desde una doble perspectiva.

a) Por un lado, en relación con lo dicho justo antes, desde la óptica de los derechos reconocidos en la CDFUE, no parece admisible que el mayor estándar de protección nacional de los derechos fundamentales previstos en la Carta –en este caso, el derecho a la igualdad contenido en el art. 20 CDFUE–, pueda afectar al nivel global de protección previsto por aquella. Dicho con otras palabras, que la igualdad en el acceso al empleo público suponga un obstáculo a la subrogación es tanto como admitir la ineficacia de la Directiva sobre transmisiones que contempla una causa injustificada del despido de conformidad por el Derecho comunitario (art. 30 CDFUE). De manera que, de acuerdo con la STJUE *Melloni*, si se permite a un Estado oponer obstáculos a la aplicación de actos del Derecho derivado conformes con la Carta, incluso cuando la finalidad de este sea garantizar los derechos fundamentales previstos en su Constitución, se vulneraría el principio de primacía si con ello queda afectado el nivel de protección de la CDFUE al limitar, por ejemplo, el ejercicio de otro derecho en ella recogido.

b) Y por el otro, desde la lógica de la integración de las fuentes del derecho europeas y nacionales, el Derecho comunitario acabaría imponiéndose a pesar de que la norma en cuestión sea una Directiva transpuesta, que carece, a priori, de eficacia directa –pues es la norma de transposición la que despliega efectos horizontales y verticales en el ordenamiento nacional, sirviendo la norma europea únicamente como referente interpretativo–. No obstante, siguiendo la metodología del Tribunal de Justicia, ya sea a través de la aplicación preferente del principio de interpretación conforme, o bien mediante la consideración de que la Directiva 2001/23/CE se ha transpuesto de forma incompleta en su aplicación al sector público lo que conllevaría la adquisición

de efecto directo contra la Administración empleadora, por mor del principio de primacía la subrogación se impondría sobre las normas que disciplinan el acceso a la función pública. Pero debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional español –como muchos de sus homónimos comunitarios–, establece condicionantes y límites a la aplicación del principio de primacía. De un lado, porque condiciona la inaplicación de la norma interna al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el tribunal de Luxemburgo o una cuestión de inconstitucionalidad, salvo que se trate de un acto aclarado por el TJUE. Y del otro, porque establece como límite irrebalsable que la norma comunitaria contraría los derechos fundamentales constitucionales.

B) Habida cuenta de la tensión dialéctica en torno al alcance de la primacía, no parece aventurado anticipar que el conflicto pueda acabar, en caso de que se planteara una hipotética cuestión prejudicial en busca de una solución, con un enfrentamiento institucional entre ambos tribunales que pueda ser entendido en «clave anticomunitaria»⁵. Y es que, no parece viable que el TJUE, a quien corresponde pronunciarse sobre una posible extralimitación competencial a la luz de los Tratados, acabe aceptando que los poderes normativos comunitarios invaden la competencia de los Estados miembros cuando una norma como la Directiva analizada despliega plenos efectos sobre la Administración Pública, cuando en realidad estas realizan una «actividad económica» a efectos del Derecho de la competencia de la Unión y sus servidores públicos tienen la consideración de «trabajador» a los ojos de la Política Social europea.

Como tampoco parece probable que declare la virtualidad prioritaria de un derecho de igualdad en el acceso si de ello deriva la reducción de otro derecho fundamental de la Unión, como la prohibición de despido injustificado ante la transmisión de una entidad económica. Son cuestiones que han sido suficientemente analizadas por la jurisprudencia comunitaria y que adquieren el *status* de «acto aclarado».

Como también alcanza esta consideración que una Administración debe subrogar a la plantilla cuando revierte una actividad y la operación actualiza el supuesto de hecho de la Directiva 2001/23/CE, así como que no puede condicionarse la pervivencia del vínculo contractual a la superación de un proceso selectivo de acceso al empleo público, aun cuando ello venga impuesto como requisito *sine qua non* por el Derecho constitucional nacional.

C) La solución más razonable para evitar la confrontación sería realizar una interpretación del Derecho nacional conforme con los objetivos y finalidades del Derecho europeo. La clave, como se ha visto, pasaría por rescatar una antigua interpretación del propio Tribunal Constitucional, mediante la cual entendió que la integración de personal en una entidad de derecho público cuando resulta aplicable el artículo 44 ET no constituye propiamente un «acceso» al

⁵ T. SALA FRANCO, «Dudas que plantea la aplicación de las Directivas comunitarias 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre traspasos de empresas, y 99/70/CE, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 7, 2020, p. 957.

empleo público que pueda considerarse incompatible con las normas de la función pública, sino la «continuidad» de los contratos de trabajo por subrogación laboral.

En este sentido, el Alto Tribunal no apreció inconvenientes para interpretar de forma conciliadora la virtualidad de ciertos principios de rango constitucional cuando se pretende cohonestar con otros intereses de relevancia constitucional públicos o privados y, sobre todo, si estos últimos se plasman en verdaderas reglas jurídicas en una Ley, por cuanto que esta puede considerarse representativa de la voluntad popular y del interés general. Así, convalidó el «sacrificio» de principios referidos a la organización de los poderes públicos (en el caso concreto, la autonomía local en la selección de personal laboral municipal) para garantizar el interés particular de los trabajadores a la conservación de su empleo y el interés público por consolidar un modelo de servicio público (en el asunto, interés autonómico por crear una red de escuela pública). Además, cabe insistir, como se ha reiterado en numerosas ocasiones, que también parece compatible con la interpretación constitucional del derecho a la igualdad del artículo 14 CE, por cuanto que la diferencia de trato sería admisible a la luz de una distinción entre las situaciones subjetivas a comparar y la existencia de una justificación objetiva y razonable cual es el cumplimiento de una norma de rango legal que reconoce derechos a los trabajadores.

En fin, en relación con esto último, solo quedaría verificar si, dentro del juicio de constitucionalidad del derecho a la igualdad, la solución aplicable supera el canon de «proporcionalidad», pues ese será el prisma desde el cual deban analizarse.

Trigésima tercera. Descartando opciones no proporcionadas: la necesaria «supresión» de la figura del «indefinido no fijo de plantilla»

A) Como puede deducirse de las amplias consideraciones que he formulado a lo largo del último capítulo sobre la figura de creación jurisprudencial del «indefinido no fijo», no solo considero que debe desacatarse como opción para integrar al personal procedente de una sucesión de empresa, sino que dicha figura debe erradicarse del sistema de empleo público.

a) Primero, porque constituyen «actos aclarados» por Tribunal de Justicia las siguientes materias: 1) que no se puede someter al personal subrogado un proceso selectivo que derive en una novación contractual; 2) que el indefinido no fijo es una figura de naturaleza temporal para el TJUE, por lo que no resulta compatible con la finalidad de la Directiva introducir una cláusula de temporalidad por el mero hecho de la transmisión, es una modificación sustancial peyorativa para el trabajador; 3) que la reversión de contratos públicas es una operación incluida en el ámbito de la Directiva 2001/23/CE en la que la Administración no puede eludir la obligación de subrogación cuando se transmite una entidad económica, por consiguiente, el despido tanto a consecuencia de la transmisión como posterior debe ser en todo caso imputable a la entidad pública.

b) Segundo, porque la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el indefinido no fijo y la falta de medidas que permitan organizar un proceso selectivo efectivo con un plazo máximo para su celebración, conlleva que esta tipología de trabajador prevista para supuestos de fraude o abuso de derecho laboral cronifique su provisionalidad. A partir de ahí, solo pueden derivar

consecuencias perniciosas para el trabajador subrogado, como que finalmente el trabajador indefinido subrogado no consiga acceder a la plaza convocada, conculcando su estabilidad en el empleo y el mandato de la Directiva. O para la ciudadanía titular del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, al habilitar un posterior «acceso blando» al empleo público sin discriminar aquellos trabajadores que proceden de una aplicación fraudulenta de la legislación laboral de aquellos que otros que se integraron por sucesión de empresa, lo que es una flagrante vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad. O, entre otras consecuencias, también resultarán afectados los usuarios de los servicios públicos, en la medida en que la situación de inestabilidad y precariedad de la plantilla puede afectar a la calidad de los mismos.

c) Tercero, también debe valorarse desde una perspectiva económica atendiendo a los principios administrativos de eficacia, asignación eficiente de los recursos económicos públicos y orientación de los mismos a la consecución del interés general. Así, si finalmente el trabajador no adquiere la plaza presentándose a un proceso de selección o consolidación abierto, los costes económicos derivados de las indemnizaciones extintivas se aplicarán con cargo al presupuesto público. Al respecto debe tenerse en cuenta que, por un lado, debido a la prolongación habitual de la convocatoria de dichos procesos las cuantías económicas pueden ser considerablemente elevadas pues los trabajadores seguirán devengando derecho a indemnización por todo el periodo de prestación de servicios en la Administración. Pero únicamente por este periodo generado tras la sucesión de empresa, sino que también será a cargo del contribuyente la indemnización correspondiente al periodo de prestación de servicios para la empresa contratista privada.

B) En definitiva, por estos motivos y por los que he desarrollado a lo largo del capítulo, considero que la categoría del indefinido no fijo debería suprimirse y no, por contario, regular su régimen jurídico. Como también tuve la oportunidad de defender antes, a partir de la erradicación de esta conflictiva y compleja figura de creación jurisprudencial las soluciones para aquellos supuestos en los que hasta el momento causaban la declaración de indefinido no fijo deberían bifurcarse: para los supuestos de fraude o abuso de derecho, se debería aplicar la nulidad del contrato, mientras que para los casos objeto de este estudio una de las tres soluciones antes apuntadas más arriba. Ello requeriría, no obstante, eliminar toda referencia al mismo tanto del Estatuto de los Trabajadores como de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Por lo que respecta al Estatuto Básico del Empleado Público, o bien se podría suprimir la referencia al trabajador laboral «indefinido» de los artículos 8.2.c y 11.1 EBEP o precisar que se refieren al personal laboral regulado por el *RD 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.*

C) Además, desde el momento en que la jurisprudencia vigente consolidada determina que la integración en entidades del sector público con personalidad jurídica de derecho privado también determina la integración del personal procedente de los servicios ya actividades reasumidas, considero que esta posible forma de integración mediante entes personificados instrumentales ha de quedar descartada.

Trigésima cuarta. Las soluciones admisibles para compatibilizar el derecho laboral y del empleo público: la supresión del «indefinido no fijo de plantilla»

A modo de síntesis, de acuerdo con lo expuesto a lo largo del capítulo y, sin perjuicio de que se formulen conclusiones particulares a continuación, considero que las soluciones que permiten compatibilizar la sucesión de empresa a la luz de la doctrina del TJUE con el respeto a las reglas de acceso al empleo público son las siguientes:

a) Los despidos inmediatos tras la subrogación e integración, amparados en una razón objetiva, con las garantías procedimentales previstas en el ordenamiento interno y con la imputación de sus consecuencias a la Administración reversora.

b) La integración como «personal a extinguir» o «personal subrogado». Con independencia de la calificación dada se trataría de un régimen jurídico profesional sometido en su integridad al ordenamiento laboral privado, el Estatuto de los Trabajadores y sus normas concordantes.

c) La integración como personal laboral fijo al servicio de las Administraciones Públicas en el sentido del artículo 8.2.c EBEP, con un régimen matizado que excluya determinadas normas del Estatuto Básico que encuentre su justificación objetiva en la superación del procedimiento reglado de acceso basado en los principios de mérito y capacidad.

Trigésima quinta. La opción de subrogación y despido inmediatamente posterior: jurídicamente factible, económicamente insostenible.

La Directiva sobre transmisión de empresas habilita expresamente para que el cesionario pueda realizar despidos por causas económicas, técnicas o de organización posteriores al traspaso, siempre y cuando se ajuste a una de estas y no responda verdaderamente al mero hecho de la transmisión. La justicia europea ha confirmado que la norma no se opone un cese de estas características siempre y cuando se compense adecuadamente al trabajador y se imputen las consecuencias, en este caso, a la Administración cesionaria. Por ello se han explorado tres vías a través de las cuales podría formalizarse el despido: acudiendo a los despidos por causas económicas, técnicas y organizativas en el sector público previsto por la DA 16 ET; considerar que la prescripción de un proceso de selección legalmente establecido para el acceso al empleo público que determina la imposibilidad de subrogarse constituye un supuesto de fuerza mayor por *factum principis*; o diseñar legislativamente una causa objetiva autónoma que extinga las relaciones laborales cuando la norma sucesoria imponga la integración en entidades públicas.

Respecto a la primera, que constituiría la opción natural, se ha señalado como la más insegura, tanto porque los tribunales internos deben poder subsumir este supuesto en las causas legal y jurisprudencialmente tasadas y limitadas –tarea nada sencilla–, como porque debe ser validada por el Tribunal de la Unión Europea. En este punto, se ha destacado conflictiva la facultad que la ley confiere a la Administración que acomete el despido de establecer una preferencia de permanencia en favor del personal fijo de plantilla que hubiera adquirido tal condición mediante la superación de un procedimiento de acceso reglado basado en los principios de igualdad, mérito y

capacidad. Pues bien, sin perjuicio de que esta medida no sea quizás la más eficiente desde la óptica del gasto público, podría encontrar oposición por parte del TJUE, en la medida en que situaría a todos los trabajadores subrogados en una situación peyorativa a consecuencia de la transmisión, por más que el Tribunal Supremo haya entendido que supera el filtro de la igualdad.

Respecto a la segunda, encontraría apoyo jurisprudencial en la solución que se está dando en la actualidad para los supuestos en los que se anula el proceso selectivo de acceso que habilita para la contratación laboral, aunque como se ha visto sea una solución criticada y criticable. No obstante, podría ajustarse al supuesto ahora examinado en tanto que cumple los requisitos y garantías que el tribunal de Luxemburgo prevé para este concreto tipo de extinciones por causa de la transmisión. Considero que para ello no sería necesaria una reforma legislativa, sino un simple cambio jurisprudencial que abandonase la aplicación del indefinido no fijo y apostara por esta solución con base al principio de interpretación conforme comunitario que exige que los órganos jurisdiccionales nacionales tomen en consideración la totalidad de su Derecho interno y los métodos de interpretación reconocidos para hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y garantizar los objetivos de las Directivas comunitarias. De forma expresa, dicho principio obliga a los órganos judiciales nacionales a modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho interno incompatible con los objetivos de una Directiva⁶.

Y la tercera, el establecimiento legal de una causa de rescisión contractual por imposibilidad de subrogarse basada en las normas de derecho de la función pública sería la opción más segura. En primer lugar, para su aplicación por los tribunales internos, en tanto que no suscitaría duda sobre la interpretación de la nueva causa objetiva. Y, segundo, porque el TJUE expresamente ha contemplado esta posibilidad, como se ha tenido la oportunidad de exponer en su apartado correspondiente, siempre y cuando se apliquen los efectos del artículo 4.2 de la Directiva 2001/23/CE y el trabajador cuente con las garantías que el derecho nacional prevé para el despido.

Ahora bien, aunque a mi juicio esta opción extintiva sería una solución proporcionada, en tanto que no se opone a la subrogación pero permite compatibilizarla con el respeto normativa imperativa de acceso al empleo público, toda vez que resarce adecuadamente al trabajador, no es la más recomendable ni desde un punto de vista económico ni desde la gestión, continuidad y mantenimiento de la calidad de los servicios públicos. Es más, si bien puede ser una solución jurídicamente viable, es probable que no lo sea económica y financieramente para muchas administraciones. Por tanto, considero legislador y/o el poder judicial –preferiblemente el primero al segundo– deben explorar preferentemente las otras dos alternativas expuestas a continuación.

Trigésima sexta. El personal subrogado sujeto a la legislación laboral ordinaria: el «personal a extinguir» o el «personal subrogado»

⁶ STJUE de 3 de junio de 2021, *IMIDRAA*, asunto C-726/19, ap. 85 y 86, y las sentencias allí citadas.

Como hemos defendido consideramos el denominado «personal a extinguir» de creación legal para supuestos de reestructuración del sector público y recientemente por alguna Comunidad Autónoma para la reversión de servicios públicos constituye una forma equilibrada y proporcionada de combinar la sucesión de empresa con las reglas del acceso al empleo público. El trabajador conserva su empleo en los mismos términos que regían su relación laboral antes del traspaso, sometido a las normas laborales privadas, y sin posibilidad que se inserte en su trabajo una nueva causa de extinción en relación a la cobertura de la plaza. Pero no adquiere la condición de empleado público ni accede al estatuto jurídico de aquel. Queda permanentemente vinculado a su plaza «a extinguir» y al servicio cuya gestión directa se ha acordado.

A) Como he defendido considero que la aplicación de esta solución bien podría llevarse a cabo por los tribunales o por la propia Administración, sin necesidad de intervención normativa alguna. En efecto, no consideramos que suponga la creación de una nueva figura de personal, el trabajador indefinido en la empresa privada ya existe y la subrogación simplemente supone una novación subjetiva del empleador sin alterar su estatus jurídico. Únicamente requería adaptar la plaza mediante los correspondientes instrumentos de gestión del personal para declararla «a extinguir», algo que como muestra la jurisprudencia –no solo en casos de transmisión– no es una práctica anecdótica en el ámbito de las entidades públicas. A mayor abundamiento, se daría cumplimiento así a las finalidades y objetivos de la Directiva mediante la puesta en práctica del principio de interpretación conforme. Recuérdese que la doctrina comunitaria en torno a este exige al órgano judicial: 1) una modificación o cambio de su jurisprudencia si no permite alcanzar los objetivos del derecho comunitario; 2) el recurso a todo el conjunto de normas existentes en el ordenamiento jurídico para alcanzar dichos objetivos (la figura del personal o las plazas «a extinguir» cuentan con numerosos referentes normativos); y 3) el recurso a los métodos interpretativos empleados por los tribunales internos para interpretar el marco jurídico nacional de conformidad con los principios y finalidades de la Directiva. Por tanto, consideramos que los supuestos en los que se ha aplicado la figura del personal a extinguir, siquiera en otro ámbito material o geográfico. Y es que este soporte jurídico, como ya afirmamos, ya es mucho más que la innovación jurisprudencial que constituyó el indefinido no fijo.

B) Ello no quiere decir que no sea solo deseable, sino necesaria, una intervención legal estatal que de cobertura general a todos los supuestos de reversión con independencia del ámbito administrativo –sobre todo para entes locales que no cuentan con esta potestad normativa–. De esta manera, no se reproducirían los errores de pasado y se clarificaría un asunto cuya evolución parece que nos dirige hacia el enfrentamiento entre el Tribunal de Justicia (asunto *Correia Moreira*) y el Tribunal Supremo (STS de 10 de junio de 2021). Y es que, en general se aprecia una tendencia por parte del máximo intérprete español centrada en reforzar esta figura (SSTS de 17 de septiembre de 2020 y de 30 de septiembre de 2020).

C) Pero si esta intervención es necesaria por algo, es precisamente para fijar las bases de este régimen de personal y no crear falsas expectativas a los trabajadores subrogados y a los representantes sindicales, como hemos tratado de evidenciar recurriendo a las actuales protestas y reivindicaciones del personal subrogado por la reversión del hospital público de La Ribera

(Valencia). En este sentido, no es impensable ni improbable que, realizando idénticas funciones que otros empleados públicos, olviden su origen y perciban como un agravio comparativo la diversidad de marcos jurídicos aplicables. El punto de partida era, obviamente, que no se le puedan conceder las mismos derechos y expectativas laborales que a quienes han superado un procedimiento de acceso, por lo que su prestación debe quedar circunscrita al estricto ámbito de la unidad transmitida y a la misma estructura de puestos de trabajo que había antes del traspaso. Y ello debe mantenerse así. Pero no se puede negar que la paz social se verá alterada y con ella la calidad, eficacia y buen funcionamiento de los servicios públicos. Por ello sería necesario que el legislador interviniese para concretar y a portar luces al régimen jurídico de este personal, estableciendo límites para que en un futuro no pueda pretenderse consolidar o acceder a la condición de empleado público si no es a través de los cauces ordinarios. Por tanto, si esta fuera la vía de integración que se considerase adecuada, debería sofocarse prontamente cualquier expectativa de los trabajadores subrogados relacionados con la carrera profesional, la promoción interna, la provisión de puestos y la movilidad del personal, etc., que son aquellas materias objeto de reivindicación por los trabajadores aludidos.

Pero también sería necesario clarificar la virtualidad de ciertas normas aplicables al sector público (incompatibilidades, legislación presupuestaria, etc.), porque técnicamente no serán empleados públicos. Así como determinar cuales son los cauces o mecanismos a seguir para evitar la indeseable consecuencia, desde el punto de vista de la racionalidad y eficiencia del gasto público, que podría darse cuando la Administración se vea obligada a subrogarse en unas condiciones de trabajo que podrían ser más onerosas de las que resultarían aplicadas a empleados públicos que realicen iguales funciones. En este sentido, las instituciones modificatorias de condiciones de trabajo previstas en el Estatuto de los Trabajadores tienen difícil acomodo en su aplicación a AAPP. Pero, por otro lado, no podría recurrirse a las previstas en el EBEP en la medida en que no son empleados públicos.

C) En cualquier caso, considero que de todas las soluciones puestas en práctica esta es la más garantista para los trabajadores y la más respetuosa con las normas del empleo público. A mi parecer, sería una justa y proporcionada solución extrapolar el «modelo valenciano» de la reversión de las concesiones sanitarias al marco legal estatal.

Trigésima séptima. La propuesta de integración como personal laboral fijo al servicio de las Administraciones Públicas con un régimen jurídico «matizado»

A) La solución que proponemos es la integración como personal laboral fijo de plantilla, y consideramos que no es una consecuencia desproporcionada desde el punto de vista del «sacrificio» de las normas del empleo público por las siguientes razones:

a) Si se piensa bien, el indefinido no fijo es un empleado público y, de acuerdo con su actual régimen jurídico de delimitación jurisprudencial, viene disfrutando de un estatuto prácticamente pleno de empleado público, salvo en lo relativo a la causa de extinción. Pero, en realidad, sabemos que, aunque como sea un indefinido *de iure*, no es extraño o infrecuente que en la práctica se

convierta en un trabajador fijo *de facto*. Sobre todo, después de haberle reconocido jurisprudencialmente el derecho a la promoción profesional, reforzando su estabilidad y aproximándose peligrosamente al concepto de «consolidación» del empleo prohibido sobre el que se asentaba su finalidad originaria. Además, la inexistencia de concretas normas jurídicas eficaces para obligar a las AAPP convocar las plazas abre la puerta a la discrecionalidad administrativa, pudiendo durar más o menos la relación indefinida según el trabajador en concreto y el interés que tengan los gestores públicos en mantenerlo o no –sin olvidar que ese interés en mantener al trabajador o cubrir su plaza no está exento de consideraciones *ad personam*–.

b) Como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 122/2018, de 31 de octubre, por la que se anuló la DA 26 LPGE, sea como sea la forma de integración por sucesión de empresa, no alterará el hecho material de que el trabajador dependerá y será retribuido por una Administración, incluso cuando se le niegue el régimen jurídico de empleado público. Eso sí, su vinculación tendrá que ser estable de acuerdo con la doctrina del TJUE.

B) Con esta panorámica como punto de partida no resulta descabellado dar un paso más con el personal a extinguir y reconocerles el estatuto de empleado público sobre un conjunto de condiciones de trabajo que no difieren significativamente de las que pudieran ostentar en el sector privado (horarios, salarios, permisos, derechos de conciliación, etc.), pero extrayendo del régimen jurídico aquellas materias consustanciales a la superación de las pruebas de acceso basadas en el mérito y capacidad, como son las que refuerzan la estabilidad en el empleo o permitan el desarrollo de la carrera profesional o la promoción interna. Y es que este refuerzo de la estabilidad en el empleo del que disfruta un trabajador público con mayor intensidad que un trabajador indefinido o fijo del sector privado, es una nota consustancial del acceso por mérito y capacidad propios al empleo público, por lo que no puede levantar sospechas de que sea una diferencia de trato no objetiva –está basada en la superación o no de las pruebas– ni irrazonable –pues se basa en la necesidad de impedir un «enriquecimiento injusto» en el patrimonio laboral del trabajador subrogado que no accedió mediante la superación de pruebas selectivas–.

Por otro lado, esta solución, además de compatibilizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores como ya ocurre con el personal a extinguir, puede además interesar a la Administración por las siguientes razones: 1) nunca se verá compelida a pagar indemnizaciones con cargo al erario público por la no superación del concurso de la plaza por el trabajador subrogado; 2) la equiparación de «algunas» condiciones de trabajo, permite garantizar la satisfacción laboral, la paz social y el buen funcionamiento de los servicios públicos; 3) la Administración dispone de mecanismos efectivos previstos en el derecho del empleo público para adaptar las condiciones de trabajo, en especial en aquellos casos que las condiciones de origen del trabajador fueran más onerosas; 4) se garantiza sin problema la aplicación del resto de normas de empleo público con seguridad jurídica (incompatibilidades, topes salariales presupuestarios, límites al incremento salarial, etc.); 5) garantiza la gestión eficaz y eficiente administrativa por la homogeneización de marcos normativos aplicables.

Para ello, consideramos necesaria la introducción en el Estatuto Básico del Empleado Público de una nueva disposición adicional que clarifique el régimen jurídico de este tipo de «empleado público con matices», en el sentido de: 1) declarar expresamente que esta sería la fórmula de integración; 2) contemplar una alternativa para el caso en el que la plazas de destino en la Administración tengan naturaleza funcional preestablecida legalmente cuando no supongan el ejercicio de facultades reservadas por el artículo 9.2 EBEP, pues solo una norma de igual rango podrá constituir la excepción; 3) determine con claridad los pasajes del EBEP que no serán aplicables a este personal; 4) prevea la posibilidad de aplicar, siguiendo las reglas del artículo 44.4 ET, el convenio colectivo del personal laboral de la Administración Pública, con la excepción de aquellos preceptos que desarrollen las normas del EBEP vetadas; 5) incluya la obligación de negociar un acuerdo regulador de condiciones de trabajo para integrar el vacío jurídico sobre estas materias, cuya regulación se ajustará en su totalidad a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y se verá inspirada por las reglas establecidas en los convenios colectivos sectoriales de aplicación, en todo lo que no se oponga al régimen jurídico de este empleado público por subrogación.

Además, consideramos deseable, para asegurar que no se siga aplicando la figura de indefinido no fijo jurisprudencialmente a estos casos, la eliminación de la referencia al personal «indefinido» de los artículos 8.2.c y 11.1 EBEP, así como el establecimiento de un régimen transitorio en el resto de normas laborales que recogen algunas previsiones que impidan que se siga aplicando en el futuro. Esto implicaría, además, el abandono de esta problemática figura en el resto de supuestos en los que se aplica, para lo cual entendemos que el legislador debería reconducir la solución a la que nos hemos referido con anterioridad. Además, permitiría abrir la posibilidad, en los casos en que la Administración estuviese en disposición de hacerlo de acuerdo con la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, de integrar al personal en una sociedad de capital público. La elección entre una forma u otra, cumpliendo con los requisitos procedimentales y materiales establecidos por la legislación administrativa, será competencia de cada Administración, en el marco de su potestad organizativa constitucional.

En relación a la tasa de reposición serían necesarias dos intervenciones. Por un lado, la eliminación de la DA 26. Dos LPGE 2017, en tanto que sigue exigiendo que se declare la sucesión de empresa mediante sentencia judicial para que no compute a efectos de la tasa. Con ello se impide *de facto* la continuidad del personal en casos de subrogación, debiendo pasar antes por un proceso judicial a causa del despido de la plantilla y quedando la entidad pública únicamente sujeta al ejercicio de la opción en los casos en el que el despido se declare improcedente por causa de la transmisión de empresa.

Y por el otro, introducir una previsión en la siguiente Ley de Presupuestos Generales del Estado –o modificando la presente si se considera necesario– de una excepción al cómputo de la tasa de reposición en los casos en que la Administración venga imperativamente obligada a la integración del personal por sucesión de empresas. Téngase en cuenta, que una gran mayoría de los casos, ni siquiera produce un incremento del gasto presupuestario en tanto que el precio del

contrato o concesión administrativa pagado por la entidad pública ya era imputable en otro capítulo presupuestario diverso al de personal.

Propuesta de reforma

El marco normativo de la reversión de contratos públicos quedará compuesto por las siguientes normas (se resaltarán los aspectos nuevos o reformados).

A) Ley de Contratos del Sector Público

Artículo 130. Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.

[...]

3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo *sectorial* o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

[...]

B) Estatuto de los Trabajadores

Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente ~~y el cesionario~~, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente *junto con el cesionario* durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

[...]

Artículo 44.bis. La sucesión de empresas en el ámbito de las contrataciones y concesiones

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 44 ET, se presumirá que hay sucesión de empresa cuando para la ejecución de una actividad económica encomendada por un tercero solo sea necesario aportar un conjunto de trabajadores organizados de forma estable, fijándose la contraprestación del encargo como un pago determinado y cierto referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, y en la que el nuevo prestador no asuma el riesgo operacional en la explotación de la actividad.

Se entenderá que existe riesgo operacional en la explotación cuando para asumir o reasumir la ejecución de la actividad económica sea necesario que el nuevo prestador aporte un conjunto de elementos patrimoniales propios del activo material o inmaterial que no hayan sido cedidos o transmitidos por el anterior empresario, sin que quede garantizada la recuperación de las inversiones o los costes de entidad relevante en los que hubiera incurrido para poder atender la explotación de la actividad. Asimismo, se existe riesgo operacional cuando la contraprestación recibida venga conformada por la propia explotación de la obra o servicio objeto del encargo asumiendo el riesgo de la demanda, del suministro, o ambos, en los términos establecidos por el artículo 14.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

2. La presente disposición se aplicará tanto a empresas privadas como públicas, con o sin ánimo de lucro, que participen como cesionarias en un cambio de titularidad en la prestación de un servicio o actividad económica en el marco de un proceso de externalización, cambio de contratista o reasunción de la actividad por la empresa comitente. Las Administraciones Públicas únicamente quedarán exceptuadas cuando se produzca una reorganización de autoridades públicas administrativas o un traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas. En cambio, no quedarán exceptuadas cuando se traspase una actividad o un servicio económico de interés general susceptible de explotación en el mercado.

3. Existirá transmisión de empresas, concurriendo los anteriores requisitos, tanto cuando el nuevo prestador asuma la actividad sin solución de continuidad como cuando reanude o reemprenda su desarrollo tras un periodo de suspensión, con independencia de la causa que motive la interrupción. A tales efectos, se presumirá que no se mantiene la identidad cuando haya habido una interrupción del servicio superior a 6 meses, salvo que pueda probarse de otra forma que un periodo de inactividad mayor no ha afectado al mantenimiento de las relaciones comerciales con proveedores y clientes o a la imagen externa del negocio o el servicio ofertado al público.

La previa extinción de los contratos de trabajo con ocasión del presunto cierre del negocio o finalización de la actividad no constituirá obstáculo para que judicialmente se determine que ha existido una sucesión de empresa, a efectos de las garantías laborales del artículo 44 ET que no requieran la pervivencia de la relación laboral para su aplicación.

Las extinciones contractuales realizadas con la sola intención de romper la unidad del vínculo laboral, aun cuando se supere el plazo de suspensión previsto de el párrafo primero de este artículo, serán consideradas en fraude de Ley.

4. La negociación colectiva podrá intervenir en la regulación de la subrogación laboral a través de alguna de las siguientes modalidades:

a) Mejorando las garantías establecidas en el artículo 44 ET.

b) *Imponiendo la obligación de subrogación en aquellos casos en los que no concurren los presupuestos establecidos en el apartado 1 del presente artículo, desde un principio o a resultas de la aplicación de lo pactado, en cuyo caso las partes tendrán libertad para pactar un régimen de garantías diverso al previsto por el artículo 44 ET.*

c) *Limitando la responsabilidad del nuevo prestador por subrogación de deudas anteriores a la transmisión en aquellas actividades para las que no se precise un conjunto de bienes patrimoniales susceptibles de quedar afectos al cumplimiento de los créditos y obligaciones laborales pendientes de pago por el anterior titular.*

C) Estatuto Básico del Empleado Público

Artículo 8. Concepto y clases de empleados públicos.

1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

a) Funcionarios de carrera.

b) Funcionarios interinos.

c) Personal laboral, ya sea fijo, ~~por tiempo indefinido~~ o temporal.

d) Personal eventual.

Artículo 11. Personal laboral.

1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, ~~por tiempo indefinido~~ o temporal.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.

3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

Disposición adicional decimoctava. Régimen jurídico del personal subrogado

1. *Cuando la Administración se vea obligada a integrar al personal procedente de las empresas contratistas privadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130.3 de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que garantiza la eficacia de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.*

2. El personal subrogado que venía ostentando la condición de trabajador fijo de plantilla en la empresa contratista cedente se integrará como personal laboral fijo de acuerdo con el artículo 8.2.c de esta Ley. En los casos en los que los trabajadores estuviesen vinculados a la anterior empresa mediante un contrato de duración determinada de los previstos en el Estatuto de los Trabajadores, se estará al régimen jurídico de efectos y de extinción previstos en aquella norma.

3. En el caso en que la plaza ocupada en la Administración que recupera el servicio fuese de naturaleza funcionarial por venir así impuesto por una norma con rango de Ley, el personal se integrará en todo caso como personal laboral fijo en los términos dispuestos en el apartado anterior, pero calificándose la plaza como «a extinguir», hasta que la misma quede vacante con carácter definitivo por extinción del contrato de trabajo por alguna de las causas legales previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

4. Este personal laboral empleado público vendrá caracterizado por la necesaria y estricta vinculación a su plaza y al servicio o actividad revertida. A estos efectos, no le serán de aplicación los siguientes preceptos o pasajes de este Estatuto Básico:

a) El artículo 14, apartados a) y c) de esta Ley.

b) El Capítulo II del Título III de esta Ley, relativo al desarrollo de la carrera profesional y la promoción interna.

c) El Capítulo III del Título V de esta Ley, relativo a la provisión de puestos de trabajo y movilidad.

d) El apartado segundo del artículo 92 de esta Ley, que prevé la posibilidad de que la negociación colectiva extienda al personal laboral las disposiciones del Título IV del Estatuto Básico, referido a las situaciones administrativas de los funcionarios en aquellos aspectos compatibles con el Estatuto de los Trabajadores.

e) Las previsiones referidas al despido disciplinario declarado improcedente de acuerdo con el artículo 96.2 de esta Ley.

5. La Administración empleadora deberá, respetando las reglas procedimentales del artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores, aplicar el convenio colectivo previsto para su propio personal laboral. Serán, de acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, igualmente excluidas las materias desarrolladas por el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración empleadora sobre estas materias.

Para suplir este vacío normativo la Administración y los representantes de los trabajadores negociarán un acuerdo regulador de condiciones de trabajo sobre las materias objeto de exclusión cuyo contenido se regirá por los siguientes principios:

a) La vinculación estricta al puesto, a la unidad productiva objeto de reversión. Se admitirá el ejercicio del derecho a la promoción profesional y movilidad de puestos, de acuerdo con las reglas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, entre plazas calificadas como «a extinguir» en tanto que se produzca una vacante provisional y no definitiva.

b) La no asimilación al régimen jurídico de estas materias previstas para el personal laboral fijo al servicio de la Administración Pública empleadora.

c) La aplicación estricta de las reglas establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.

d) La consideración del convenio colectivo sectorial que resulte aplicable por razón de la actividad como parámetro comparativo para regular estas materias, en todo lo que no se oponga al régimen jurídico establecido en esta disposición.

6. El trabajador así integrado como empleado público laboral sin aplicación de las materias delimitadas en el apartado cuarto de esta disposición adicional, únicamente podrá adquirir el estatuto pleno de empleado público concurriendo a la convocatoria de otras plazas diferentes a la que viene ocupando, en la misma Administración u otra diversa, a través del cauce ordinario de acceso al empleo público de conformidad con los principios establecidos en los artículos 11.3 y 55.2 de esta Ley. En todo caso serán pruebas selectivas de carácter abierto, en las que podrá computarse el tiempo de prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 61.3 de esta Ley.

En cualquier caso, el trabajador no podrá concurrir a cualquier proceso de consolidación o estabilización del empleo público temporal, ni de funcionarización del personal laboral, ni acceder, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado cuarto, por la vía de la promoción profesional.

7. El contrato de trabajo se extinguirá por las causas ordinarias previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, no será la convocatoria de la plaza «a extinguir» ocupada por el trabajador subrogado.

El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción de este personal se regirá por lo dispuesto en los artículos 51, 52, 53 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, salvo en lo relativo a la delimitación de las causas que se estará a lo previsto en el párrafo segundo de la disposición adicional decimosexta de dicha Ley.

D) Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2017.

Disposición adicional vigésima sexta. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) (Anulada).

b) (Anulada).

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a

sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

~~Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.^a y 18.^a, así como del artículo 156.1 de la Constitución.~~

E) Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2021 y siguientes

Artículo 19. Oferta de Empleo Público, contratos y nombramientos temporales del personal del sector público.

Uno.

[...]

6. No computarán para el límite máximo de tasa:

[...]

f) Las plazas creadas para integrar al personal subrogado en estricta observancia del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de la Directiva 2001/23/CE, sobre transmisión de empresas y del artículo 130.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Referencias bibliográficas

- AA.VV. (COMISIÓN DE EXPERTOS), *Informe para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.
- AA.VV., *Actuación preventiva en materia de cesión ilegal de trabajadores*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014, fecha de consulta en <https://app.vlex.com/#sources/12621> el 24 noviembre 2020.
- AA.VV., “Aplicación de la tasa de reposición de efectivos: cálculo y exclusiones”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 18, 2017, pp. 1-2 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 12 mayo 2018.
- AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título II. Libertades [Ref. TOL7.671.842]”, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1-298 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 15 diciembre 20.
- AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título III. Igualdad [Ref. TOL7.671.841]”, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1-135 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 15 diciembre 2020.
- AA.VV. (DIR. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO), “Título IV. Solidaridad [Ref. TOL7.671.840]”, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1-238 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 15 diciembre 2020.
- AAVV (AEDTSS), *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018.
- AGÍS DASILVA, M., “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 715-735.
- AGUILAR CALAHORRO, A., *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- AGUILAR DEL CASTILLO, M. C., “Litigiosidad de las relaciones de puestos de trabajo”, en AA.VV. (Coord. José Manuel Gómez Muñoz) *La reforma de las Administraciones Públicas y el*

- Empleo Público*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales, 2015, pp. 121-134.
- ALAMEDA CASTILLO, M. T., “La concesión administrativa como presupuesto del contrato para obra o servicio determinado: Reflexiones sobre los últimos pronunciamientos jurisprudenciales [Ref. LA LEY 3051/2001]”, *Actualidad laboral*, n.º 1, 2000, pp. 1-36 pdf descargado, fecha de consulta 21 enero 2016, en la BD La Ley Digital.
- ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la Transmisión de Empresa*, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, Madrid, 1984.
- ALEGRE ÁVILA, J. M., “Pruebas restringidas y funcionarios sin titulación: La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2006, de 1 de febrero [Ref. BIB 2006/1005]”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 11, 2006, pp. 1-23 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 9 mayo 2020.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á., “La primacía del derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico estatal: aspectos constitucionales”, *Revista de Derecho Político*, n.º 38, 1994, pp. 93-173.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “¿Interino indefinido?: dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018”, *Revista de Derecho Social*, n.º 84, 2018, pp. 147-158.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”, en AA.VV. (ed. María José Feijóo Rey; Manuel Pimentel Siles) *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2017, pp. 125-156.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “Contratos del sector público: sucesión de contratistas y reversión a la gestión pública”, *Revista de Derecho Social*, n.º 82, 2018, pp. 13-36.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Las novedades que introduce el Real Decreto ley 10/2015 de 11 de septiembre”, en AA.VV. (FEMC) *Seminari sobre relacions col·lectives (17ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2015, pp. 10-, fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/index.asp?opc=10&anyo=2015> el 17-06-17.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69, 2017, pp. 22-35.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas

- laborales (Atención especial a las Entidades Locales y a las sociedades mercantiles de capital público)", *Revista de Derecho Social*, n.º 73, 2016, pp. 25-44.
- ALFONSO MELLADO, C. L., "La reversión de la gestión pública de servicios públicos: problemas laborales", en AA.VV. (Coord. Joaquín Aparicio Tovar) *Externalización y reversión de contrataciones en Castilla-La Mancha*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 229-263.
- ALFONSO MELLADO, C. L.; FABREGAT MONFORT, G., "Contrato de obra o servicio ligado a la duración de una contrata", en AA.VV. (Coord. Angel Blasco Pellicer) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ALFONSO MELLADO, C. L.; PEÑA OBIOL, S., "De nuevo sobre el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores", *Revista de Derecho Social*, n.º 22, 2003, pp. 159-176.
- ALONSO GARCÍA, R., "Constitución Española y Constitución Europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 73, 2005, pp. 339-364.
- ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ALONSO GARCÍA, R., "La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y límites de un nuevo criterio hermenéutico", *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 28, 2008, pp. 385-410.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A., "El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad", *Lex Social: Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, n.º 2, 2019, pp. 543-582.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A., *La contratación temporal en la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A., "La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 50, 2019, pp. 39-60.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A.; BLASCO PELLICER, A.; NORES TORRES, L. E., *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ÁLVAREZ ALCOLEA, M., "La segregación de industria y la aplicación del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo", *Revista de Política Social*, n.º 106, 1975, pp. 59-108.
- AÑÓN CALVETE, J., "Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre) [en línea]", *Noticias Jurídicas (23-02-16)*, 2016, fecha de consulta 20

noviembre 2019, en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10895-primacia-del-derecho-de-la-union-europea-a-proposito-de-la-stc-232-2015-de-5-de-noviembre/>.

APARICIO TOVAR, J., "Prólogo", en AA.VV. (Coord. Joaquín Aparicio Tovar) *Externalización y reversión de contratos en Castilla-La Mancha*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 11-18.

ARAGÓN GÓMEZ, C., "Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo [Ref. LA LEY 1506/2006]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2006, pp. 1-26 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.

ARAGÓN GÓMEZ, C., "Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional", *Trabajo y Derecho*, n.º 25, 2016, pp. 1-10 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 15 marzo 2017.

ARASTEY SAHÚN, M. L., "Sucesión de contratos y subcontratos de obras y servicios", en AAVV (AEDTSS) *Descentralización productiva. Nuevas formas de trabajo y organización empresarial XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 1*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, pp. 85-104.

ARENAS VIRUEZ, M., "Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 129, 2015, pp. 133-179.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., "Fisonomía general y exigencias particulares de la transmisión de empresas desde un punto de vista laboral", en AA.VV. (Coord. Mercedes Sabido Rodríguez) *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral*, Cizu Menor, Navarra, 2012, pp. 195-246.

ARUFE VARELA, A., "Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 40, 2015, pp. 84-110.

AVEZUELA CÁRCCEL, J., "El contrato de concesión de servicios", en AAVV (Coords. Alberto Palomar Olmeda y Otros) *Comentarios a la Ley de contratos del sector público: adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 737-822.

ÁVILA CANO, E., "El Gobierno imposibilita la remunicipalización de servicios públicos e impide el ahorro de millones de euros a los Ayuntamientos", *Diario Público [25 abril]*, 2017, fecha de consulta en <https://blogs.publico.es/otrasmiradas/> el 25 abril 2017.

ÁVILA CANO, E., "La sucesión de empresa y la subrogación del personal en la remunicipalización de servicios y en especial en los del ciclo integral del agua", en AA.VV. (Dir. Eulalio Ávila

Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019, pp. 193-282.

BALAGUER), AA.VV. (COORD. M. L., *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BALLESTER PASTOR, M. A., “El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural”, en AA.VV. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 383-406.

BALLESTER PASTOR, M. A., “Novedades y rémoras de la contratación temporal en la Administración Pública”, *Revista de Derecho Social*, n.º 72, 2015, pp. 13-42.

BALLINA DÍAZ, D., *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Instrumentos públicos entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015.

BAYLOS GRAU, A., “Privatización y Externalización de servicios y la vuelta atrás”, en su blog (*Según Antonio Baylos... [20-10-15]*), fecha de consulta 12 mayo 2016, en <https://baylos.blogspot.com>.

BAYLOS GRAU, A.; CASTELLI, N., “Sucesión de plantillas en actividades desamaterializadas y controvertida finalidad tuitiva de la normativa europea en materia de sucesión de empresa”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, pp. 101-108.

BELLIDO BARRIONUEVO, M., “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto bloqueo”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 24, 1987, pp. 159-173.

BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P., “La interpretación del derecho nacional de conformidad con las Directivas”, *Revista xurídica galega*, n.º 22, 1999, pp. 13-31.

BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, I., *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, Albacete, 2021.

BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, I., “Interinos por vacante, abuso y Directiva 1999/70: valoración crítica a la STJUE 3 de junio 2021 (C-726/19), IMIDRA”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [04-06-2021]*).

BELTRÁN DE HERDIA RUIZ, I., “Los interinos por vacante se convierten en indefinidos no fijos si superan un plazo de 3 años: comentario de urgencia a la STS\Pleno 28/6/21”, en su blog

(*Una mirada crítica a las relaciones laborales [29-06-2021]*), fecha de consulta 29 junio 2021, en <https://ignasibeltran.com/2021/06/29/los-interinos-por-vacante-se-convierten-en-indefinidos-no-fijos-si-superan-un-plazo-de-3-anos-comentario-de-urgencia-a-la-stspleno-28-6-21/>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Procesos de reversión pública, Directiva 2001/23 y asunción de personal: ¿la figura de indefinido no fijo sigue siendo posible? (STJUE 13/6/19, C-317/18, Correia Moreira)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [17-06-2019]*), fecha de consulta 18 junio 2019, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “¿Cuándo debe entenderse que la relación contractual está ‘viva’ en la sucesión de plantillas ‘ex’ art. 44 ET?”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [07-06-16]*), fecha de consulta 7 mayo 2019, en <https://ignasibeltran.com/2016/06/07/cuando-debe-entenderse-que-la-relacion-contractual-esta-viva-en-la-sucesion-de-plantillas-ex-art-44-et-estatuto-trabajadores/>.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Abuso en la temporalidad, el requisito de la sucesión de nombramientos y las prórrogas automáticas (a propósito de la STJUE 11 de febrero 2021, C-760/18, Agios Nikolaos)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [11-02-21]*), fecha de consulta 16 febrero 2021, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Cafetería de terminal de autobuses: la asunción de clientela puede ser suficiente para la subrogación de empresa (STSJ País Vasco 7/1/21)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 05-05-2021*), fecha de consulta 6 mayo 2021, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Temporalidad irregular en sociedades mercantiles estatales y declaración de indefinido no fijo (STS 18/6/20)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [13-07-2020]*), fecha de consulta 12 septiembre 2020, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “¿Una reversión del servicio de comedor escolar no puede describir una sucesión de empresa? ¿Ni a la luz del caso Abler?”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 22-03-2017*), fecha de consulta 23 marzo 2017, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Contratas, cesión legal e ilegal y subrogación de empresa (Índice de jurisprudencia sistematizada)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales*), 2021, fecha de consulta 31 mayo 2021, en <https://ignasibeltran.com/contratas-subcontratas-cesion-legal-e-ilegal-subrogacion-empresa/>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Contrato de obra y servicio vinculado a la duración de una contrata: ¿3 años y 7 meses describen una duración inusualmente larga? (STS 11/10/18)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [12-12-2018]*), fecha de consulta 5 marzo 2020,

en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017 y procesos de reversión: incertidumbres preocupantes”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [29 junio 2017]*), fecha de consulta 29 junio 2017, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “El TC declara inconstitucional el apartado UNO de la DA 26ª de la Ley de Presupuestos de 2017: impacto en los procesos de reversión de la Administración Pública”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [9 noviembre 2017]*), fecha de consulta 9 noviembre 2017, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el art. 44 ET (STJUE 8/5/19, Dodic)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 06-06-2019*), fecha de consulta 14 junio 2019, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [13-11-17]*), fecha de consulta 13 noviembre 2017, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Pliego de servicio de transporte, autobuses obsoletos no transmisibles y aplicación de la Directiva 2001/23 por subrogación de plantilla (Asunto Grafe y Pohle)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [02-03-20]*), fecha de consulta 8 marzo 2020, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Reversión de gestión de tributos locales: de nuevo sobre la aplicación o no del art. 44 ET”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 24-05-2017*), 2017, fecha de consulta 25 mayo 2017, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Reversión del servicio de comedor de escuela pública y no aplicación de la subrogación de empresa ‘ex’ art. 44 ET: objeciones a la STS 9/12/16”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 09-02-2017*), fecha de consulta 10 marzo 2017, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de contrata de limpieza y trabajadores discapacitados: ¿su salario puede ser inferior al de los no discapacitados?”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 17-03-2016*), fecha de consulta 15 diciembre 2020, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *lusalabor*, n.º n.º 1, 2017, pp. 1-40 pdf descargado.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de empresa: la unidad productiva debe preexistir a la

transmisión (caso Amatori)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales [20-03-25]*), fecha de consulta 20 marzo 2015, en <https://ignasibeltran.com>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de plantilla ex Convenio Colectivo: impacto de la doctrina Somoza Hermo (incluida la Ley de Contratos del Sector Público)”, en su blog (*Una mirada crítica a las relaciones laborales 16-07-2018*), fecha de consulta 17 julio 2018, en <http://ignasibeltran.com/>.

BIGLINO CAMPOS, P., “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española [Ref. RI 406435]”, *Revista General de Derecho Comunitario*, n.º 3, 2007, pp. 1-25 pdf descargado, fecha de consulta en la BD lustel el 31 octubre 2020.

BLANCO HIGUERA, A. L., “La ficción convencional del trabajador inamovible”, *Auditoría Pública*, n.º 70, 2017, pp. 135-142.

BLANCO HIGUERA, A. L., “Reversión con subrogación: cuatro anomalías y una contradicción”, *Auditoría Pública*, n.º 70, 2018, pp. 101-108.

BLANPAIN, R., *European Labour Law*, Wolters Kluwer, 2010.

BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BLANQUER CRIADO, D., *Los contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BLASCO JOVER, C., “La aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en el contrato del personal de alta dirección”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 373, 2014, pp. 69-82.

BLASCO PELLICER, A., “Convenio colectivo y sucesión de contratas”, en AAVV (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 67-100.

BLAT GIMENO, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en AAVV *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 17-56.

BOCINOS RIOBOÓ, M. I., “Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos, especial referencia a la administración local (I)”, *Revista Digital CEMCI*, n.º 6, 2010, pp. 1-27 pdf descargado, fecha de consulta en <https://revista.cemci.org/numero-46/numeros-disponibles?a=2010> el 9 septiembre 2020.

BOGONI, M., “Transmisión de empresa, subrogación y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: una aproximación desde el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia más reciente del TJUE”, en José María AA.VV. (dir. Miranda Boto *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018,

pp. 583-608.

BOLTAINA BOSCH, X., “¿Cómo interpretar la tasa de reposición de efectivos para el 2021 en la Administración local?”, en el blog «El Sextante» [21 enero 2021], fecha de consulta 15 mayo 2021, en <https://elsextante.cat/>.

BOLTAINA BOSCH, X., “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la Ley de presupuestos del estado para 2017: las disposiciones adicionales 26ª y 34ª (segunda parte)”, *La Administración Práctica*, n.º 12, 2017, pp. 1-12 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi ProView el 4 abril 2021.

BOLTAINA BOSCH, X., “El personal laboral indefinido no fijo y los «no empleados públicos laborales» en la ley de presupuestos del estado para 2017 (primera parte)”, *La Administración Práctica*, n.º 11, 2017, pp. 1-11 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi ProView el 4 abril 2021.

BOLTAINA BOSCH, X., “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos» [Ref. BIB 2019/141]”, *La Administración Práctica*, n.º 1, 2019, pp. 1-9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 2 marzo 2020.

BOLTAINA BOSCH, X., “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos. Especial referencia al personal laboral”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 13 Extra, 2011, pp. 129-169.

BOLTAINA BOSCH, X., “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 2, 2018, pp. 140-155.

BORJA ALBIOL, A., “Los cambios de contratas en la Administración Pública. Problemática laboral, legislación y jurisprudencia reciente. Especial análisis de la sentencia del TJUE 7 de agosto de 2018 respecto a los cambios de contratas en la Administración Pública”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n.º 68, 2018, pp. 1-8 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online.

CALVO GALLEGO, F. J., “Finalización de la contrata, extinción de la relación laboral y medidas alternativas. STSJ Castilla y León/Valladolid 7 noviembre 2013 [Ref. BIB 2014/638]”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162, 2014, pp. 1-9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 01 noviembre 16.

CALVO GALLEGO, F. J., “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público. Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10”, *Temas Laborales*, n.º 114, 2012, pp. 205-226.

- CAMPS RUIZ, L. M., *El régimen laboral de la Transmisión de Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- CAMPS RUIZ, L. M., "La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010", en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-54.
- CAMPS RUIZ, L. M., "La subrogación entre contratistas sucesivos: algunas reflexiones", en AAVV (Coords. Luís M.Camps Ruiz; Juan M. Martínez Ramírez; Tomás Sala Franco) *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 265-276.
- CAMPS RUIZ, L. M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- CANO GALÁN, Y., "La saga del asunto «Aira Pascual»: reversión del servicio y transmisión de elementos patrimoniales propiedad de la empresa contratante", *Diario La Ley*, n.º 9119, 2018.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., "Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas", en AA.VV. (Dir. Luís Ortega Álvarez) *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2007, pp. 42-105.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., "Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2013, pp. 92-99.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., "La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción", en AA.VV. (Dir. Luis Ortega Álvarez) *Crisis y Externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Madrid, 2011, pp. 69-101.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., "Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo", *Revista de Administración Pública*, n.º 176, 2008, pp. 161-197.
- CARVALHO MARTINS, D., "Transmisión de empresas en Portugal: balance y perspectivas del nuevo régimen legal ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en José María (dir.) Miranda Boto *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, pp. 609-618.
- CASAS BAAMONDE, M. E., "Primacía del derecho de la Unión Europea y Constitución. ¿Qué derechos fundamentales?", *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 10, 2019, pp. 937-951.
- CASAS BAAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F., "La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2001, pp. 41-58.

- CASTILLO BLANCO, F., “La problemática reversión de los servicios públicos locales a la gestión directa”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 14, 2019, pp. 14-35.
- CASTILLO BLANCO, F., *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, CEMICAL, Barcelona, 2017.
- CASTILLO BLANCO, F., “Las problemáticas fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho administrativo a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 86, 1995, pp. 187-218.
- CASTILLO BLANCO, F., “Los procesos de subrogación de personal derivados del cambio en modelos de gestión de los servicios locales después de la Ley de Contratos del Sector Público y de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios y nacionales”, en AA.VV. (Joan Mauri i Majós) *Seminari sobre relacions col·lectives (21ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2019, pp. 269-319, fecha de consulta en http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/publicacions/2019/SRC_A4_2019.pdf el 15-12-20.
- CASTILLO BLANCO, F., “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pp. 72-95.
- CASTILLO BLANCO, F.; JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, fecha de consulta en <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/582> el 15-08-20.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A.; GARCÍA MURCIA, J., “La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor? [Ref. BIB 2000/513]”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 7, 2000, pp. 1-9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 28 septiembre 20.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario [Ref. BIB 2005/2804]”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 22, 2005, p. 1/11 pdf descargado, fecha de consulta 6 octubre 2016, en la BD Aranzadi Insignis.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “La contratación administrativa de servicios como mecanismo de huida del Derecho del trabajo [Ref. BIB/2016/912]”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 185, 2016, pp. 1-34 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 20 mayo 2021.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018.
- CEINOS SUÁREZ, Á., “La reversión a la Administración Pública de actividades externalizadas”, en

- AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 281-324.
- CESSARI, A., “Trasferimenti d’azienda e rapporti di lavoro”, *Rivista di Diritto Civile*, vol. 21, 1975, pp. 218-236.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M., “Oferta de empleo público y tasa de reposición. Acceso a la función pública y política económica”, *Actualidad Administrativa*, n.º 9, 2017, pp. 1-3 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 12 octubre 2018.
- COBREROS MENDAZONA, E., “La aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea por la Administración”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, n.º 103, 2015, pp. 171-207.
- COLOMÉ I NIN, A.; GRAU I ARNAU, S., “Remunicipalización de servicios locales y competencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 43, 2017, pp. 124-15.
- COMELLAS BATET, E., “La incidència de la Llei de Pressupostos Generals de l’Estat en el dimensionament de les plantilles locals. Taxes de reposició i processos d’estabilització”, en *VI Seminari d’actualització jurídica i dret local*, Girona, 29 junio, 2018, pp. 1-25 pdf descargado, fecha de consulta en https://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/LPGE_2018_Eva_Comellas.pdf el 17 noviembre 2020.
- CORDERO GORDILLO, V., “Subrogación convencional y centros especiales de empleo”, en AAVV (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 411-426.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, 2016, pp. 13-48.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Contratación temporal y descentralización productiva”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Martínez Ramírez, Tomás Sala Franco (eds.) *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 117-132.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas [Ref. LA LEY 459/2001]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1992, pp. 1-45 pdf descargado.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 13, 1994, pp. 7-33.
- CRUZ VILLALÓN, J., “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, *Temas*

- laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 147, 2019, pp. 13-46.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, n.º 49, 2010, pp. 17-40.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Outsourcing y relaciones laborales”, en AAVV (AEDTSS) *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo : X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2000, pp. 249-326.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Personal laboral: la inaplicación o modificación de los pactos o acuerdos y convenios colectivos vigentes: alternativas y opciones”, en *Seminari sobre relacions col·lectives (14ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2012, pp. 1-33 pdf descargado, fecha de consulta en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Cruz_Villalon_modif_cond_trabajo_personal_laboral.pdf.
- CRUZ VILLALÓN, J.; RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de derecho social*, n.º 3, 1998, pp. 9-38.
- CUENCA ALARCÓN, M., “El impacto laboral de la transmisión de empresas”, en AA.VV. (Dir. Jesús Lahera Forteza y Fernando Valdés Dal-Ré) *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010, pp. 165-184.
- CUENCA ALARCÓN, M., “Los efectos jurídicos de la subrogación ex convenio en supuestos de sucesión de contratistas (comentario a la STS 4ª 7 de abril de 2000) [Ref. LA LEY 6320/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2000, Wolters Kluwer, pp. 1-7 pdf descargado, fecha de consulta 19 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.
- CUTRIM CARVALHO, A.; PETIT, P.; ALVES DE SOUZA JUNIOR, J., “Revisitación de los clásicos del capitalismo tardío: una perspectiva de comprensión histórico-económica”, *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*, n.º agosto, 2019, p. recurso electrónico, fecha de consulta en <https://www.eumed.net/rev/oel/2019/08/capitalismo-tardio.html>.
- DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 38, 2002, pp. 241-266.
- DESDENTADO BONETE, A., “Los indefinidos no hijos: ¿una historia interminable o una historia terminada? [Ref. BIB 2018/13435]”, *Revista de Información Laboral*, n.º 10, 2018, pp. 1-28 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 5 abril 2020.
- DESDENTADO BONETE, A., “Sucesión de empresas y negociación colectiva en el túnel del tiempo: el caso de las ikastolas [Ref. LA LEY 11097/2001]”, *Diario La Ley*, n.º tomo 3, 1999, pp. 1-2 pdf

descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 1 julio 2019.

DESDENTADO BONETE, A., "Transmisión de empresas: final no demasiado feliz para una divergencia [Ref. LA LEY 2747/4]", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 5, 2004, pp. 1-2 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

DÍAZ AZNARTE, M. T., "El acceso al empleo público en el ordenamiento jurídico español. Cuestiones a debate", en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco y José L. Monereo Pérez) *Reestructuraciones de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015, pp. 397-415.

DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., "Efectos de la anulación judicial de los procedimientos selectivos", en AA.VV. (AEDTSS) *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2009, pp. 497-516.

DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., "El contrato de trabajo en el sector público ante la anulación del procedimiento de selección", en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2001, pp. 761-786.

DIEGUEZ CUERVO, G., "La sucesión en la empresa", en Efrén Borrajo Dacruz (dir.) *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, 2ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 5ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

DUEÑAS HERRERO, L. J., "Capítulo 44. Empleo Público", en AA.VV. (Dir. María Emilia Casas Baamonde y Román Gil Alburquerque) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª Edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 1239-1276.

DULANTO SCOTT, R., "Interacción entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional en la configuración jurídica y en los efectos laborales de la sucesión empresarial", 2017, Universidad Complutense de Madrid.

DURAN LÓPEZ, F., "La continuidad de las relaciones de trabajos y la responsabilidad por las deudas laborales en la transición de empresa", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 131, 1974, pp. 67-128.

EDWARD, D. A. O., "Efecto directo y primacía del derecho comunitario. El problema especial de las directivas", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal*

- Aldizkariadministracion publica*, n.º 42, 1995, pp. 35-42.
- EMBID IRUJO, A., “Trece proposiciones sobre selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo en el Derecho Español”, *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, vol. 1, 1993, pp. 27-46.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.; RUÍZ CASTILLO, M. M., “Transmisión de empresa y fraude de ley”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 513-552.
- ESTEVE PARDO, J., “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69, 2017, pp. 4-11.
- ESTEVE PARDO, J., “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, n.º 197, 2015, pp. 11-39.
- ESTEVE PARDO, J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, n.º 202, 2017, pp. 305-346.
- ESTEVE SEGARRA, A., *Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresa de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ESTEVE SEGARRA, A., “Precariedad laboral, empresas multiservicios y dumping social”, en AAVV (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 145-172.
- FALGUERA BARÓ, M. Á., “La reversión de contrataciones en el sector público y su impacto en el régimen contractual de los empleados”, *Ciudad del Trabajo: actualidad iuslaboralista*, n.º 3, 2018, pp. 52-79.
- FALGUERA BARÓ, M. Á., “Sucesión de empresas y contrataciones: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos Aira Pascual y Securitas”, *Ciudad del Trabajo: actualidad iuslaboralista*, n.º 1, 2017, pp. 147-162.
- FEIJÓO REY, M. J., “La integración como empleados públicos del personal de las empresas contratistas”, en AA.VV. (ed. María José Feijóo Rey; Manuel Pimentel Siles) *El interés general y la excelencia en los servicios públicos. La mejor gestión de los servicios municipales en favor de los ciudadanos y no de las ideologías*, Editorial Almuzara, Córdoba, 2017, pp. 157-181.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Aspectos laborales de la reversión de servicios públicos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 407, 2017, pp. 5-14.
- FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso*

al empleo público, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado - Colección Derecho Público, Madrid, 2015.

FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J. J.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso al empleo público*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La Administración Pública y las reglas de la «externalización»”, *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n.º 33, 2006, pp. 5-28.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Régimen jurídico de la Función Pública y Jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 12, 1992, pp. 61-121.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo II*, 4ª Edición, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Descentralización productiva, contrata y despido por causa organizativa”, en Blat Gimeno y otros *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 407-420.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó., “El objeto de la transmisión: el concepto de unidad económica productiva autónoma”, en AAVV (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 39-84.

FERNÁNDEZ NIETO, L. A., “Subrogación y externalización de servicios en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (2017)”, *Diario La Ley*, n.º 9115, 2018, pp. 1-20 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 11 enero 2018.

FITA ORTEGA, F., “El artículo 44 ET y las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en normativa sectorial, o en los pliegos de condiciones de contrata y concesiones administrativas”, *Revista de Derecho Social*, n.º 76, 2016, pp. 183-206.

FITA ORTEGA, F., “El contrato de obra o servicio determinado vinculado a la contrata o subcontrata”, *Actualidad Laboral*, n.º 12, 2005, pp. 1-22 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 5 mayo 2020.

FLORES DOMÍNGUEZ, L. E., “Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 69, 2017, pp. 60-71.

- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionario, de la condición de «indefinidos no fijos»”, *GABILEX. Revisra del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 13, 2018, pp. 15-83.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “El cuestionable amparo de la jurisdicción social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 17, 2019, pp. 104-129.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La selección de los empleados públicos tres años después de la entrada en vigor de la ley 7/2007 EBEP: reflexiones sobre algunas de las cuestiones más representativas en su aplicación.”, en AA.VV. (Dir. Xavier Boltaina Bosch) *Seminari sobre relacions col·lectives (12ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2010, fecha de consulta en http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/publicacions/2010/SRC_2010.pdf el 11-11-20.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público*, Atelier, Barcelona, 2008.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Las peculiaridades de la aplicación del EBEP a la selección de los empleados públicos en las sociedades públicas y fundaciones [Ref. LA LEY 7497/2012]”, en *Manual para la selección de empleados públicos*, 1ª Edición, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2012, pp. 1-11 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.
- FONT MAS, A., *Temas de interés en materia de transmisión de empresas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- FONTANA, A., *La successione dell'impreditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1970.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á., “De la Función Pública en tiempos de crisis a la crisis de la Función Pública”, en AA.VV. (Dir. Jesús A. Fuentetaja Pastor y Josefa Cantero Martínez) *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á., *Función Pública y Derecho Europeo*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- GALA DURÁN, C., “Los despidos colectivos en las Administraciones Públicas: análisis de las causas justificativas, los criterios de selección de los trabajadores y la interrelación con la sucesión de empresa”, *Documentación Laboral*, vol. 1, n.º 106, 2016, pp. 33-62.
- GAMERO CASADO, E., “Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 52, 2019, pp. 1-26 pdf descargado.

- GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 12ª Ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- GÁRATE CASTRO, F. J., “Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la «propia actividad»”, en AAVV (Coord. Francisco J. Gárate Castro) *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, pp. 153-192.
- GÁRATE CASTRO, F. J., “Descentralización productiva y Derecho del Trabajo”, en AAVV (AEDTSS) *Descentralización productiva. Nuevas formas de trabajo y organización empresarial XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 1*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, pp. 25-68.
- GÁRATE CASTRO, F. J., “Sobre las condiciones bajo las cuales la reversión o el cambio de adjudicatario de un contrato de servicios constituyen una transmisión de empresa que no afecta a la licitud del despido colectivo decidido por el adjudicatario saliente”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, pp. 159-170.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; GOÑI SEIN, J. L., “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas”, en AAVV *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo del profesor Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 133-160.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “¿Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas?”, *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 72, 1995, pp. 627-631.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 121, 1990, pp. 247-258.
- GARCÍA BLASCO, J., “Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los «umbrales» de efectividad del Derecho del Trabajo”, en AAVV (AEDTSS) *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, Madrid, 2021, pp. 87-136.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *Revista de Administración Pública*, n.º 17, 1955, pp. 87-138.
- GARCÍA FLÓREZ, F.; CUERNO LLATA, J. R., “La extinción de las concesiones administrativas y sus

consecuencias jurídicas en los contratos laborales. La aplicación de la subrogación de empresa al derecho administrativo: supuestos de responsabilidad y criterios de imputación”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, n.º 43, 1995, pp. 221-238.

GARCÍA JIMÉNEZ, M., “¿Réquiem por los contratos de obra «inusualmente largos» vinculados a prolongadas contrataciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 787/2018, de 19 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 430, 2019, pp. 149-156.

GARCÍA ORTEGA, J., “La sucesión de contratistas”, en AAVV *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo del profesor Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 341-382.

GARCÍA PÉREZ, M., “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao [Ref. BIB 2020/9230]”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 203, 2020, pp. 1-44 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 1 abril 2020.

GARCÍA PIÑEIRO, N. P., “Transmisión de empresa, externalización de servicios y segregación de actividades”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 85-136.

GARCÍA QUIÑONES, J. C., “Líneas de actuación jurídicas y sindicales en torno a la remunicipalización de servicios”, *Informe n.º 363 realizado en el marco del Convenio de Asesoramiento UGT-UCM*, 2015, fecha de consulta 21 septiembre 2016, en <http://portal.ugt.org/actualidad/2015/diciembre/oinf-01.pdf>.

GARCÍA RUBIO, F., “Pros y contras jurídico-administrativos de la «reinternalización» (remunicipalización) de servicios locales”, en AA.VV. (Coords. T. Font i Llovet y J.J. Díez Sánchez) *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de profesores de Derecho Administrativo*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017, pp. 173-188.

GARCÍA RUBIO, M. A., “La contratación laboral en el sector público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra o servicio”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 299-416.

GARCÍA TESTAL, E., “Relaciones laborales especiales en la administración pública: relaciones de trabajo con particularidades”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1143-1218.

- GARCÍA TESTAL, E.; ALTÉS TÁRREGA, J. A., “El control de la selección de los profesores de religión católica en los centros públicos de enseñanza. La aplicación de la STC 38/2007 por la STC 51/2011, de 14 de abril de 2011”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 8, 2011, pp. 13-28.
- GARCÍA TORRES, A., “Fuentes de regulación e instrumentos de organización del trabajo en el empleo público de régimen laboral (Tesis Doctoral)”, 2015, Universidad de Oviedo.
- GARCÍA TORRES, A., “Transmisión de empresa, reestructuración administrativa y traspasos de personal entre administraciones públicas”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 655-668.
- GARRIDO PÉREZ, E., “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en supuestos de sucesión y rescate de contratos de servicios: la discutible aplicación de la Directiva 77-187 y del artículo 44 ET”, *Revista de derecho social*, n.º 7, 1999, pp. 89-108.
- GIL PLANA, J., “La selección del personal laboral de las Administraciones Locales”, *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º Extra 112, 2008, pp. 10-38.
- GIL PLANA, J., “La subrogación empresarial en las contrata y subcontratas (I)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 156, 2012, pp. 234-255.
- GIL PLANA, J., “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en AA.VV. (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 201-236.
- GIL Y GIL, J. L., “Aplicabilidad de la transmisión de empresa a las administraciones públicas”, *Capital Humano*, n.º 236, 2009, pp. 116-117.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, pp. 425-440.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente”, en AA.VV. (Dir. José M. Gimeno Feliú) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 47-132.
- GIMENO FELIÚ, J. M., “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pp. 50-71.

- GODINO REYES, M., *El contrato de trabajo en al administracion publica*, Civitas, Madrid, 1996.
- GOERLICH PESET, J. M., “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación Laboral*, vol. II, 2017, pp. 9-25.
- GOERLICH PESET, J. M., “¿Es procedente el despido objetivo basado en la finalización de una contrata?”, *Revista de Jurisprudencia*, n.º 1, 2008, pp. 1-6 pdf descargado, fecha de consulta en la BD El Derecho-Francis Lefebvre el 12 diciembre 2018.
- GOERLICH PESET, J. M., “Aspectos laborales de la reversión de contrata”, en *XV Foro Aranzadi Social celebrado en el Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Valencia [14-12-17]*, Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 2017.
- GOERLICH PESET, J. M., “Crónicas de Jurisprudencia”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 1, 2000, p. 123.
- GOERLICH PESET, J. M., “Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios”, en *AAVV Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 77-108.
- GOERLICH PESET, J. M.; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.; BAÑO LEÓN, J. M.; BARNARD, C.; BRINO, V.; FITA ORTEGA, F.; Y OTROS, *Libertades económicas , mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado (Resumen ejecutivo)*, Consejo Económico y Social España -CES, Madrid, 2011, fecha de consulta en http://www.ces.es/documents/10180/106107/libecon_merctraba_dercomp.pdf/a5987a7f-fd5d-4a73-b054-9ec8f1cb85b5 el 05-05-20.
- GOERLICH PESET, J. M.; NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales de la reversión de contrata y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 42, 2018, pp. 104-113.
- GOERLICH PESET, J. M.; NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales de la reversión de contrata y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (y II)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 43-44, 2018, pp. 102-114.
- GOERLICH PESET, J. M.; VEGA LÓPEZ, J., “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los «trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla»”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1998, pp. 569-587, fecha de consulta en <http://www.juliovega.net/documentos/AdmPub.pdf> el 15 mayo 2020.
- GOMÀ, R.; BRUGUÉ, Q., “Algunas matizaciones en relación a la privatización de los Servicios Públicos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 8, 1996, pp. 15-25.

- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]", *Actualidad laboral*, vol. 1, 2002, pp. 1-19 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., "Las extinciones de contratos de trabajo previas a sucesión de empresa: entre la validez y el fraude [Ref. BIB 2015/1137]", *Revista de información laboral*, n.º 4, 2015, pp. 1-5 pdf descargado, fecha de consulta 19 febrero 2016, en la BD Aranzadi Insignis.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *Las Transformaciones de las Administraciones Públicas: aspectos laborales y perspectivas de futuro*, CES-Colección Estudios, Madrid, 2004.
- GÓMEZ ÁLVAREZ, T., "Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el artículo 1.1 c) de la Directiva 23/2001: la interpretación del TJCE y de los Tribunales españoles [Ref. LA LEY 5913/2002]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2002, p. 1/17 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.
- GÓMEZ ARBÓS, J., "La sucesión de empresas supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 185, 2016, pp. 227-254.
- GOÑI SEIN, J. L., "Ámbito subjetivo de la aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleo público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio", en AA.VV. (AEDTSS) *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008, Vol. 1*, Laborum, Murcia, 2009, pp. 111-207.
- GOÑI SEIN, J. L., "El concepto de sucesión de empresa. Divergencias doctrinales entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo Español", *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, n.º 2, 2010, pp. 37-57.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., "Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios [Ref. LA LEY 544/2001]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1993, pp. 1-37 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E.; CALVO GALLEGOS, F. J., "Las relaciones de trabajo en las empresas públicas", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1992, pp. 302-337.
- GORDO GONZÁLEZ, L., "¿Es posible el reconocimiento unilateral de la condición de indefinido no fijo por parte de la Administración?", en el blog «IDL de la UAM» [23-10-19], fecha de consulta 5 diciembre 2020, en <https://www.idluam.org/blog/category/blog/>.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El cumplimiento específico de la obligación de readmitir”, 1998, Universidad de Sevilla.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 54, 2019, pp. 1-28 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 15 julio 2019.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 21, 2019, pp. 41-60.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Vías para la subrogación de los trabajadores en caso de reversión de servicios públicos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 7, 2019, p. PR. 6.1-PR.6.10 pdf descargado.
- GUIMERÁ RICO, J. J., *Las sociedades públicas. Fundamento y límites a la huida del Derecho Privado [Ebook]*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2020.
- HALL, D., “Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización. Informe encargado por la Federación Sindical Europea de los Servicios Públicos a la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Público”, *PSIRU-University of Greenwich*, 2012, pp. 1-11 pdf descargado, fecha de consulta 12 mayo 2016, en https://redaguapublica.files.wordpress.com/2012/09/1209_porque-el-agua-es-un-servicio-pc3bablico_es.pdf.
- HALL, D., “Remunicipalización de los servicios municipales. 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-University of Greenwich*, 2012, pp. 1-12 pdf descargado, fecha de consulta 12 mayo 2016, en https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/remunicipalizacion_y_servicios_municipales_DH-2.pdf el 15 abril 2018.
- HEILMANN, M. J., “Tendencias de la remunicipalización de la gestión de agua”, *Revista Internacional Consinter de Diritto*, n.º IV, 2018, pp. 181-205.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., *El contrato de compraventa de empresa (Extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- HERRAIZ MARTÍN, M. S., “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas [Ref. LA LEY 1860/2007]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2007, pp. 1-21 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

- HERRAIZ MARTÍN, M. S., “La sucesión de empresa en contratas y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia [Ref. BIB 2011/1350]”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 4, n.º 6, 2011, pp. 1-21 pdf descargado, fecha de consulta 19 febrero 2016, en la BD Aranzadi Insignis.
- IZU BELLOSO, M. J., “Notas sobre la Plantilla Orgánica en las Administraciones Públicas”, *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 34, 2002, pp. 185-196.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 9, 1983, pp. 71-116.
- KAHALE CARRILLO, D. T., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- KENNER, J., “New Fronteries in EU Labour Law: From Flexisecurity to Flex-Security”, en Michael Dougan, Samantha Currie (eds.) *50 years of the european treaties. Looking back and thinking forward*, Hart Publishing, 2009, pp. 279-310.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Contratas y contratos de obra o servicio determinado, una relación complicada: análisis de la cuestión a partir de la STS de 16 de julio de 2014 (Rº 1777/2013) [Ref. BIB 2014/4095]”, *Revista de Información Laboral*, n.º 10, 2014, pp. 1-8 pdf descargado, fecha de consulta 19 diciembre 2015, en en la BD Aranzadi Insignis.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, en el blog «Foro de Labos» [09-05-19], fecha de consulta 30 junio 2019, en <https://forodelabos.blogspot.com>.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Novedades en la doctrina judicial europea sobre transmisión de empresas: La continuidad de la plantilla puede ser determinante de la sucesión empresarial incluso en actividades que requieren importantes elementos materiales”, en el blog «Foro de Labos» [03-03-20], fecha de consulta 8 marzo 2020, en <https://forodelabos.blogspot.com>.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 17, 2016, p. 1/11 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 17 junio 2016.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 2, 2016, pp. 79-111.
- LAHERA FORTEZA, J., “La intersección entre las cláusulas convencionales de subrogación contractual y la transmisión de empresa del art. 44 ET en las sucesiones de contratas [Ref.

- LA LEY 17029/2011]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 2, n.º 19, 2011, pp. 1-7 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 8 marzo 2017.
- LAHERA FORTEZA, J., “Límites en la extinción del contrato de obra conexas a una contrata mercantil: el inicio de la quiebra de un modelo de empleo temporal asociado a la descentralización productiva (STS 8 de noviembre de 2010) [Ref. LA LEY 14845/2011]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 17, 2011, pp. 1-5 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 21 diciembre 2015.
- LAHERA FORTEZA, J., “Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales”, en AA.VV. (Coord. Jesús Cruz Villalón) *La reforma laboral de 2006 (Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio)*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 41-78.
- LAHERA FORTEZA, J., “Sucesión de contratas y vigencia de los contratos para obra con la misma empresa contratista: una paradójica estabilidad precaria (SSTS 17 y 18 de Junio de 2008) [Ref. LA LEY 20037/2009]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2009, pp. 1-5 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 19 febrero 2016.
- LEÓN ACOSTA, M., “El procedimiento de remunicipalización de servicios públicos. A propósito de los artículos 85 y 86 LBRL”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 12, 2019, pp. 72-96.
- LINS DE LESSA CARVALHO, F., “La función pública en el mundo: rasgos jurídicos, tendencias y retos de siete modelos comparados”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, 2019, pp. 41-66.
- LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Wolters Kluwer, Madrid, 1999.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Laborum, Murcia, 2003.
- LÓPEZ BALAGUER, M., “Reversión de la contrata a la Administración Pública con recuperación de la infraestructura esencial del servicio: SSTS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 2832, 2650, 2612, 2629/2016) [Ref. BIB 2018/5868]”, *Nueva Española de Derecho del Trabajo*, n.º 205, 2018, pp. 1-8 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 5 septiembre 2018.
- LÓPEZ BALAGUER, M.; RAMOS MORAGUES, F., *El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- LÓPEZ CUMBRE, L., “Inconstitucionalidad de normas presupuestarias sobre sucesión de empresas en el ámbito público”, *Gómez-Acebo & Pombo, Análisis*, 2018, pp. 1-4, fecha de consulta en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/11/Inconstitucionalidad-de-normas-presupuestarias-sobre-sucesión-de-empresas-en-el-ámbito-público.pdf> el 02-03-19.

- LÓPEZ CUMBRE, L., "Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público", *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, n.º 3, 2017, pp. 101-147.
- LÓPEZ CUMBRE, L., "Los efectos de la reforma laboral en el empleo público", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013, pp. 1-38.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., "Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado", en AA.VV. (Dir. Araceli Mangas Martín) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 513-528, fecha de consulta en <https://goo.gl/t4pkBj> el 01-12-20.
- LÓPEZ GANDÍA, J., "Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública", *Poder Judicial*, n.º 3, 1986, pp. 153-158.
- LÓPEZ GANDÍA, J.; TOSCANI GIMÉNEZ, D., "El trabajo en contratos y la estabilidad en el empleo. Problemas aplicativos en caso de renovación y pérdida de contratos", *Revista de Derecho Social*, n.º 44, 2008, pp. 159-176.
- LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- LÓPEZ PÉREZ, J. F., "¿Qué hacer con el trabajador indefinido sí fijo de las administraciones públicas?", *Diario La Ley*, n.º 8988, 2021.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. C., "El contrato para obra o servicio determinado y su vinculación a la subcontrata: reflexiones críticas", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 25, 2017, pp. 1-13 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 3 abril 2020.
- LÓPEZ TERRADA, E., "El tránsito de ciertas extinciones contractuales «atípicas» al régimen de los despidos por razones empresariales [Ref. BIB 2014/4498]", *Revista de información laboral*, n.º 12, 2014, pp. 6-19 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 19 diciembre 2015.
- MADRIGAL ESTEBAN, M. J.; MARTÍNEZ SALDAÑA, D., "La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 40, 2015, Dykinson, pp. 33-51.
- MAGALDI MENDAÑA, N., *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, Instituto

Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

MAGRINI, S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Directivas, primacía y retroactividad de la ley penal más favorable. Comentario a las Sentencias de 3 de mayo de 2005, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Berlusconi y otros [Ref. RI 404775]”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 9, 2006, pp. 1-12 pdf descargado, fecha de consulta en la BD lustel el 31 octubre 20.

MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Efecto directo limitado de las Directivas: alcance y significado. ¿En qué medida los particulares pueden sufrir perjuicios derivados de una Directiva?”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 204, 1999, pp. 37-61.

MALARET, E., “Prólogo”, en Nuria Magaldi Mendaña *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, pp. 19-25.

MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 20. Igualdad ante la ley”, en AA.VV. (Dir. Araceli Mangas Martín) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo.*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 389-395, fecha de consulta en <https://goo.gl/t4pkBj> el 01-12-20.

MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 9ª Edición, Tecnos, Madrid, 2016.

MARÍN CORREA, J. M., “La sucesión de empresas: reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 48, 2004, pp. 83-96.

MÁRQUEZ PRIETO, A., “Contratación y acceso al empleo público”, en AA.VV. (Coord. José Manuel Gómez Muñoz) *La reforma de las Administraciones Públicas y el Empleo Público*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales, 2015, pp. 149-174.

MARRERO GARCÍA-ROJO, Á., “Artículo 9.1. La sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo II*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 143-163.

MARRERO GARCÍA-ROJO, Á.; BELADIEZ ROJO, M., “Artículo 23”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 673-700.

MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, Á., “La problemática extinción de los contratos de obra o servicio por

- alteraciones de la contrata”, en AA.VV. (AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, n.º 144, 1997, pp. 7-43.
- MARTÍN ARTILES, A., “La empresa-red: un modelo de división del trabajo entre empresas”, *Papers: revista de sociología*, n.º 44, 1994, pp. 87-109.
- MARTÍN MORENO, J. L., *El control de las oposiciones y concursos en el Estado Constitucional*, Liberlex, 2007.
- MARTÍN MORENO, J. L., *El derecho fundamental de acceso a la función pública*, Liberlex, Granada, 2006.
- MARTÍN RAMÍREZ, M. P., “La sucesión empresarial en la Administración Pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 284, 2000, pp. 843-858.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978”, en AA.VV. *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución : ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este temas celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 185-204.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 15. Libertad profesional y derecho a trabajar”, en AA.VV. (Dir.Araceli Mangas Martín) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo.*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 320-331, fecha de consulta en <https://goo.gl/t4pkBj> el 01-12-20.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública”, *Documentación Laboral*, vol. 1, n.º 106, 2016, pp. 63-86.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.; ROJO TORRECILLA, E.; PÉREZ AMORÓS, F., “La modalidad procesal del despido y sus efectos en la Ley de Procedimiento Laboral”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1991, pp. 121-137.
- MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., “Otra virtualidad de las Directivas: su «efecto directo de exclusión»”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 1, n.º 244, 2006, pp. 1-21 pdf descargado, fecha de consulta en www.reei.org el 20 octubre 2020.

- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “La remunicipalización de servicios [Ref. LA LEY 3907/2017]”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 9, 2017, pp. 1-19 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 18 mayo 2017.
- MARTÍNEZ GAYOSO, M. N., “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el ámbito supramunicipal: la experiencia de la Administración local vasca”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.º 43, 2017, pp. 154-190.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las administraciones públicas: algunos ejemplos de las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo asalariado”, *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 7, 2007, Consejo General del Poder Judicial, pp. 179-216.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación [Ref. LA LEY 5831/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1999, pp. 1-40 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D., “¿Cuándo se produce una sucesión de empresa? Distintos orígenes y distintos alcances”, en AAVV (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 61-92.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D., “Cambio de adjudicataria en el servicio de atención telefónica de un ayuntamiento: inexistencia de sucesión de empresa y de sucesión de plantillas y correcta aplicación del artículo 18 del convenio colectivo del contact center [Ref. LA LEY 7424/2012]”, *Anuario Laboral para Abogados 2011*, n.º 1, 2012, pp. 1-11 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D., “Especificidades de la figura de la sucesión de empresas en el marco de las remunicipalizaciones”, en AA.VV. (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 117-174.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D., “La decisiva influencia del derecho comunitario en la sucesión de empresa: la Directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en AA.VV. (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Valencia, 2017, pp. 29-60.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D.; ARRIBAS ARRANZ, R., “Reversión e internalización de contratos en el sector público: ¿ventana de oportunidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2018 de 31 de octubre?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2019, p. RR-7.1/RR-7.7 recurso online, fecha de consulta en la BD Aranzadi ProView el 29-05-19.

- MATÍA PRIM, I.; CASAS BAAMONDE, M. E.; GOÑI SEIN, J. L., “Artículo 40”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1289-1315.
- MAURI I MAJÓS, J., “Els canvis en les formes de prestació dels serveis públics locals després de les darreres reformes de la legislació de règim local. La seva incidència en els drets dels empleats públics”, en *Seminari sobre relacions col·lectives (18ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2016, fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/index.asp?opc=10&anyo=2016> el 17-06-17.
- MAURI I MAJÓS, J., “La irregularidad en el empleo público no permanente y sus medidas de corrección”, en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco) *Defensa del patrimoni públic y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 377-424.
- MAURI MAJÓS, J., “Consecuencias de la remunicipalización sobre el personal”, *Cuadernos de derecho local*, n.º 7, 2017, pp. 79-123.
- MAURI MAJÓS, J., “L’assumpció de personal procedent de canvis en les formes de gestió dels serveis públics”, en AA.VV. (Coord. Juan Ignacio Soto Valle) *El servei públic del cycle de l’aigua*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2018, pp. 317-341.
- MELLA MÉNDEZ, L., “Sucesión de empresa: no existe en la reversión de contratos de limpieza sin asunción de plantilla”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a Mª Emilia Casas Baamonde*2, USC-Servizio de Publicacions e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, pp. 128-135.
- MENÉNDEZ CALVO, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, Consejo Económico y Social España -CES, Madrid, 2009.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M., “Una visión administrativa de los problemas laborales derivados de los cambios en la gestión de los servicios públicos [Ref. BIB 2018/11491]”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 193, 2018, pp. 1-20 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 9 enero 2020.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos [Ref. BIB 2017/10797]”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 194, 2017, pp. 1-37 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 20 noviembre 20.
- MERINO ESTRADA, V., “Los procesos de remunicipalización”, en AAVV (Dir. Eulalio Ávila Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019, pp. 27-108.

- MERINO SEGOVIA, A., “Cesión en la gestión de servicios y asunción de la explotación de una actividad económica por una empresa pública (Sentencia de la Sala Sexta del TJUE, de 26-11-2015, Asunto C-509/2014)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 17, 2016, pp. 1-8 pdf descargado, fecha de consulta 7 julio 2016, en la BD Smarteca.
- MESEGUER YEBRA, J., “El régimen de incompatibilidades de los empleados públicos locales”, en *Seminari d’actualització de Funció Pública Local*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2014, pp. 1-11 pdf descargado, fecha de consulta en http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/seminaris/14.0003/Joquain_Meseguer.pdf el 15 abril 2019.
- MILLÁN MORO, L., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala)- Association de Médiation Sociale, asunto C-176/12”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 49, 2014, pp. 1029-1045.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L., *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MOLINA GARCÍA, M., “Condiciones de acceso al empleo público. Particular referencia a la nacionalidad, la extranjería y la ciudadanía europea”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2001, pp. 143-162.
- MOLINA NAVARRETE, C., “El «último» capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 221-222, 2001, pp. 83-164.
- MOLINA NAVARRETE, C., “«Juego de Tronos» entre «togados comunitarios»: «nuevas batallas» por la «última palabra» en materia sociolaboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 430, 2018, pp. 101-141.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 436, 2019, pp. 5-19.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Transmisión de empresa y sucesión de contratadas: Límites a la autonomía colectiva y dudas de los Tribunales de «última palabra»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 47, 2017, pp. 233-240.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, *Revista de derecho social*, n.º 67, 2014, Bomarzo, pp. 13-44.

- MONEREO PÉREZ, J. L., “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas [Ref. LA LEY 771/2001]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1986, pp. 1-27 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Ibidem, Madrid, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1987.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, 2016, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 251-307.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º Extra 5, 2017, La Ley, p. 2, fecha de consulta 30 diciembre 2017, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6214629>.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; 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.º 53, 2017, pp. 1-28 pdf descargado.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; MORENO VIDA, M. N.; LÓPEZ INSUA, M. M., “Reorganización y modernización de las Administraciones públicas: sucesión laboral”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 22, 2019, pp. 40-58.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; ORTEGA LOZANO, P. G., “La relación laboral en la transmisión de empresas. Sentido y alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6, 2020, pp. 785-804.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; ORTEGA LOZANO, P. G., “Sobre la diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración Pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión «in natura»)", *Revista de Derecho Social*, n.º 84, 2018, pp. 193-216.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; SERRANO FALCÓN, C., *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Documento, Fundación Alternativas, 2010.
- MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996.
- MONTOYA MEDINA, D., “Trabajo en contrataciones e inestabilidad en el empleo”, en AA.VV. (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del*

Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 281-296.

MONTOYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTOYA MEDINA, D.; BLASCO JOVER, C., "Extinción por causas empresariales y descentralización productiva", en Juan (coords.) López Gandía, Angel Antonio Blasco Pellicer (eds.) *Crisis de empresa y derecho del trabajo. IV Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 253-279.

MONTOYA MELGAR, A., "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral", *Revista de Política Social*, n.º 121, 1979, pp. 315-345.

MONTOYA MELGAR, A., "El principio de estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España", *Revista de Política Social*, n.º 118, 1978, pp. 45-67.

MONTOYA MELGAR, A., "El trabajo en la constitución", *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n.º 0, 2004, pp. 9-32.

MONTOYA MELGAR, A., "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 33, 2001, pp. 61-74.

MONTOYA MELGAR, A., "La estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 58, 2005, pp. 135-150.

MONTOYA MELGAR, A., "Las administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7, 2007, pp. 455-518.

MONTOYA MELGAR, A., "Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 93, 2011, pp. 13-46.

MORALES, J., "Estado social y privatizaciones", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 13, 1998, pp. 54-74.

MORATE MARTÍN, L., "Trabajadores indefinidos no fijos en las plantillas públicas y tasa límite de reposición de efectivos: Ley de Presupuestos Generales del Estado 3/2017", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 17, 2017, pp. 1-6 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Smarteca el 12 noviembre 2017.

MORENO GENÉ, J., *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MORENO GENÉ, J., "La integración de estudios universitarios sin transmisión de elementos materiales como supuesto de sucesión empresarial y sus efectos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 5 de marzo de 2015)", *Revista*

General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n.º 41, 2015, pp. 272-306.

MORENO GENÉ, J., *Los grupos de empresas públicas. Identificación del empresario responsable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO GENÉ, J., “Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Madrid, 2001, pp. 421-457.

MORÓN PRIETO, R., “El concepto de transmisión de empresa de la Directiva 77/187/CEE: Divergencias interpretativas entre las decisiones del TJCE y la doctrina del Tribunal Supremo (Comentario a la STJCE de 11 de marzo de 1997)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 7, 1998, pp. 253-262.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo V: La Constitución como norma*, 4ª Edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo X: La Administración del Estado*, 2ª Edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general. Tomo XIV: La actividad regulatoria de la Administración*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

NAVARRO NIETO, F., “Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, 2016, pp. 309-344.

NETTESHEIM, M., “El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 6, 2003, pp. 279-289.

DE NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 93, 2011, pp. 47-76.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Artículo 35”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1185-1209.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Capítulo 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento”, en AA.VV. (Dir. María Emilia Casas Baamonde y Román Gil Alburquerque) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª

Edición, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pp. 97-130.

NORES TORRES, L. E., "El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP.", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 35, 2014, p. 2.

NORES TORRES, L. E., *El trabajo en contratas: la noción de «contrata de propia actividad»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

NORES TORRES, L. E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

NORES TORRES, L. E., "La reversión de contratas en el sector público y sus principales implicaciones laborales", *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho*, n.º 2, 2016, pp. 11-18.

NORES TORRES, L. E., "Los órganos del orden social de la jurisdicción y sus competencias [Ref. TOL3.297.512]", en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer; Coord. Manuel Alegre Nueno) *El proceso laboral (tomo I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1-80 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 25 agosto 2020.

NORES TORRES, L. E., "Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada [Ref. BIB 2016/4852]", *Revista de Información Laboral*, n.º 9, 2016, pp. 1-9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 2 febrero 2017.

OJEDA AVILÉS, A., *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas (el modelo de la Junta de Andalucía)*, Comares, Granada, 1998.

OLÍAS DE LIMA GETE, B., "Cara y cruz de la Externalización", en AA.VV. (Dir. Luis Ortega Álvarez) *Crisis y Externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 37-68.

OLMO GASCÓN, A. M., "La jurisprudencia comunitaria en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas: a propósito de la sentencia de Jules Dethier, de 12 de marzo de 1998", *Revista de Derecho Social*, n.º 2, 1998, pp. 106-117.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario", *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1921, 2002, pp. 2329-2354.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.; ARROYO GIMENEZ, L., "Artículo 128", en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo II*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 832-841.

ORTEGA BERNARDO, J., "La aplicación de las normas de la competencia a los Gobiernos y Administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local", *Información Comercial Española-ICE: Revista de economía*, n.º 876, 2014, pp. 57-74.

- ORTEGA BERNARDO, J., “Los costes del servicio, en especial el suministro de agua. El control de las concesiones”, en AA.VV. (Dir. Eulalio Ávila Cano) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, AEOPAS, Sevilla, 2019, pp. 109-192.
- ORTEGA BERNARDO, J.; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales [Ref. BIB 2016/3226]”, *Revista de Información Laboral*, n.º 6, 2016, pp. 1-32 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 5 enero 2017.
- ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n.º 116, 2003, pp. 241-278.
- ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “Subrogación de la Administración y aplicación de las normas sobre limitación de incorporación de personal al sector público en los supuestos de reversión de contratos o concesiones administrativas”, en AA.VV. (AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018.
- PALOMAR OLMEDA, A., “La oferta de empleo público en la administración local [Ref. BIB 2011/6272]”, en *Tratado de Derecho Local*, 2010, pp. 1-13 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 24 septiembre 2020.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 38”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo 12, 1ª Edición*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 1247-1274.
- PEÑA MOLINA, M., “La «funcionarización» de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 40, 2015, pp. 1-12 pdf descargado, fecha de consulta en la BD lustel el 5 mayo 2019.
- PÉREZ ALCARAZ, S., “Integración de centros sanitarios privados en la red hospitalaria pública y subrogación empresarial [Ref. BIB 1998/1188]”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 71, 1998, pp. 1-6 pdf descargado, fecha de consulta 10 febrero 2016, en la BD Aranzadi Insignis.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contratos constituye sucesión de empresa”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, pp. 95-100.

- PÉREZ DEL PRADO, D., “Correia Moreira: ¿un nuevo Diego Porras?”, en el blog «Foro de Labos» [26-06-19], fecha de consulta 8 agosto 2019, en <https://forodelabos.blogspot.com>.
- PÉREZ TREMPES, P., “La jurisdicción constitucional y la integración europea (Ref. BIB 2009/135)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 29, 2009, pp. 1-28, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 20-11-20.
- PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo público para una nueva Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- PONCE SOLÉ, J., “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 40, 2016, pp. 68-108.
- PRADOS DE REYES, F., “Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (I)”, *Actualidad laboral*, n.º 1, 1990, pp. 187-195.
- PRADOS DE REYES, F., “Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (y II)”, *Actualidad Laboral*, n.º 1, 1990, pp. 197-203.
- PYGEON, M.; McDONALD, D. A.; HOEDEMAN, O.; KISHIMOTO, S., *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas*, Transnational Institute, Ámsterdam, 2013, fecha de consulta en https://www.tni.org/files/download/pigeon-mcdonald-hoedeman-kishimoto_remunicipalizacion_retorno_del_agua_a_manos_publicas_2013_0.pdf.
- QUESADA LUMBRERAS, J.; MAURI MAJÓS, J.; CASTILLO BLANCO, F., “Título III. Aspectos jurídico-administrativos”, en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco; Coord. Francisco Vila Tierno) *Público y privado en la gestión de servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración [Ebook]*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, pp. 113-236.
- QUINTANA LÓPEZ, T.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas [Ref. BIB 2001/744]”, *Repertorio de Jurisprudencia*, n.º 13, 2001, pp. 1-13 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 28 septiembre 2020.
- QUINTANS GARCÍA, J., “«La Administración como empresario. Dos aspectos: la responsabilidad laboral de la Administración en la contratación de obras y servicios y la contratación laboral de trabajadores extranjeros»”, *Cuadernos de derecho local*, n.º 9, 2005, pp. 87-107.
- RAMOS MORAGUES, F., “Delimitación del Sector Público y ámbito aplicativo del EBEP”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 13-54.
- RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral de las administraciones públicas*, La Ley, Móstoles

(Madrid), 2011.

RAMOS MORAGUES, F., “La reversión a la gestión directa de un servicio público y sus implicaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo-ADAPT*, vol. 6, n.º , 2018, pp. 106-138.

RAMOS MORAGUES, F., “Tipología de empleados públicos”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 55-108.

RAMOS QUINTANTA, M. I., *Subcontratación de obras y servicios y transmisión empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007.

RECUERDA GIRELA, M. Á.; FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 32, 2013, Iustel, pp. 1-40 pdf descargado.

DEL REY GUANTER, S.; LUQUE PARRA, M., “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral [Ref. La LEY 5923/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 20, 1999, pp. 1-36 pdf descargado, fecha de consulta 21 diciembre 2015, en la BD La Ley Digital.

DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D.; SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 58, 2005, pp. 221-286.

REYNAERS, A.-M.; NAVARRO, C.; GONZÁLEZ MEDINA, M.; RAMA, J., *La externalización de servicios públicos a nivel local: experiencias, competencias y desafíos de la gestión de los contratos*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2021.

RIVERO LAMAS, J., “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, *Revista de Política Social*, n.º 55, 1962, pp. 29-73.

RIVERO LAMAS, J., “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídicolaboral”, en AA.VV. (Dir. Juan Rivero Lamas; Coord. Ángel L. De Val Tena) *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El «Outsourcing»*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 23-62.

RIVERO LAMAS, J., “Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas: marco general”, en AA.VV. (Coord. Francisco J. Gárate Castro) *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2004, pp. 11-48.

RODRIGO SANBARTOLOMÉ, F. A., *Descentralización productiva y estabilidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- RODRIGO SANBARTOLOMÉ, F. A., “El contrato de trabajo y la finalización de las contrata: el caso particular de la recuperación de servicios previamente externalizados por parte de las Administraciones públicas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 419, 2018, pp. 77-112.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Preparando un nuevo cambio en la regulación de los indefinidos no fijos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2016, RCUUD 755/2015”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 407, 2017, pp. 215-220.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Transmisión de empresas y Derecho europeo”, en AAVV *La transmisión de empresas en Europa*, Ed. Cacucci, Bari, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en Patricia Kurczyn Villalobos, Carlos Alberto Puig Hernández (eds.) *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 733-765, fecha de consulta en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1090/1.pdf>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales [Ref. LA LEY 5964/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 11/12, 2002, pp. 1-24 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 3 febrero 2016.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Encadenamientos de contrata y transmisión de empresas [Ref. LA LEY 6013/2002]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1996, pp. 1-7 pdf descargado.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa”, *RDT*, n.º 39, 1960.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Las relaciones laborales y el cambio de arrendatario de empresa”, *Relaciones Laborales*, vol. I, n.º 10, 1988, pp. 61-67.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Artículo 14. La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo I*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 334-352.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Internalización de actividades sin «sucesión» de plantillas [Ref. LA LEY 3129/2011]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, vol. 1, 2011, pp. 1-12 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 17 diciembre 2015.

- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “Sucesión de empresas y «ius resistentie» del trabajador”, en AA.VV. (dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 363-407.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Contratación”, en AA.VV. (Dir. Miguel Cardenal Carro; Antonio V. Sempere Navarro; Coord. Francisco J. Hierro Hierro) *El personal laboral al servicio de las corporaciones locales*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pp. 197-342.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El fenòmen de la successió empresarial en l’administració pública: contingut i conseqüències de l’aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l’Estatut dels Treballadors*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2010.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”, en *I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, Instituto Politécnico de Leiria-Escola Superior de Tecnologia e Gestao, Leiria, 2012, pp. 269-377, fecha de consulta en <https://iconline.iplleiria.pt/handle/10400.8/778> el 15 marzo 2016.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Garantías de subrogación empresarial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: convergencias y desencuentros con la normativa laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 51, 2018, pp. 1-45 pdf descargado, fecha de consulta en la BD lustel el 3 diciembre 2018.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 29, 2017, pp. 1-27 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 18 mayo 2017.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales”, en AA.VV. (FEMC) *Seminari sobre relacions col·lectives (17ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2015, pp. 137-180, fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/index.asp?opc=10&anyo=2015> el 17-06-17.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contrataciones y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas”, en AA.VV. (Coord. Federico Castillo Blanco) *La reforma del Sector Público*, 2014, pp. 369-421.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 37, 2015, pp. 1-49 pdf descargado.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Reorganización y extinción de estructuras o unidades administrativas”, en AA.VV. (Dir. y Coord. Federico A. Castillo Blanco y José Luis Monereo Pérez) *Reestructuraciones de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y*

laborales, Comares, Granada, 2015, pp. 343-368.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, Somorte-Cenero (Asturias), 2007.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., "El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española [Ref. LA LEY 5876/2002]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2000, pp. 1-13 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., "El concepto de trabajador y el mantenimiento de sus derechos en casos de remunicipalización. Comentario a la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto Correia Moreira", *Revista de Derecho Social*, n.º 88, 2019, pp. 95-117.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.; SÁNCHEZ TEB, E.; SÁNCHEZ-OLLERO, J. L.; DEL-CUBO-ARROYO, E. I., "Título II. Aspectos económicos y organizativos", en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco; Coord. Franciso Vila Tierno) *Manual de remunicipalización de los servicios públicos de agua*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, pp. 47-112.

RODRÍGUEZ SANTOS, E., "La extinción del contrato para obra o servicio determinado por resolución anticipada de una contrata", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 148, 2019, pp. 229-249.

ROJAS RIVERO, G., *La externalización en la Administración Pública. El debate jurisprudencial*, 2016, fecha de consulta en <http://www.iuslaboralistas.com/uploads/2016/10> el 5 febrero 2017.

ROJO TORRECILLA, E., "La afectación del principio constitucional de autonomía local por la disposición adicional vigesimoséptima del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017", en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo [14 mayo 2017]*), fecha de consulta 14 mayo 2017, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

ROJO TORRECILLA, E., "La doble difícil tarea del jurista: investigar qué normas cambian con la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y además qué significa el cambio (o qué pretenden sus redactores). Una nota a la disposición final cuadragésima segunda de la LPGE 2018 ¿No", en su blog (*El nuevo y cambiante mundo del trabajo [13 julio 2018]*), fecha de consulta 20 julio 2018, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

ROJO TORRECILLA, E., "La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y

Estudios, Madrid, 2000, pp. 45-142.

ROJO TORRECILLA, E., “Ley 3/2017 de 28 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. Una breve nota sobre la disposición transitoria tercera (“Reorganizaciones del sector público y recursos humanos”).”, *en su blog (El nuevo y cambiante mundo del trabajo [11 julio 2017])*, fecha de consulta 15 julio 2017, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

ROJO TORRECILLA, E., “Organismos autónomos que se extinguen y subrogación del personal por la Corporación Local. Notas a la sentencia del TS (C-A) de 11 de diciembre de 2018”, *en su blog (El nuevo y cambiante mundo del trabajo [15 enero 2019])*, fecha de consulta 20 agosto 2020, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

ROJO TORRECILLA, E., “Proyecto de ley de Presupuestos Generales del Estado 2017. Texto comparado (PL, ponencia, comisión de presupuestos, pleno del Congreso de los Diputados) de la disposición adicional vigésima séptima (“Limitaciones a la incorporación de personal laboral al”, *en su blog (El nuevo y cambiante mundo del trabajo [06 junio 2017])*, fecha de consulta 6 junio 2017, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

ROJO TORRECILLA, E., “Siguen (casi en la misma línea que en casos anteriores) las aportaciones del TJUE sobre los efectos jurídicos de la contratación temporal contraria a derecho y los límites al empleo fijo en el sector público. Notas a la sentencia de 11 de febrero de 2021”, *en su blog (El nuevo y cambiante mundo del trabajo [14 febrero 2021])*, fecha de consulta 17 febrero 2021, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

ROJO TORRECILLA, E., “Sucesión de empresa y responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. Notas a la importante sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17). Aplicación del art. 44 de la LET y no del art. 14 del convenio colectivo de empresas de seguridad”, *en su blog (El nuevo y cambiante mundo del trabajo [12 julio 2018])*, fecha de consulta 13 julio 2018, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>.

ROJO TORRECILLA, E., “UE. Nueva, e importante, sentencia del TJUE en su supuesto de remunicipalización. Sobre el concepto de trabajador y sus derechos, y de transmisión de centro de actividad. Notas a la dictada el 13 de junio de 2019 (asunto C-317/18).”, *en su blog (El nuevo y cambiante mundo del trabajo [14 junio 2019])*, fecha de consulta 15 junio 2019, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

ROJO TORRECILLA, E., “Una contrata de 14 años, o la desvirtuación del contrato para obra o servicio. A propósito de la “reorientación” jurisprudencial. Notas a la sentencia del TS de 19 de julio de 2018”, *en su blog (El nuevo y cambiante mundo del trabajo [03 octubre 2018])*, fecha de consulta 18 junio 2019, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es>.

ROQUETA BUJ, R., *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ROQUETA BUJ, R., *El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de*

Contratos del Sector Público, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

ROQUETA BUJ, R., *La contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019.

ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ROQUETA BUJ, R., “Las bases de las convocatorias de estabilización. Sistemas selectivos, méritos, pruebas y notas de corte. Límites y posibilidades”, en AA.VV. (Dir. Joan Mauri i Majós) *Seminari sobre relacions col·lectives (21ª edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2019, pp. 10-62, fecha de consulta en http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/publicacions/2019/SRC_A4_2019.pdf el 15-12-20.

ROQUETA BUJ, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos: recursos humanos*, n.º 442, 2020, pp. 23-61.

SAHÚN PACHECO, R., *Riesgo operacional y servicio público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

SALA FRANCO, T., “Acerca de los derechos de los trabajadores en casos de reversión en la gestión de servicios públicos por las administraciones públicas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 2, 2018, pp. 202-206.

SALA FRANCO, T., “Dudas que plantea la aplicación de las Directivas comunitarias 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre traspasos de empresas, y 99/70/CE, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 7, 2020, pp. 951-958.

SALA FRANCO, T., “Efectos laborales de la transmisión de empresas: Normas comunitarias y Derecho español”, *Actualidad laboral*, n.º 32, 1987, pp. 1753-1765.

SALA FRANCO, T., “El acceso al empleo público laboral”, en AA.VV. (Coord. Ángel Arias Domínguez y José Manuel Rodríguez Muñoz) *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 20-48.

SALA FRANCO, T., *La incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

SALA FRANCO, T., “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos [Ref. LA LEY 1082/2005]”, *Actualidad laboral*, vol. 1, 2005, pp. 1-23 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

- SALA FRANCO, T., “Trasmisión de empresa derivada del rescate de una concesión administrativa”, en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, pp. 115-127.
- SALA FRANCO, T.; ALTÉS TÁRREGA, J. A., “La contratación del personal laboral en la administración local”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n.º Extra 112, 2008, pp. 39-143.
- SALA FRANCO, T.; BLASCO PELLICER, A.; ALTÉS TÁRREGA, J. A., *La negociación colectiva en el empleo público*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- SALA FRANCO, T.; GOERLICH PESET, J. M., “La sucesión de empresa en la Administración Pública”, *Poder Judicial*, n.º 8, 1987, pp. 1-5 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant online el 25 septiembre 2017.
- SALA FRANCO, T.; PEDRAJAS MORENO, A., *Contratas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades [Ref. TOL870.307]*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 10 febrero 2016.
- SALA FRANCO, T.; PEDRAJAS MORENO, A., “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 385-412.
- SALA FRANCO, T.; PEDRAJAS MORENO, A., “Sucesión de contratas y transmisión de empresa. A propósito de la STS, 4ª, de 27 de octubre de 2004 [Ref. TOL528.906]”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, n.º 14, 2005, pp. 1-6 pdf descargado, fecha de consulta 19 febrero 2016, en la BD Tirant Online.
- SALCEDO BELTRÁN, M. C., *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- SAN MARTÍN AGUILAR, L. F., “Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 43, 1997, pp. 37-76.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y., “Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial STJUE (Sala Primera) de 11 de abril de 2019 (asunto C-603/17)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 3, 2019, pp. 1-8.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y., “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque positivo”, 2017, Universidad Complutense de Madrid, fecha de consulta en <https://eprints.ucm.es/45390/>.

- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M. Y., “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en AAVV (Dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 137-176.
- SÁNCHEZ DÍAZ, J. L., “Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas”, *Poder Judicial*, n.º 45, 1997, pp. 445-477.
- SÁNCHEZ GARCÍA, A., “Las medidas correctoras del abuso de la temporalidad de los empleados públicos en España”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2020, pp. 161-206.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Artículo 103”, en AA.VV. (Dir. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde) *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución. Tomo II*, 1ª Edición, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 452-471.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Capítulo Décimo. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en AA.VV. (Dir. Miguel Sánchez Morón) *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 396-417, fecha de consulta en https://books.google.es/books/about/Comentarios_a_la_Ley_del_Estatuto_Básic.html?hl=es&id=P8lnKb44Hg0C (12-12-20).
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Capítulo Primero. Objeto y ámbito de aplicación”, en AA.VV. (Dir Miguel Sánchez Morón) *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 44-81, fecha de consulta en https://books.google.es/books/about/Comentarios_a_la_Ley_del_Estatuto_Básic.html?hl=es&id=P8lnKb44Hg0C (12-12-20).
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública [Ebook]*, 13ª Ed., Tecnos, Madrid, 2020.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, en AA.VV. (Dir. Óscar Alzaga Villaamil) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II*, Ed. Edersa, Madrid, 1997, pp. 665-679. Disponible online en <https://app.vlex.com>.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Reflexiones sobre las vinculacones constitucionales en materia de empleo público”, *Autonomies: revista catalana de dret públic*, n.º 24, 1999, pp. 11-36.
- SÁNCHEZ PÉREZ, P., “El trabajador ante la sucesión de contratas: visión transversal de sus posibilidades de actuación”, en AA.VV. (AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018, p. Panel I. n.º 23.
- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “Condiciones de subrogación en contratos de trabajo. El artículo 130

de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º n.º 8, 2018, pp. 870-881.

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública”, 2004, Universidad Autónoma de Madrid.

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M., “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, *Documentación laboral*, n.º 106, 2016, pp. 97-118.

SANGUINETI RAYMOND, W., “¿Hacia un Derecho del Trabajo de las redes empresariales?”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 17, 2016, pp. 1-5 pdf descargado, fecha de consulta 7 julio 2016, en la BD Smarteca.

SANGUINETI RAYMOND, W., “Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, en AAVV (Coord. Ricardo Escudero Rodríguez) *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1-16 pdf descargado, fecha de consulta en <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/art-suc-contratas-observatorio-wsr.pdf> el 7 junio 2019.

SANGUINETI RAYMOND, W., “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, n.º 36, 2006, Bomarzo, pp. 1-30 pdf descargado, fecha de consulta 30 junio 2016, en <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/descentralizacion-productiva.pdf>.

SANGUINETI RAYMOND, W., “Duración del contrato de trabajo y vigencia de la contrata”, *Trabajo y Derecho*, n.º 25, 2017, pp. 1-4 pdf descargado, fecha de consulta en en la BD Smarteca el 1 marzo 2017.

SANGUINETI RAYMOND, W., “El contrato temporal para obra o servicio determinado y su causalidad en la negociación colectiva [Ref. RI 4012789]”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 3, 2003, pp. 1-22 pdf descargado, fecha de consulta en la BD lustel el 15 di iembre 2019.

SANGUINETI RAYMOND, W., “El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma [Ref. 2351/2004]”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2004, pp. 1-18 pdf descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

SANGUINETI RAYMOND, W., “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de derecho social*, n.º 39, 2007, pp. 21-50.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Comentario al artículo 23 de la Constitución”, en AA.VV. (Coord. Fernando Garrido Falla) *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pp. 292-297.

- SANTOR SALCEDO, H., "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades", en AAVV (Dir. Juan Rivero Lamas y Ángel L. De Val Tena) *Descentralización Productiva y Responsabilidades Empresariales. El «Outsourcing»*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 187-218.
- SANZ, A., "Las privatizaciones. Algunos aspectos generales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, n.º 13, 1998, pp. 19-52.
- SARRIÓN ESTEVE, J., "La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo", *Criterio Jurídico*, vol. 9, n.º 1, 2009, pp. 39-53.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., "La subrogación convencional", en AAVV (Dir. Javier Gárate Castro y Yolanda Maneiro Vázquez) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M^a Emilia Casas Baamonde*, USC-Servizio de Publicacions e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2020, pp. 171-184.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., "La sucesión de contratadas como subrogación empresarial [Ref. BIB 1997/805]", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. I, n.º 13, 1997, pp. 1-6 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 19 diciembre 2015.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., "Nulidad del despido colectivo fraudulento [Ref. BIB 2014/1444]", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º n.º 3, 2014, pp. 1-9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 12 diciembre 2019.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., "Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas", *Aranzadi social*, n.º 5, 2002, pp. 107-124.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; ARETA DÍAZ, M., *Sucesión de empresa: contratadas, subcontratadas y otros supuestos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- SERRANO OLIVARES, R., "A vueltas con la delimitación del supuesto de hecho de la transmisión de empresa. Comentario a la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (Güney- Görres), asuntos acumulados C-232/04 y 233/04", *Iuslabor*, n.º 1, 2006, pp. 1-8 pdf descargado.
- SERRANO OLIVARES, R., "Internalización de servicios y adaptación de las condiciones de trabajo del personal subrogado", en AA.VV. (Dir. Joan Mauri i Majós) *Seminari sobre relacions col·lectives (19^a edició)*, Federació de Municipis de Catalunya, Barcelona, 2017, pp. 1-43 pdf descargado, fecha de consulta en <http://formacio.fmc.cat/09/index.asp?opc=10&anyo=2017> el 15-12-19.
- SERRANO OLIVARES, R., "La noción de «empresa» a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1997, pp. 1-27 pdf

descargado, fecha de consulta 3 febrero 2016, en la BD La Ley Digital.

SERRANO OLIVARES, R., “Los fenómenos de descentralización productiva en las Administraciones Públicas: aspectos de derecho individual del trabajo”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Madrid, 2001, pp. 937-968.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “La delimitación del contrato para obra o servicio determinado en la negociación colectiva y la jurisprudencia [Ref. RI 409332]”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 22, 2010, pp. 1-21 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Iustel el 22 octubre 2016.

SOLER ARREBOLA, J. A., *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SORIANO CORTÉS, D., *Las contrataciones en el derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Megablum-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mairena del Aljarafe (Sevilla), 2007.

SOSA WAGNER, F., “Empleados públicos: festival de leyes”, *Diario El Mundo (20-09-2007)*, acceso a través de L. Fernández Delpuech, Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad... , cit., p. 259.

DE SOTO RIOJA, S., “Sucesión de empresas y contrataciones: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional [Ref. TOL5.537.089]”, en AA.VV. (Coord. Jesús Cruz Villalón) *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: Causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1-47 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Tirant Online el 2 febrero 2017.

SUAREZ CORUJO, B., “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, *Documentación Laboral*, vol. III, 2017, pp. 93-102.

TALÉNS VISCONTI, E. E., “La reversión de servicio público y la subrogación de trabajadores cuando los elementos patrimoniales son de titularidad de la Administración Pública”, en AA.VV. (Coord. Mercedes López Balaguer) *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 383-394.

TAPIA HERMIDA, A., “Efectos sucesorios laborales en los supuestos de transmisión de parte de una empresa o de parte de un centro de actividad (Comentario a la STJCE, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2009, asunto C-466/07, Dietmar Klarenberg Ferroton Technologies GmbH)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 315, 2009, pp. 165-190.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “El acceso de los extranjeros no comunitarios al empleo en la Administración Pública”, en AA.VV. (AEDTSS) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*

Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2001, pp. 971-988.

- TEROL GÓMEZ, R., “El contrato de servicios”, en AAVV (Coords. Alberto Palomar Olmeda y Otros) *Comentarios a la Ley de contratos del sector público: adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 897-982.
- THIBAUT ARANDA, X. J. B., “El régimen de incompatibilidades del personal laboral”, en AA.VV. (Dir. Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer) *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 941-992.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Acerca del despido nulo por fraude de ley”, en Tomás Sala Franco, Eva López Terrada, Adrián Todolí Signes (eds.) *Jurisprudencia Social a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 63-75.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Alternativas a considerar en caso de «exceso» de mano de obra tras una reversión de un servicio público”, en AA.VV. (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 239-254.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Reversión de servicios públicos y relevancia de los elementos patrimoniales para la sucesión de empresa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2017, rec. 2612/2016”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 417, 2017, pp. 222-227.
- TODOLÍ SIGNES, A., “Situación laboral de los trabajadores tras una sucesión de empresa según la entidad receptora del servicio”, en AA.VV. (Dir. Adrián Todolí Signes; Coord. David Martínez Saldaña) *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 219-238.
- TORNOS MAS, J., “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, n.º 200, 2016, pp. 193-211.
- TORNOS MAS, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pp. 32-49.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J., “La sucesión de empresa y la extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. (dir. Joaquín García Murcia) *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales: un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 409-450.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Las modificaciones llevadas a cabo en la contratación temporal por la Ley 35/2010 [Ref. BIB 2011/435]”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 150, 2011, pp. 1-44 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 2 mayo 2020.

- TREVIÑO PASCUAL, M., "El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 52, 2019, pp. 457-494.
- TREVIÑO PASCUAL, M., "Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 47, 2017, pp. 126-166.
- TRONCOSO REIGADA, M., "Algunos problemas que suscitan las transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 46, 1991, pp. 277-310.
- UREA CORRES, M., "Las Directivas y la obligación de interpretación conforme del derecho nacional: el alcance de la obligación y el dies a quo. Comentario a la sentencia del TJCE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, as. C-212/04 [Ref. RI 405721]", *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 11, 2006, pp. 1-19 pdf descargado e, fecha de consulta en la BD lustel el 30 octubre 20.
- DE VAL ARNAL, J. J., "El caso del 010 del Ayuntamiento de Zaragoza como ejemplo de la dificultad de la vuelta a la gestión directa de las contrataciones de servicios", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 164, 2019, pp. 53-69.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo [Ref. LA LEY 6099/2002]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2001, pp. 1-7 pdf descargado, fecha de consulta 29 junio 2016, en la BD La Ley Digital.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2001.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., "Las garantías colectivas en la transmisión de empresa [Ref. LA LEY 5918/2002]", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 11/12, 2002, pp. 1-22 pdf descargado, fecha de consulta en la BD La Ley Digital el 30 junio 2016.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R., "Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 417, 2017, pp. 179-205.
- VALLINA VELARDE, J. L., "Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 39, 1962, pp. 463-486.
- VÁZQUEZ COBOS, C.; PALMA FERNÁNDEZ, J. L.; SANTAMARÍA PASTOR, J.; CUESTA DE LOÑO, P.; FERNÁNDEZ PUYOL, I.; GARCÍA OTERO, M. Á., *La división del objeto en lotes*, 2017, fecha de consulta en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/10/Grupo-de-Contratos-del->

Sector-Público-101-1.pdf.

VÁZQUEZ ORGAZ, J., “La eficacia directa de las directivas comunitarias”, *Derecho.com* (15-02-02), 2002, p. recuperado el 20-11-19 de <https://www.derecho.com/a>.

VEGA LÓPEZ, J., “Ampliación al empresario cesionario mediante el procedimiento incidental del art. 236 LPL. Extensión de la ejecución a sujetos que no han sido parte en el proceso declarativo”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho*, n.º 809, 1998, pp. 1-5 pdf descargado, fecha de consulta en la BD El Derecho-Francis Lefebvre el 04 mayo 20.

VELA DÍAZ, R., “El personal «indefinido no fijo» y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 404, 2016, pp. 15-40.

VELA DÍAZ, R., “La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 en materia de políticas de empleo: una visión de conjunto desde la perspectiva laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 415, 2017, pp. 147-170.

VICENTE ANDRÉS, R., “La eficacia directa de las Directivas comunitarias y su incidencia en el orden jurisdiccional social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 46, 2018, pp. 143-162.

VICENTE PALACIO, A., “Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (cambio de doctrina)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 1, 2019, pp. 1-7 pdf descargado, fecha de consulta en la web del BOE el 5 mayo 2020.

VICENTE PALACIO, A., “De nuevo sobre el alcance del concepto de transmisión de empresa a la luz de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 5, 2019, pp. 1-9 pdf descargado, fecha de consulta en la web del BOE el 5 diciembre 2019.

VICENTE PALACIO, A., *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

VICENTE PALACIO, A., “El objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de vigilancia y seguridad: contratas mercantiles y concesiones administrativas”, *Documentación laboral*, n.º 47, 1995, Ediciones Cinca, pp. 117-136.

VICENTE PALACIO, A., “Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 5, 2020, pp. 1-11 pdf descargado el 05-08-20 de la web del BOE., fecha de consulta en la web del Boe el 5 agosto 2020.

VICENTE PALACIO, A., “Transmisión de empresa y concesiones administrativas: necesidad de que la concesión lleve aparejada la entrega de la infraestructura empresarial básica [Ref. BIB

1999/976]”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 8, 1999, pp. 1-9 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 16 diciembre 2015.

VIDA SORIA, J., “Prólogo”, en José Luís Monereo Pérez *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1987, pp. 21-23.

VILA TIERNO, F., “Algunas consideraciones sobre las posibles consecuencias extintivas en caso de acceso irregular a la Administración Pública”, en AAAVV (Coord. José Manuel Gómez Muñoz) *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público. XXXIII Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2015, pp. 239-252.

VILA TIERNO, F., “Título I. Antecedentes y estado actual. El enfoque desde la ciencia política”, en AA.VV. (Dir. Federico Castillo Blanco; Coord. Francisco Vila Tierno) *Público y privado en la gestión de servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración [Ebook]*, 1ª Edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2019, pp. 25-46.

VILA TIERNO, F.; GÓMEZ SALADO, M. Á., “Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 21, 2019, pp. 6-19.

VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 2, 2014, pp. 79-98.

VILLAR ROJAS, F. J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pp. 96-106.

VIÑUALES FERREIRO, S., “La reordenación del sector público andaluz desde la perspectiva jurisprudencial (A propósito de la STC 236/2015, de 19 de noviembre) [Ref. BIB 2016/85747]”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 181, 2016, pp. 1-23 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 11 noviembre 2020.

VIVERO SERRANO, J. B., *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VIVERO SERRANO, J. B., “El acceso al empleo público en régimen laboral [Ref. BIB 2009/873]”, *Revista española de derecho administrativo*, n.º 143, 2009, pp. 1-22 pdf descargado, fecha de consulta en en la BD Aranzadi Insignis el 30 septiembre 2020.

WOLLMANN, H., “La experiencia de los ordenamientos europeos : ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?”, *Cuadernos de derecho local*, n.º 31, 2013, pp. 70-80.

- YAGÜE BLANCO, S., “A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado [Ref. BIB 2019/6130]”, *Nueva Española de Derecho del Trabajo*, n.º 220, 2019, pp. 1-20 pdf descargado, fecha de consulta en la BD Aranzadi Insignis el 30 noviembre 2020.
- YAGÜE BLANCO, S., *Cláusulas de cesión de derechos de propiedad intelectual en los convenios colectivos laborales*, Tirant lo Blanch, València, 2017.
- YAGÜE BLANCO, S., “Entre subrogación convencional y transmisión de empresas: la sucesión de plantillas”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 52, 2019, pp. 37-55.
- YAGÜE BLANCO, S., “La sucesión de empresa en la reinternalización de actividades públicas: el supuesto de hecho”, 2017, Universitat de València, València.
- YAGÜE BLANCO, S., “Reversión de actividades externalizadas en el sector público y sucesión de empresa. Algunas cuestiones en torno a la delimitación del supuesto de hecho”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9, 2018, pp. 991-1009.
- YAGÜE BLANCO, S., “Reversión de contratos públicos. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 40, 2018, pp. 81-92.
- YAGÜE BLANCO, S.; ALTÉS TÁRREGA, J. A., “Reversión de contratos públicos y sucesión de empresas a la luz de las nuevas LCSP y LPGE 2017”, en AA.VV. (AEDTSS) *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 2: CD*, Ediciones Cinca, Madrid, 2018.

Dret del Treball i de la Seguretat Social

