

LIMITACIONES A LA INCORPORACIÓN DE PERSONAL LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO. REGLAS DE SUBROGACIÓN Y EMPLEO PÚBLICO

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria
lourdes.lopez@unican.es

RESUMEN

La Ley de Presupuestos Generales ha incluido una limitación que afecta a los trabajadores de aquellas contratas o concesiones que finalizan su vigencia o son rescindidas por la Administración. En los actuales procesos de reversión, esta norma tiene una incidencia directa toda vez que podría significar la limitación -incluso prohibición- de estas decisiones. No obstante, la ley admite la aplicación de las garantías laborales derivadas de la sucesión de empresa. Este análisis plantea las claves para interpretar una norma aparentemente contradictoria, incluso con la posibilidad de que se cree una nueva figura, la del trabajador no empleado público.

Palabras clave: Reversión, subrogación, garantías laborales, empleado público, limitación a la contratación

ABSTRACT

The annual General Budget Law has included a limitation that affects the workers of those contracts or concessions who finish his force or are rescinded by the Administration. In the current reversion processes, this rule has a direct impact since it could mean limiting - even prohibition - these decisions. However, the law admits the application of the labor guarantees derived from the company succession. This analysis raises the keys to interpret a seemingly contradictory norm, even with the possibility of creating a new figure, that of the worker not public employee.

Keywords: Reversion of services, subrogation, labor guarantees, public employee, hiring's limitations.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2017 Y SU NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO. 2. PRIVATIZACIÓN Y REVERSIÓN DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPALES EFECTOS LABORALES. 2.1. La polémica aplicación de las normas de sucesión de empresas en la sucesión de contratadas. 2.1.1. La insistencia europea en aplicar las garantías laborales cuando la actividad continúa. 2.1.2. Sucesión de plantillas y transmisión de servicios, no sólo de empresas. 2.2. Los diferentes tipos de subrogación según el origen normativo, convencional o contractual de la misma. 2.3. La reducción del volumen de contratación de una contratada a la siguiente: el recurso al despido objetivo. 3. REVERSIÓN DE ACTIVIDAD O SERVICIO A LA GESTIÓN DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN. 3.1. Inexistencia de sucesión de empresa cuando el servicio contratado revierte a la empresa principal con sus propios medios y personal. 3.2. Inaplicación de la subrogación convencional por entender que la Administración no es parte del Convenio sectorial. 3.3 La aparente contradicción entre aplicar las normas de la subrogación empresarial e impedir la incorporación del personal subrogado a la plantilla de la empresa entrante. 3.3.1. La prohibición de incorporar y consolidar en el sector público a los trabajadores de los contratistas o de los concesionarios. 3.3.2. Sobre la capacidad para contratar trabajadores de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales. 3.3.3. El mantenimiento de las reglas derivadas de la subrogación empresarial. 3.3.4. La aparente contradicción entre aplicar las normas de la subrogación empresarial e impedir la incorporación del personal subrogado. 3.3.4.1. *Soluciones ya ensayadas: la condición de "personal a extinguir".* 3.3.4.2. *La incorporación a sociedades públicas mercantiles para*

facilitar la subrogación. 3.3.4.3. La aparición de una nueva figura, la del trabajador subrogado no empleado público.

1. INTRODUCCIÓN. LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2017 Y SU NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

1. La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 (Ley 30/17, 27 jun., BOE, 28, en adelante, LPGE/17) intenta ejercer una cierta contención sobre algunos de los efectos de las nuevas tendencias de contratación y gestión de los servicios públicos, sin advertir que la regulación introducida no está exenta de dificultades aplicativas que bien pudieran generar más problemas que soluciones.

En concreto, son tres las disposiciones susceptibles de análisis en este estudio. En primer lugar, la DA 15^a LPGE/17 que recoge el régimen de contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales. En virtud de la misma, estas sociedades y/o entidades podrán proceder a la contratación de nuevo personal pero con limitaciones. Estas últimas no serán de aplicación 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 entidad pública empresarial o sociedad mercantil. Los contratos celebrados generarán derecho a seguir percibiendo, desde la fecha de su celebración, el complemento de antigüedad en la misma cuantía que se viniera percibiendo en el departamento ministerial, organismo público, sociedad, fundación o consorcio de procedencia.

En segundo término, merece especial consideración la DA 26^a LPGE/17 sobre la limitación a la incorporación de personal laboral al sector público. Y, así, y con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del art. 2 de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en

adelante, EBEP), 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 art. 2.3 de la Ley 40/15, 1 oct., BOE, 2 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; y 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. No obstante, la norma indica que a todos estos trabajadores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Y, finalmente, la DA 34ª LPGE/17 en la que se establece la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral. En este sentido, 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 53/84, de 26 de diciembre, BOE, 4 ene.85 de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y

cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

2. La creciente tendencia a privatizar la gestión de servicios públicos, descentralizando la gestión directa de los mismos a través de empresas privadas (bibliotecas, aguas, hospitales, limpieza, etc.) ha observado, en los últimos tiempos y como consecuencia de la distinta tendencia política de gobiernos municipales y/o autonómicos, una sensible conversión, propiciando la reversión de dichos servicios al ámbito público ¹. Del mismo modo que el futuro de los trabajadores que desempeñaban las tareas luego privatizadas se antojaba difícil, el de aquellos trabajadores que ejercían las labores ahora revertidas tampoco parece fácil. Las empresas privadas adjudicatarias de contratos públicos que finalizan pueden observar que o bien la Administración decide licitar de nuevo el servicio o bien pasa a asumir directamente la gestión del mismo. La convergencia de normas administrativas y laborales resulta inevitable, como también, en ocasiones, las dificultades aplicativas.

Procede, pues, considerar el alcance de esta reforma, sin desconocer cuáles han sido las líneas de evolución más próximas en cuanto a los efectos laborales de la subcontratación en el ámbito público, en particular la aplicación de las reglas de subrogación empresarial en materia de contratos y/o concesiones.

¹ Vid., por todos, ALFONSO MELLADO, C., "La reversión a la gestión directa de servicios públicos. Problemas laborales", *El Cronista*, Iustel, 2017, pp.22-35.

2. PRIVATIZACIÓN Y REVERSIÓN DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPALES EFECTOS LABORALES

2.1. LA POLÉMICA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE SUCESIÓN DE EMPRESAS EN LA SUCESIÓN DE CONTRATAS

2.1.1. La insistencia europea en aplicar las garantías laborales cuando la actividad continúa

En principio, el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET) prevé su aplicación para todo supuesto de subrogación empresarial o transmisión de empresas, también cuando la empleadora tiene naturaleza pública. Sabiendo que dicho precepto transpone la Directiva 2001/23, 12 mar., DOUE, 22 mar. sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas y puesto que el art. 1.1.c) de dicha norma dispone que la Directiva resulta de aplicación "a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro", la aplicación de la norma laboral resulta ineludible ⁽²⁾.

Pero, para que se apliquen las garantías laborales de la subrogación del art. 44 LET, debe existir una transmisión de empresas en los términos previstos en la norma. En la prestación de servicios -ya sea servicios o actividades propias que la Administración descentraliza o ya se trate de la gestión de servicios públicos-, el cumplimiento de los

² Algunas de las reflexiones aquí manifestadas han sido anticipadas en otros análisis previos, tales como "Adjudicación de contrata pública como consecuencia de la fusión de dos contratas de mantenimiento anterior. Despido (objetivo), extinción (por condición resolutoria) o terminación (por finalización de obra o servicio) del contrato de trabajo", Noviembre, 2015, "Licitación pública y compromiso de pago del salario mínimo interprofesional en toda la cadena de servicio", Noviembre, 2015, "Sucesión empresarial con garantía de empleo", Mayo, 2016, "Contrata versus cesión ilegal de trabajadores en el sector público", Junio, 2016, "Sucesión de plantilla: si se impone por Convenio Colectivo, el régimen jurídico aplicable es el del Convenio y no el de la norma legal", Octubre, 2016, "Inexistencia de sucesión de empresa cuando el servicio contratado revierte a la empresa principal con sus propios medios y personal", Septiembre, 2016, "Indemnización por cese en el empleo público ante la cobertura de la plaza ocupada", Abril, 2017, entre otros y difundidos todos ellos en www.gomezacebo-pombo.com.

requisitos propios de la transmisión empresarial pueden no apreciarse con nitidez. Así, el Estatuto de los Trabajadores alude a la necesidad de transmitir 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 accesorio. Comoquiera que cuando la Administración o las empresas del sector público descentralizan su actividad a una empresa privada o, a la inversa, cuando esta última debe revertir el servicio a aquéllas, lo que suele transmitirse es personal y no tanto elementos materiales, la aplicación del art. 44 LET en el ámbito público no resulta del todo pacífica.

Y, así, inicialmente, mientras que el Tribunal Supremo solía exigir la transmisión de elementos materiales, de una infraestructura necesaria para la realización de la actividad, no considerando que existiera cuando únicamente se transmitía plantilla, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea subrayaba la continuidad de la actividad productiva como elemento clave para garantizar los derechos laborales, independientemente de cuáles fueran los medios – materiales o personales- a transmitir. En esta línea, el Tribunal de Justicia avalaría la necesidad de aplicar la Directiva tanto cuando existe transmisión de medios como cuando se produce una mera transmisión de plantilla.

Exigirá, no obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizar todas las circunstancias de hecho, 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 edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (STJUE 9 de Septiembre de 2015, asunto C-160/2014; asunto Ferreira da Silva). De hecho, la importancia decisiva de los elementos materiales o personal deberá atribuirse a los distintos criterios según la actividad ejercida e incluso

según los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (entre otras, SSTJUE 15 de diciembre de 2015, C-232/04, asunto Güney-Göres y Demir, 6 de marzo de 2014, C-458/12, asunto Amatori y otros, o 20 de noviembre de 2003, C-340/01, asunto Abler y otros).

También para este Tribunal el elemento objetivo de transmisión exige que la misma se produzca sobre un conjunto organizado e individualizado de medios de producción con capacidad para continuar la explotación. Eso significa que, si el nuevo empresario necesitara bienes muebles o inmuebles para llevar a cabo su prestación de servicios, no habría duda alguna en admitir que se produce una transmisión de empresa. Sin embargo, repara en otro elemento igualmente relevante como es el de la continuidad de la actividad. Cuando se conservan las facultades organizativas de forma inalterada y hay cambio de titular empresarial, entonces se produce una auténtica transmisión de empresas, al margen de la traslación de elementos materiales (STJUE 29 de julio de 2010, asunto C-151/09, asunto Uribe). De este modo, el criterio determinante para decidir si la entidad traspasada mantiene su identidad o no es principalmente que la explotación se mantenga o se reanude en función de los distintos criterios según la actividad ejercida e incluso según los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate, tal y como se indicara.

2.1.2. Sucesión de plantillas y transmisión de servicios, no sólo de empresas

El supuesto más frecuente en la sucesión de contrata es que la actividad o el servicio de la Administración pase de una empresa privada a otra empresa privada. Finaliza una contrata o concesión y la Administración decide volver a licitar. Y, así, cuando se trata de transmitir una mera "prestación de servicios" (contrata y, por tanto, cuando se

produce una sucesión de contratas) los tribunales del orden social han sido reacios a admitir que exista una "transmisión de empresas" a efectos laborales puesto que lo que se "transmite" no es una empresa (conjunto de medios organizados) sino un mero servicio que presta una empresa (3). Pero se trata de una afirmación no exenta de matices.

En primer lugar, porque se tiende a sobredimensionar la finalidad perseguida por el legislador laboral que considera "garantías por cambio de empresario" todo lo regulado en los arts. 42, 43 y 44 LET por lo que prevalece el interés de la "continuidad" de la relación laboral -que no del contenido de la misma- aunque se produzcan vicisitudes en la figura del empresario. En segundo término, que, en el caso del art. 44 LET, su aplicación está supeditada a la que se haga de la Directiva 2001/23 en la que tiene su base, lo que supone tener en consideración la interpretación que los tribunales -y, especialmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- realice de dicha norma. Y, en tercer lugar, que la consideración clásica sobre la necesidad de transmitir medios materiales o personales para apreciar transmisión de empresas está siendo superada por la exigencia de considerar, en cada caso concreto, cómo delimitar la "entidad económica que mantenga su identidad" y que no siempre ha de estar supeditada al tradicional concepto de empresa, por lo que basta con transmitir el "servicio" o la mera "unidad de negocio" para considerar que se lleva a cabo una transmisión de empresas.

De hecho, el Tribunal Supremo viene considerando ya desde su STS 27 oct.04, Ar. 7202 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. Por el contrario, si la actividad exige, además, material e instalaciones, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma a un

³ Un exhaustivo estudio sobre la sucesión de empresa, en esta misma revista, DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Subrogación convencional e sucesión legal de empresas", *Revista Galega de Dereito Social*, núm.2, 2016, pp. 1-34.

importante número de trabajadores no se consignará una sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad.

Con mucha más contundencia, en la STS 12 de julio de 2010, Ar. 6798 el Tribunal Supremo señalaría que *"...si bien la doctrina de la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contrataciones con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 -reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008 - para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que "en determinados 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" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando "el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea" (FJ 2). En idéntica línea, la STS 10 de julio de 2014, Ar. 4774 considerará que, "en definitiva, no pueden confundirse los conceptos de "contrata" y transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, pues se trata de contratos de naturaleza y contenido diferentes, dado que el primero no*

requiere la transmisión de los elementos patrimoniales necesarios para configurar una estructura empresarial, organización empresarial que en principio tiene el contratista. Y, como señala la referida sentencia, la mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 ET cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada, pero la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone sí se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados "sucesión de plantillas", en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En los supuestos de "sucesión de plantillas" las obligaciones que impone el artículo 44 ET operan en el ámbito en que esta sucesión tenga lugar, esto es a nivel de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en la que se asuma la mayor parte de la plantilla" (FJ 3).

La doctrina se ha ido perfilando y consolidando en los últimos años. Y, así, como señalara el Tribunal Supremo en STS 5 de marzo de 2013, Ar. 3649, la doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el art. 44 LET exige diferenciar entre el hecho o acto de la transmisión de empresa y el objeto de la misma. En relación a este último, se establecen las siguientes premisas: a) se requiere un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común que puede constituir una entidad económica [objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa] cuando no existen otros factores de producción; b) por el contrario, no se considerará que hay sucesión de empresa si la actividad de que se trate 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; y c) el mantenimiento de la

identidad del objeto de la transmisión supone tanto que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente" como que luego "se reanude".

Así pues, la norma general será que la transmisión de empresas exige transferir elementos personales y materiales organizados para llevar a cabo una actividad productiva por lo que, en ausencia de dicha transmisión, no cabe aplicar las normas propias de la sucesión empresarial. Ahora bien, excepcionalmente, cuando la nueva empresa continúa desempeñando la misma actividad que la anterior y contrata a gran parte de los empleados de la misma, si ese conjunto de empleados tiene entidad económica autónoma, puede hablarse de sucesión de empresa cuando sucede en la actividad y en la plantilla, figura denominada "sucesión en la plantilla" que se produce en los supuestos en los que la actividad descansa sustancialmente en la utilización de mano de obra, no siendo relevantes los medios materiales (STS 27 de enero de 2015, Ar. 471). Es más, incluso cuando se mantiene la actividad o el servicio cabe considerar transmitido este último o la unidad de negocio de la empresa.

En el caso particular de sucesión de contrataciones o concesiones como "sucesión de plantillas" se destacan las siguientes características: a) la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y b) 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. En el supuesto de sucesión de contrataciones de servicios auxiliares, que afecta a muchos centros de trabajo dispersos por el territorio nacional, la subrogación empresarial por sucesión de plantillas opera en el ámbito en el que dicha sucesión tenga lugar, esto es a nivel de la empresa o de parte de ella o centro de actividad (STS 12 de marzo de 2015, Ar. 1312)

Con todo, en una de sus más recientes decisiones, el Tribunal Supremo subraya que, en principio, ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 LET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación (STS 7 de abril de 2016, Ar. 1702).

2.2. LOS DIFERENTES TIPOS DE SUBROGACIÓN SEGÚN EL ORIGEN NORMATIVO, CONVENCIONAL O CONTRACTUAL DE LA MISMA

Ante la dificultad de acudir a la subrogación legal derivada del art. 44 LET por las dudas que puede plantear si existe o no en estos casos una transmisión de empresa, los sectores en los que se suelen suceder las contrataciones han optado, como es sabido, por imponer la subrogación de plantilla a través del Convenio Colectivo. De esta forma, los efectos subrogatorios, en atención a las peculiares características de la actividad definida en el ámbito de aplicación de cada Convenio, vendrán condicionados por lo dispuesto en el mismo aun cuando se mantenga la referencia al art. 44 LET como regulación subsidiaria en todo aquello que no haya sido establecido convencionalmente.

Resulta frecuente, por lo demás, que, a diferencia de la normativa legal, se especifique en este caso que la transmisión puede no ser sólo de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma sino que se incluye la transmisión de una "unidad de explotación, comercialización o producción de la actividad o parte de la misma". Sentido en el que, como se precisara, avanza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para imponer la aplicación de la Directiva 2001/23.

Con todo, una de las principales polémicas aplicativas a este respecto es si la subrogación convencional ha de aplicarse en sus propios términos, esto es, tal y como señala el Convenio Colectivo o, una vez que se adopta la decisión convencional de que existe subrogación, las garantías

laborales han de ser las contenidas en el art. 44 LET sin excepción. Ocurre así, fundamentalmente, cuando el Convenio Colectivo exime de una serie de responsabilidades a la empresa entrante que sí se recogen en las normas legales como consecuencia de la sucesión de empresas.

En estos términos se expresa la STS de 7 de abril de 2016, Ar. 1702. A diferencia de lo que ocurre con la sucesión de plantillas -supuesto en el que el empresario entrante se hace cargo de todo o de parte de la plantilla voluntariamente y, como consecuencia de ese hecho, se aplicará el art. 44 LET-, en este caso "la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata" (FJ 2). Como señala la citada sentencia "la continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que ha de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes, como aquí se ha hecho. Son los propios agentes sociales quienes, concedores de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto (subrogación en determinados contratos, obligaciones del empleador entrante con alcance pautado). La tarea de los órganos jurisdiccionales, en consecuencia, no es la de enjuiciar la bondad material o social de sus previsiones sino el ajuste a las normas de Derecho necesario y en tal empeño consideramos que la sentencia de instancia alberga doctrina acertada" (FJ 4).

Conviene precisar, a los correspondientes efectos futuros, que este pronunciamiento contiene una serie de votos

particulares en los que se refleja que esta tesis no resulta pacífica. Básicamente la oposición a la tesis mayoritaria surge al considerar que, una vez que la empresa entrante asume la plantilla -sea de forma voluntaria o forzosa-, se impone la aplicación del art. 44 LET en su totalidad sin que pueda admitirse la aplicación del Convenio Colectivo salvo que resulte más beneficioso. Y, así, *"no cabe olvidar, por otra parte, que conforme al art 3.5 ET, los trabajadores no pueden disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, de manera que éstas se mantienen en todo caso y por encima de todo, lo que es extrapolable incluso a las situaciones en que son los representantes legales de dichos trabajadores los que asumen una posición contraria a ello vía convenio colectivo, de tal modo que sea éste el que regule de modo decididamente diferente o contrario lo establecido con ese carácter obligatorio por un precepto legal, como es, en este caso, el referido art 44. 3 ET, por lo que dicho convenio no puede convertirse en una "coartada" para justificar una "derogación", más o menos solapada, del precepto legal so pretexto de alguna razón tan teóricamente poderosa como difusa en la práctica cual es el referido mantenimiento del empleo"* (Voto Particular Primero, FJ 5). Es más, *"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 ET, lo que es de aplicación al asunto controvertido"* (Voto Particular Segundo, FJ 2).

Nada impide, por lo demás, que la subrogación en derechos y obligaciones nazca no de la ley ni del Convenio Colectivo sino del propio contrato o, en el caso del sector público, de los propios pliegos de condiciones.

De hecho, tal y como establece el art. 120 del RD-Leg. 3/11, 14 nov., BOE, 16 que recoge la Ley de Contratos del Sector Público, en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador

en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, 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 éste.

Por lo tanto, deberá precisarse si los Convenios Colectivos sectoriales prevén la subrogación convencional y constituirá una obligación de la Administración tal advertencia. De no existir una previsión convencional, será la Administración la que habrá de consignar si se produce o no una sucesión de empresas y cuáles son los contratos afectados. A tal fin, será necesario valorar si la actividad se basa en un uso intensivo del factor humano, teniendo la infraestructura material una menor relevancia, llegando incluso a precisarse, en algunos pliegos de condiciones, la advertencia expresa de inexistencia de sucesión empresarial.

2.3. LA REDUCCIÓN DEL VOLUMEN DE CONTRATACIÓN DE UNA CONTRATA A LA SIGUIENTE: EL RECURSO AL DESPIDO OBJETIVO

En el desarrollo de las contrataciones del sector público, se ha planteado, con cierta frecuencia, el problema de contrataciones de servicios -con obligación legal o convencional de subrogarse en la plantilla- cuyo pliego de condiciones en los contratos públicos reducen el volumen de trabajadores necesarios para llevarlas a cabo en relación a contrataciones anteriores.

Como es sabido, se considera válida la contratación laboral para obra o servicio cuyo objeto sea la realización de una

actividad contratada con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca la contrata. Para que la contratación se ajuste a la ley, los servicios concertados entre empresa principal y auxiliar deberán tener la consistencia, individualidad y sustantividad propias del artículo 15.1.a) LET. También es conocida la posibilidad que la norma laboral establece para despedir de forma objetiva (con indemnización de veinte días de salario por cada año trabajado con un límite de doce mensualidades y sin procedimiento previo alguno) cuando existen causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, de acuerdo con el artículo 52.c) LET.

El Tribunal Supremo viene interpretando que, mientras se trate del mismo contratista, esto es, mientras el titular de la contrata (sea por prórroga o por nueva adjudicación) sea el mismo, no procede extinguir la relación laboral por lo que el acuerdo entre contratistas para poner fin a la contrata antes de finalizar la obra no puede justificar la extinción de la relación laboral. Tampoco cabe apreciar que la decisión unilateral de la empresa pueda admitirse como causa válida de extinción, ni siquiera cuando se trate de una resolución parcial del encargo de la empresa cliente (entre otras, STS 14 jun.07, Ar. 5479).

Sin embargo, en numerosas sentencias, el Tribunal Supremo ha señalado que la reducción del volumen de actividad encomendado por una empresa comitente a otra auxiliar sí puede justificar la extinción de cierto número de contratos por circunstancias objetivas al amparo del art. 52.c) LET (despido objetivo) pero no la extinción al amparo del art. 49.1.c) LET (extinción de contrato temporal por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o del servicio prestado), preceptos que disponen regímenes indemnizatorios diversos.

Ciertamente la empresa comitente puede disponer que la contratista destine a la ejecución de la contrata un menor número de operarios que los inicialmente requeridos pero este hecho no autoriza a la empleadora a dar por finalizada la relación laboral con los trabajadores puesto que lo

contrario supondría dejar al arbitrio de una sola de las partes (el empleador) la apreciación acerca de la validez y el cumplimiento del contrato, en contra de la prohibición expresa del artículo 1.256 del Código Civil (SSTS 10 jun.08, Ar. 5149, 8 nov.10, Ar. 388 y 16 jul.14. Ar.4426).

Y, así, el Tribunal Supremo no admite que la terminación anticipada de la contrata por acuerdo de las empresas implicadas constituya válida causa de terminación de la relación laboral, situando la solución en las normas del despido improcedente (SSTS , 12 jun.08, Ar. 4447 y 2 jul.09, Ar. 6067). La mejor solución, entiende el Tribunal, sería la de plantear un ajuste proporcional de plantilla a través del despido objetivo o, en su caso, del despido colectivo. De ahí que pronunciamientos como los contenidos en la STS 8 jul.11, Ar. 6270 acepten expresamente la procedencia del despido objetivo basado en la rescisión de la contrata en la que el trabajador prestaba sus servicios sin que conste la existencia de vacante en la empresa donde poder reubicarlo.

Eso no significa que no hayan sido admitidos algunos supuestos de extinción. Así, en la STS 18 dic.12, Ar. 1474 se aceptó la validez del sistema de cese, por orden de antigüedad, para poner fin a los contratos para obra o servicio determinado cuando se produce una reducción del objeto de la contrata siempre que medie la garantía de la negociación colectiva y siempre que en el sector se justifique por los diferentes "vaivenes contractuales".

Otra posible solución sería acudir a una condición resolutoria pactada desde el principio consignando una cláusula que previera la resolución de la relación laboral al finalizar la contrata de prestación de servicios entre empresas en virtud del artículo 49.1.b) LET (causas válidamente consignadas en el contrato de trabajo salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario). Bien es cierto que también ha obrado el Tribunal Supremo con cautela al entender que cuando se pacta la terminación del contrato de trabajo por "resolución" de la contrata no se está incluyendo la

minoración del encargo por parte de la empresa comitente (STS 12 jun.08, Ar. 4447). Habiéndose descartado asimismo la licitud de una cláusula genérica que condicione la duración del contrato a la descontratación total o parcial del servicio por decisión de la empresa principal o comitente (STS 8 nov.11, Ar. 7265).

Por lo demás, la STS 8 jul.14, Ar. 1014 ha recordado que el artículo 49.1.b) LET permite que el contrato de trabajo incorpore "causas" que actúen al modo de condiciones resolutorias pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral sino que deben realizarse una serie de adaptaciones. En concreto, la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que puedan ser encuadrados en otros ámbitos del artículo 49.1 LET. Y, así, señala el Tribunal, no serviría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes o la anudara a la desaparición de la persona jurídica de la empleadora o la referida a la ineptitud del trabajador. En todos estos casos, y otros muchos, prevalece una tipicidad prioritaria de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que posean un mejor encaje. De hecho, la STS 3 febr.10, Ar. 1433 consideraría nula la condición resolutoria pactada en un contrato de trabajo indefinido que vinculaba su subsistencia a la duración de la elaboración de cada producto encargado por las empresas clientes pues con ella la empresa pretendía eludir, en fraude de ley, el tratamiento indemnizatorio más favorable para el trabajador previsto en los artículos 52 y 53 LET.

Además, el artículo 49.1.b) LET exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad cede necesariamente en estos casos y se reputa cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa. Por lo demás, procede poner de manifiesto que si el contrato para obra o servicio posee como causa natural de

terminación la realización de una obra o servicio, ex artículo 49.1.c) LET, sería erróneo pensar que por vía del artículo 49.1.b) cabe introducir nuevos motivos extintivos, vinculados a la minoración o terminación parcial de la contrata. Por lo que, si puede entenderse realizada la obra o servicio objeto del contrato, estaremos ante la terminación natural del contrato temporal mientras que, en caso contrario, podrá haber motivo para acudir al ajuste de actividad por otras vías, ya sean éstas modificativas o suspensivas, incluyendo las extintivas del despido objetivo o colectivo pero no desplazando el juego de estas últimas a través de las condiciones resolutorias que, si se hubieran pactado, colisionarían con la arquitectura del artículo 49 LET y los derechos del trabajador.

Más recientemente, la STS 22 oct.15, rec.3504/14 ha tenido que enfrentarse a este supuesto, si bien no ha resuelto el recurso planteado en unificación de doctrina al decidir no entrar en el fondo del asunto por estimar inexistente la contradicción entre la sentencia objeto de recurso (Cantabria) y la que se apunta como contradictoria (Andalucía).

En el supuesto concreto, la nueva contrata surge como consecuencia de la fusión o agrupación de dos contratas anteriores con idéntica actividad, atendidas por empresas adjudicatarias distintas, cada una de ellas con una plantilla independiente de trabajadores y en las que hubo de subrogarse, en su totalidad, la nueva adjudicataria. El importe de la contrata se redujo en un 30% pese a lo cual la nueva adjudicataria se subroga en la totalidad de la plantilla anterior. Con posterioridad, la adjudicataria procede a despedir objetivamente a los trabajadores alegando causas organizativas (exceso de plantilla) cuando, en realidad, es la adversa situación económica general del sector y sobre todo el menor volumen económico de la contrata lo que justifica el despido.

La reducción es, por tanto, consecuencia de la fusión de dos contratas en una si bien las nuevas necesidades eran perfectamente conocidas por la empresa demandada que,

pese a ello, acudió voluntariamente a la licitación, por lo que "no se trata de circunstancias nuevas ni sobrevenidas para ella sino iniciales y originarias de esa posterior licitación, no produciéndose así cambio alguno en los sistemas o métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, máxime si se tiene en cuenta que la decisión extintiva empresarial se produce quince días después de la subrogación" (FJ 3). Una situación que se estima totalmente distinta a aquella en la que el pliego de condiciones contempla expresamente la reducción de personal a fin de mantener la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla, quedando la empresa autorizada expresamente a reducir el personal.

Ciertamente, una empresa puede recurrir al despido objetivo de sus trabajadores por varias razones, entre otras y de acuerdo con el artículo 52 c) LET, por circunstancias de naturaleza económica, tecnológica, organizativa o productiva tales como las recogidas para el despido colectivo siempre que el número de trabajadores afectados sea inferior del previsto para este último. En algunos de los supuestos contemplados en el artículo 52 para proceder al despido objetivo se utiliza el término "sobvenido" (por ejemplo, la ineptitud del trabajador que justifica el despido objetivo ha de ser sobrevenida a su colocación efectiva), condición que no se exige en relación al artículo 52 c) LET citado.

De ahí que bastaría con cumplir las condiciones exigidas para aplicar las causas económicas, tecnológicas, organizativas o productivas a las que se refiere el artículo 52 c) por remisión al artículo 51.1 LET para admitir el despido objetivo, también en el caso de la sucesión de contratas. De este modo, si se desprende una situación económica negativa para la empresa o se producen cambios en los medios o instrumentos de producción o en el ámbito o los sistemas de trabajo o en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, se entenderá justificado el recurso a dicho despido.

Pero cuando, como sucede en buena parte de los supuestos, la empresa concurre a la licitación a sabiendas de que no va a necesitar a todos los trabajadores con que cuenta la fusión de las dos contrata que operaban anteriormente y, pese a ello, y pese a la disminución del importe destinado al servicio de la nueva contrata, concursa en condiciones que podrían haber expulsado de la elección a otros competidores, procediendo con posterioridad al despido de uno o varios trabajadores, las causas aludidas no se justifican pues se requiere –aunque no lo indique expresamente el precepto sino en otros apartados– que dichas circunstancias "sobrevengan" a la situación previa de la empresa, no que conozca las mismas y aún así actúe por cuanto tal forma de proceder sería contraria a la buena fe.

3. REVERSIÓN DE ACTIVIDAD O SERVICIO A LA GESTIÓN DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN

3.1. INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA CUANDO EL SERVICIO CONTRATADO REVIERTE A LA EMPRESA PRINCIPAL CON SUS PROPIOS MEDIOS Y PERSONAL

La tendencia inversa, esto es, cuando la Administración decide asumir directamente la actividad o servicio descentralizado previamente y opta por desarrollarlo con personal propio, provoca asimismo dificultades laborales aún no definitivamente resueltas.

Ante tal realidad caben dos opciones interpretativas. Por una parte, puede considerarse que no se producen, en tales supuestos, la transmisión de los sustanciales elementos productivos para el desarrollo de la actividad empresarial. No existe transmisión del conjunto sustancial de elementos productivos que permita observar la actividad como unidad organizada autónoma y susceptible, sin complemento, de desarrollo independiente. Tampoco se aprecia continuidad en la organización del trabajo de las personas que atienden el servicio en tanto no se efectúa la contratación de trabajadores *ad hoc* sino que la principal organiza el servicio con medios personales propios.

Bien al contrario, cabría admitir que sí se efectúa una sucesión de empresas pues, atendiendo a lo expuesto anteriormente y con base en las decisiones judiciales europeas, lo importante es que se mantenga la actividad o el servicio, independientemente de otros factores, prevaleciendo aquí la sucesión en la prestación del servicio, que continuará desarrollándose.

El Tribunal Supremo parece haber optado por la primera de las tesis expuestas (STS 9 feb.16, Ar. 1197), criterio que ha consolidado posteriormente en su STS 12 jul.16, Ar. 3391. Al finalizar la contrata, la empresa comunica a la Administración la obligación de asumir los contratos de los trabajadores, a lo que aquélla se opone manifestando su interés por prestar el servicio con personal propio. Y, en estas condiciones, y atendiendo al hecho de que no ha existido ningún traslado de la principal, se estima que no existe sucesión empresarial y, por ende, ninguna obligación de subrogarse en la plantilla correspondiente.

Una solución basada en una serie de consideraciones. La primera, que no se trata de una sucesión empresarial impuesta por el Convenio Colectivo aplicable. En segundo término, que no se cumplen ninguno de los requisitos contenidos en el artículo 44.1 y 44.2 del Estatuto de los Trabajadores o en el artículo 1.1.a) y b) de la Directiva 2001/23 desde el momento en que no afecta la transmisión a 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 accesoria"*, cuando quien revierte el servicio no se hace cargo de activos materiales ni inmateriales de la empresa saliente. Y, en tercer lugar, que no se produce sucesión de plantilla en los términos acuñados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, así, aunque se trate de una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, en un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, y que a los efectos de la Directiva podría ser considerada como una entidad económica, si no existe asunción de trabajadores, no se produce tal sucesión.

Como precedente para llegar a esta conclusión se señala la STJUE 22 ene.11, asunto C-463/09, asunto *C/cece*. En dicho pronunciamiento se aborda la asunción del servicio subcontratado por una entidad pública con su propio personal sin aceptar ningún trabajador de la empresa saliente.

En la medida en que, en determinados 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, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, incluso después de su transmisión. Ocurrirá así cuando el nuevo empresario no se limite a continuar con la actividad de que se trata sino que además se haga cargo de una parte esencial, 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 (STJUE 24 ene.02, asunto C-51/00, asunto *Temco*).

No obstante, y si bien es cierto que una actividad puede descansar básicamente sobre la mano de obra a efectos de la determinación de la sucesión empresarial, también lo es que esta última exige que la entidad económica mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate. De ahí que, si la empresa principal (normalmente, una entidad pública) decide contratar personal nuevo sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa, el único vínculo entre las actividades ejercidas por la empresa de servicios y las asumidas por la entidad pública será el objeto de la actividad de que se trata. Mas, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por la empresa y la ejercida por la entidad pública sean similares o incluso idénticas, no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica (STJUE 10 dic.16, asuntos C-

127/96, C-229/96 y C-74/97, asunto *Hernández Vidal y otros* y STJUE 10 dic.18, asuntos C-173/96 y 247/96, asuntos *Hidalgo y otros*).

Por lo que procede concluir que la identidad de una entidad económica que descansa esencialmente en la mano de obra no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. Y que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera reversión a la entidad pública de la actividad antes subcontratada no basta por sí misma para imponer la subrogación empresarial (STJUE 22 ene.11, asunto C-463/09, asunto *Clece*)

Se trata de un pronunciamiento importante porque reafirma, en supuestos como el descrito, que el elemento determinante para aplicar o no la sucesión empresarial es el hecho de que la empresa no se hace cargo del personal de la contratista. Trabajadores estos últimos que, en su caso, deberán ser despedidos por aquélla sin asumir responsabilidad alguna la principal. Y porque se añade a otros pronunciamientos en los que también se descarta la subrogación cuando revierte el servicio en la principal (entidad o Administración pública), ésta efectúa el mismo con personal propio y meses después decide subcontratarlo de nuevo (puesto que esto supondría que la nueva contratista debería subrogarse en el personal propio del sector público).

Esta tesis ha sido matizada, no obstante y con posterioridad, en la STJUE 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14, asunto *ADIF*. Insiste la misma en que la Directiva 2001/23 abarca todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales. Por eso, considera de aplicación la Directiva a una situación en la que una empresa que confía a otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin

al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma dichas tareas (STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09, asunto Clece).

En este supuesto, la citada doctrina sirve para defender que la Directiva 2001/23 se considera aplicable a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato y explotar ella misma esa actividad con su propio personal. Y, así, 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 esa Directiva. Aunque los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trate no hayan dejado de pertenecer al cesionario en ningún momento privaría a la Directiva de una parte de su efectividad. Por consiguiente, el hecho de que la empresa pública no se hiciera cargo de los trabajadores de la empresa contratada no basta para excluir que la entidad económica de que se trata en el litigio principal haya mantenido su identidad y no permite negar, por tanto, la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la citada Directiva.

3.2. INAPLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL POR ENTENDER QUE LA ADMINISTRACIÓN NO ES PARTE DEL CONVENIO SECTORIAL

Cuando se produce la reversión, se tiende a hacer efectiva la subrogación en la plantilla de las empresas contratadas, si no es a través de la subrogación legal, mediante la subrogación convencional. En efecto. Si se trata de actividades o servicios que, en el ámbito privado, se encuentran regidos por Convenios Colectivos sectoriales que imponen dicha modalidad de subrogación, la Administración

o las empresas del sector público no están exentas del cumplimiento de esa cláusula convencional si van a dispensar servicios en ese mismo sector. Pero esta tesis ha sido rechazada por el Tribunal Supremo al interpretar que los Convenios Colectivos sectoriales no resultan aplicables a la Administración puesto que ésta no ha participado en su negociación, por lo que, en caso de reversión, la subrogación convencional no procede.

De hecho, el Tribunal Supremo entiende que el Convenio Colectivo no puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Porque el hecho de que una empresa asuma la limpieza de sus locales con medios propios no la convierte en una empresa de limpieza de edificios y locales ajenos, ámbito de aplicación propio del Convenio Colectivo. Es más, cuando la limpieza pública de las calles se realiza por una empresa contratista que cesa en la contrata de ejecución del servicio y vuelve a asumirlo el Ayuntamiento contratista, el servicio puede realizarse "con personal no laboral" por lo que no cabe aludir a una subrogación empresarial.

Y esto es así porque, en un sector profesional, la subrogación de personal se impone *"entre quienes se sucedan, mediante cualquiera de las modalidades de contratación de gestión de servicios públicos, contratos de arrendamiento de servicios o, de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional del presente convenio"*, precisando en el art. 52 que *"la subrogación de personal 'operará en todos los supuestos de sustitución de contratas (...)', siendo evidente que el Ayuntamiento que tenía adjudicado el servicio de limpieza viaria a una empresa del sector, cuando rescinde dicha adjudicación y asume directamente la ejecución del servicio público, no actúa como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior."* (STS 17 jun.11, Ar. 5423, FJ 2). Por lo tanto, aunque el Convenio Colectivo resulte aplicable a los trabajadores y se prevea la

subrogación, esta última no va a ser posible si el servicio efectuado revierte a la Administración.

Por lo tanto, no cabe sino concluir que, si la subrogación convencional en tales casos no procede, únicamente podrá establecerse la subrogación legal en los términos previstos en el art. 44 LET.

Como señala la STS 30 may.11, Ar. 5818 a tal fin deberá plantearse (reversión del servicio de la grúa municipal) no sólo si los medios patrimoniales deberán revertir *ex lege* a la Administración sino si fueron aportados inicialmente por esta última. En el caso concreto, los medios no habían sido aportados por el Ayuntamiento sino por la primera empresa concesionaria por lo que se concluye que sí existe sucesión empresarial y, por ende, subrogación en los contratos laborales. Ahora bien, si hubiera sido la Administración la que hubiera aportado inicialmente los elementos patrimoniales no se produciría el supuesto previsto en el art. 44 LET en caso de que se decidiera a asumir de forma directa la prestación del servicio.

3.3. LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE APLICAR LAS NORMAS DE LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL E IMPEDIR LA INCORPORACIÓN DEL PERSONAL SUBROGADO A LA PLANTILLA DE LA EMPRESA ENTRANTE

3.3.1. La prohibición de incorporar y consolidar en el sector público a los trabajadores de los contratistas o de los concesionarios

Como se señalara al inicio de este análisis, la DA 26ª LPGE/17 ha introducido recientemente una serie de limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.

Desde la entrada en vigor de la misma y con vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del art. 2 EBEP no podrán considerar como empleados públicos de su art. 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público, con carácter general a los trabajadores de los contratistas de

concesiones de obras o servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el art. 2.3 de la Ley 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. Tampoco podrán incorporar 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. Sin embargo, la norma indica que a todos estos trabajadores les serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

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 anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan en estos términos no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

La norma presupuestaria -eminentemente temporal pues regula una serie de medidas de duración anual- incluye una cláusula como ésta de vigencia indefinida. Esto significa que la decisión adoptada por el legislador no se circunscribe a situaciones puntuales que se desarrollen durante el año en curso sino que se trata de un régimen jurídico permanente y perdurable, hasta, en su caso, su posterior modificación. Por supuesto, el interés es claro y radica en 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.

Precisamente constituye éste uno de los aspectos que más rechazo ha suscitado en los grupos parlamentarios de la oposición durante su tramitación. Se explicita, a través del

mismo, que se trate de una medida dirigida expresamente a neutralizar el intento de reversión (principalmente, remunicipalización) de los servicios públicos al objeto de impedir su gestión directa. Y se reprocha que, con esta medida se impida, *de facto*, la capacidad de optar por recuperar la gestión de modelos antes privatizados, lo que supone una paralización a las decisiones adoptadas en este sentido principalmente en el ámbito local, también en el autonómico y, en menor medida, a nivel estatal. Y, en tanto la incidencia es mayor en el ámbito municipal, se considera un ataque al principio de autonomía consagrado en el art. 140 de la Constitución en virtud del cual se garantiza la autonomía de los municipios, su gobierno y administración. Los municipios se hallan obligados a organizar la prestación de servicios públicos con criterios de rentabilidad económica y mejora social pero normas como la que aquí se analiza impiden adoptar la mejor decisión en este sentido. Finalmente, se entiende que esta decisión del legislador resulta contraria al mandato de la Ley 27/13, 27 dic., BOE, 30, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local sobre la eficiencia en la prestación de los servicios públicos. La eficiencia, el ahorro de costes, la mejor calidad del servicio se hallan tras el planteamiento de la reversión como justificación general, objetivos que se estiman ahora truncados con esta disposición.

No obstante, conviene considerar lo establecido en la DT 3ª LPGE/17 cuando matiza la aplicación de esta DA 26ª. Lo hace en relación a lo dispuesto en el apartado 1.B de la misma [(1.b)] referido al personal laboral que presta servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. En estos casos, no se considerará de aplicación lo establecido en la citada DA 26ª LPGE/17 al personal laboral fijo de las entidades del sector público que se integre en su Administración pública de adscripción, como consecuencia de la aplicación de procesos de integración en su régimen laboral previstos en una norma con rango de Ley con anterioridad a la entrada en vigor de

esta norma y siempre que dicho personal haya sido seleccionado con la garantía de los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad y tenga la titulación académica requerida para el acceso a la categoría en la que se produzca la integración.

Esta DA 26ª LPGE/17 regula las limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público. En algunos casos, podría considerarse que se refiere exclusivamente a la incorporación del personal a las Administraciones Públicas pero no parece que sea ésta la intención. En primer lugar, porque el título de este precepto ya indica que la limitación se aplica a la incorporación de personal laboral "al sector público". Y, en segundo término, porque la citada norma tiene un primer apartado que recoge términos generales de aplicación para los dos supuestos que va a regular (trabajadores de contratistas o concesionarios y personal laboral de sociedades o entidades públicas) y en ese apartado general alude tanto a las Administraciones Públicas como a las entidades de derecho público.

Bien es cierto que lo hace diferenciando la prohibición de "considerar" empleados públicos del art. 8 EBEP en las "Administraciones Públicas" respecto de la prohibición de "incorporar" en dicha condición en una "Administración Pública o en una entidad de derecho público" a dichos trabajadores pero, en todo caso, el ámbito de aplicación es el sector público y no sólo las Administraciones Públicas. Conviene matizar, no obstante, que la referencia a ambas situaciones es deliberada. No "considerar" y no "incorporar" responde a dos situaciones diferentes. La primera alude a la extensión de la condición de empleado público – fundamentalmente, indefinido no fijo- como consecuencia de una contratación laboral cuya vigencia se mantiene en el tiempo pese al cambio de empleador o que ha sido efectuada con algún tipo de irregularidad mientras que la segunda alude a una incorporación derivada de una obligación *ope legis* que, con esta nueva norma, se neutraliza (básicamente, la aplicación del art. 44 LET). Apunta más a una cuestión de consolidación en el empleo público que de incorporación al mismo por cuanto podrá ser

"considerado" empleado público sin integrarse en su plantilla, tras la creación de la astuta figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

Con todo, conviene matizar que la limitación opera sobre las Administraciones del art. 2 EBEP. Estas Administraciones engloban tanto a la Administración General del Estado como a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las entidades locales, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas.

Cabría interpretar, por tanto, que la no "consideración" afecta únicamente a las Administraciones Públicas y la no "incorporación" tanto a éstas como a las entidades de derecho público pero se trata de una distinción con poca eficacia toda vez que, si son trabajadores de empresas ajenas a la Administración, su "consideración" como empleado público pasaría por su "incorporación" como tal y es precisamente lo que esta norma prohíbe, tanto que se "consideren" como se "incorporen", para evitar cualquier tipo de distinción entre uno y otro supuesto.

Mayor trascendencia tiene que la prohibición abarque a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público pero no a las empresas del sector público porque eso significa que sí se puede proceder a "considerar" o a "incorporar" a estos trabajadores en empresas de tal naturaleza. Nada impide, pues, que este personal pueda ser incorporado a otras empresas del sector público que no compartan esta calificación ni se incluyan en la clasificación del citado art. 2 EBEP.

En efecto. Como es sabido, las empresas públicas pueden ser, por regla general, de dos tipos, ex art. 84 Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles de mayoritario capital público o mixtas, en las que se integran capital público y privado. Aquéllas, las entidades públicas empresariales, se rigen en el ámbito laboral por las normas

de derecho privado propias pero también cuentan con personal funcionario y están supeditadas asimismo a la normativa administrativa del resto de organismos públicos de la Administración. Al integrar el concepto de Administraciones Públicas, los procesos de contratación deberán cumplir los requisitos administrativos específicos, señalando el art. 106 Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que el personal laboral no directivo deberá seleccionarse previa convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Distinta es, sin embargo, la consideración de las sociedades públicas mercantiles en las que adquiere un mayor protagonismo el derecho privado, con alguna excepción.

3.3.2. Sobre la capacidad para contratar trabajadores de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales

Esta prohibición contrasta con la permisividad -limitada-aplicable a las sociedades mercantiles públicas y -también- a las entidades públicas empresariales para contratar "nuevo personal". En virtud de la DA 15ª LPGE/17, no se podrá proceder a la contratación de personal temporal, excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, o cuando se lleven a cabo en los términos del artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por su parte, las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales que gestionen servicios públicos o realicen actividades públicas sometidas a tasa de reposición tendrán, como máximo, la tasa de reposición establecida para el respectivo sector, siempre que quede justificada la necesidad de esa tasa para la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad. De no ser así, para aquellas sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales distintas a las anteriores que hayan tenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del cien por cien de su tasa de reposición. Si no hubieran

obtenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del sesenta por cien de su tasa de reposición. Adicionalmente, podrán realizar, exclusivamente para procesos de consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del quince por ciento de su tasa de reposición.

En todo caso, en el supuesto de sociedades mercantiles y entidades públicas empresariales estatales, la contratación indefinida de personal requerirá informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública, así como del accionista mayoritario. Asimismo, la contratación temporal en las citadas sociedades y entidades públicas empresariales, requerirá la previa autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública.

Por la Secretaría de Estado de Función Pública se podrán establecer bases o criterios de actuación comunes en los procesos selectivos, con el fin de hacer efectiva la aplicación de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, así como la implantación del procedimiento electrónico. A tal fin, las sociedades mercantiles y entidades públicas empresariales estatales deberán remitir al Ministerio de Hacienda y Función Pública, junto con la solicitud de autorización de la masa salarial, información relativa a todo el personal temporal que ha prestado servicios en el ejercicio anterior, detallando el número de jornadas anualizadas y el coste de las mismas.

Excepcionalmente, el Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública, podrán autorizar, por encima de los límites anteriormente señalados, las contrataciones que resulten necesarias para dar cumplimiento a aquellos instrumentos de planificación estratégicos que sean aprobados por el accionista mayoritario y que hayan sido informados favorablemente

por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Sin embargo, esta DA 15ª LPGE/17 reconoce expresamente que estas limitaciones no serán aplicables 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 entidad pública empresarial o sociedad mercantil. Los contratos celebrados al amparo de esta previsión generarán derecho a seguir percibiendo, desde la fecha de su celebración, el complemento de antigüedad en la misma cuantía que se viniera percibiendo en el Departamento ministerial, Organismo Público, sociedad, fundación o consorcio de procedencia.

Describe así esta norma procesos de reestructuración dentro del sector público, al que sí le resultan de aplicación íntegramente las garantías propias de la sucesión empresarial -reconocimiento expreso de la antigüedad y, derivada de la misma, el resto de condiciones-. No en vano, este apartado se refiere a una "relación preexistente", siempre que sea "fija e indefinida" -por tanto, incluyendo a los trabajadores indefinidos y a los indefinidos no fijos, no a los temporales que verán extinguidos sus contratos a su finalización o, en su caso, convertidos en indefinidos- y proveniente tanto de una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil que ahora "transfieren" a este personal pero dentro del sector público.

Nada nuevo, por lo demás, a lo que ya venía siendo una regla consolidada en los procesos de reestructuración públicos y, eso sí, con dos matices. El primero, que se trata de una "contratación", aunque sobre la misma nada se señale en relación a si se computa o no en cuanto a tasa de reposición -previsiblemente como la relación ya existía no se considere "nueva" pese a que se modifique la entidad o sociedad empleadora-. Y, la segunda, que se intenta diferenciar expresamente los efectos de esta "subrogación interna" del sector público, con aquella en la que interviene

un elemento externo -contrata o concesión desempeñada por empresa privada- y regulada por la DA 26ª LPGE/17, aquí analizada - y que también, como se expusiera, excluye su aplicación, ex DT 3ª LPGE/17 a estos procesos de "reestructuración interna"-

3.3.3. El mantenimiento de las reglas derivadas de la subrogación empresarial

Precisamente las reglas de subrogación empresarial son las que mayor dificultad interpretativa plantean en la aplicación de esta nueva DA 26ª contenida en la Ley de Presupuestos para 2017.

Pues, tal y como viene indicándose, se prohíbe considerar o incorporar a las Administraciones Públicas o entidades de derecho público a dos colectivos concretos. Primero, a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el art. 2.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público cuando los contratos -administrativos, no laborales- 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. Y, segundo, 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. Sin embargo, a todos estos trabajadores *"le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral"*.

Como se ha planteado a lo largo de estas páginas, existen algunas dificultades para aplicar las reglas derivadas de la sucesión de empresa al ámbito público cuando la contrata o concesión finaliza. Si se sucede con otra contrata, suelen aplicarse, sin dificultad aparente, las garantías de la sucesión de empresa del art. 44 LET o, en su caso, la subrogación convencional, establecida en Convenios

Colectivos de sectores con una presencia protagonista en concesiones o contrata públicas.

Pero cuando, como ocurre ahora, la Administración o las entidades de derecho público deciden prestar directamente el servicio público sin acudir a la descentralización, el recurso a las normas laborales de subrogación empresarial se resiente. Si se aplican las normas laborales, los trabajadores de la contrata deberían pasar a la Administración Pública o a la entidad de derecho público salvo que expresamente se considere que no existe transmisión de empresa en cuyo caso podría eludirse la aplicación del art. 44 LET. Dada la interpretación amplia efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva 2001/23 y expuesta en anteriores apartados, sería difícil alcanzar tal consideración por cuanto el servicio se mantiene y la subrogación debería imponerse. Pero ahora la ley, esta ley, plantea dos cuestiones: una, que cuando finalicen los contratos o se extingan por resolución, rescate, secuestro o intervención administrativa, los trabajadores de la empresa saliente no podrán considerarse empleados públicos ni incorporarse como tales a la Administración o entidad que decide prestar a través de la gestión directa el servicio; y, dos, que ello no obsta para que resulten de aplicación las normas laborales sobre sucesión de empresas.

Semejante redacción conduce a diferentes soluciones: o los trabajadores se mantienen en la empresa saliente sin que se modifiquen sus condiciones laborales por aplicación del art. 44 LET; o se crea una sociedad –no Administración Pública y no entidad del sector público- que incorpore a estos trabajadores para la prestación del posterior servicio que la Administración va a prestar, incluso pudiera ocurrir que se tratara de una prestación intermedia –esto es, vigente exclusivamente hasta que se licite una nueva concesión o contrata-; o se entiende que, con esta norma, se crea una figura nueva en el ámbito público que es la del trabajador subrogado, no empleado público.

Sólo así podría interpretarse la paradójica alusión en el inciso final de esta Disposición a la obligación de aplicar a todos estos trabajadores *"las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral"*. El trabajador tiene derecho a mantener sus condiciones de trabajo frente a un cambio de titularidad empresarial. Puesto que la Administración o la entidad pública no pueden incorporarle como empleado público, la norma obliga a la empresa saliente a mantener las garantías laborales de estos trabajadores y seguir siendo la titular de sus contratos de trabajo. Con esta solución, se estaría "blindando" a estos trabajadores en la empresa saliente con las mismas condiciones laborales, pese a que se termine la relación con el sector público al revertir la actividad o el servicio a su origen inicial. Obsérvese que los mismos riesgos que el trabajador puede tener en la empresa saliente de ver modificadas sus condiciones o que se extinga su contrato tanto individual como colectivamente también los tendría en el sector público una vez efectuada la subrogación por cuanto en este último, y tras las sucesivas reformas, se posibilita la adopción de estas mismas decisiones en parecidos términos.

De este modo, la DA 26ª habría optado por consagrar lo que parece deducirse en la actualidad como tesis mayoritaria del Tribunal Supremo. Y es que la mera recuperación de un servicio por parte de la Administración no constituye por sí misma una transmisión de empresa (ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a lo efectos del art. 44 LET salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para su explotación o que la Administración determine la continuidad del servicio con la misma infraestructura y plantilla de la empresa privada). Por otra parte, también asume la tesis de los tribunales del orden social según la cual no cabe imponer tampoco la subrogación convencional toda vez que, por regla general, la Administración no ha formado parte de la negociación de los convenios sectoriales en los que dicha subrogación se establece. Sólo aquellos

Acuerdos que se firmen en el sector público contemplando la subrogación de la plantilla de contratistas y concesionarios serían válidos a estos efectos pero, ahora, la norma legal impedirá tal actuación, ya reducida de por sí con anterioridad.

Resultaría ésta 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 LET. Aunque, quizá, no haría falta recurrir al art. 44 LET porque, en tal caso, no se produciría una sucesión empresarial toda vez que esta ley (especial) la prohíbe. Mas sí tendría sentido aplicar, tal y como alude el legislador, las "previsiones" sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral. No constituye una sucesión de empresa porque la entrante no puede (por ley) convertirse en empleadora de los trabajadores pero sí se imponen las garantías a los trabajadores previstas en la norma laboral. Eso sí, alterando el objeto de la misma toda vez que en ella las garantías surgen por el cambio de empleador; si aquí se considera que no existe tal mutación por cuanto la empresa que va a desarrollar el servicio o la actividad no puede (por ley) ser empleadora, entonces el art. 44 LET carece de objeto aun cuando -por remisión- sus garantías se estimen aplicables también en este supuesto.

3.3.4. La aparente contradicción entre aplicar las normas de la subrogación empresarial e impedir la incorporación del personal subrogado

Intentando interpretar y sistematizar las normas aquí referidas y descartando que una redacción tan tortuosa haya sido deliberadamente incluida en el texto legal para propiciar una solución judicial de un problema que el legislador no quiere afrontar en estos momentos, se plantean las siguientes soluciones.

3.3.4.1. Soluciones ya ensayadas: la condición de "personal a extinguir"

En la tramitación parlamentaria se propusieron diferentes alternativas. Cabe destacar una (la del grupo socialista) por su intento de equilibrar la aplicación de las garantías legales del art. 44 LET con el riesgo de sobredimensionamiento de la plantilla del sector público en tiempo de contención presupuestaria.

Se trata de la consideración como indefinidos no fijos de estos trabajadores durante un plazo no superior a tres años, que es el plazo que el art. 70 EBEP establece para la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar para garantizar la continuidad del servicio. Con esta solución se asumiría tanto la imposición administrativa de regularizar una plaza ocupada por un indefinido aún no fijo, como las garantías de estabilidad por cambio de empresario del art. 44 LET, además de la autonomía de cada Administración pública, en uso de sus competencias, en la adopción de sus decisiones sobre la reversión o privatización de actividades o servicios del sector público, ordenando libremente sus servicios y la forma de gestionar los mismos. El rechazo de esta enmienda y la redacción final de la norma en los términos que se analizan obligan a descartar, por el momento, esta hipótesis.

La doctrina laboralista ha apuntado, con buen criterio, otra posibilidad ciertamente interesante cual es la recuperación de la figura del "personal a extinguir" (4). En efecto. La Ley 15/14, 16 sep., BOE, 17 de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, al programar la extinción de organismos de derecho privado que se integran en el ámbito público, regula la figura del personal "a extinguir" (arts. 3 y ss). Se trata de personal de la entidad privada que seguirá desarrollando sus funciones en la entidad pública sin adquirir la condición de empleado público y sin que, en consecuencia, forme parte permanente de la plantilla en el organismo público ni consolide su plaza

⁴ ALFONSO MELLADO, C., "La reversión a la gestión directa de servicios públicos. Problemas laborales"...*op.cit.*, pág. 33.

en el mismo. Su contratación se vincula exclusivamente al puesto y funciones que desempeña sin que pueda 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.

Esto significa que, si el servicio volviera a ser gestionado por otro tipo de empresa (sociedad o entidad pública) el trabajador pasaría a formar parte de su plantilla, manteniendo sus condiciones (salariales y de antigüedad) exigidas por las reglas de la sucesión de empresas. Así, no se considerarían empleados públicos –porque la ley lo impide- ni se integrarían en la plantilla de la Administración –evitando su crecimiento- pero tampoco la extinción de la entidad supondría la extinción del contrato del trabajador – que mantendría la estabilidad en el puesto de trabajo- sin que se cree un puesto de trabajo –*ex novo*- en el ámbito público.

Para su reinserción en el ámbito privado en caso de que el servicio volviera a ser situado en una empresa privada o sociedad mercantil, los pliegos de condiciones elaborados por la Administración deberían recoger la cláusula subrogatoria pertinente, procediendo, pues, una subrogación contractual, admitida por ambas partes contratantes. Todo ello, lógicamente, a expensas de una norma legal que así lo configure o de un acuerdo en el ámbito público que así lo establezca. Entretanto, se mantendrían sus condiciones laborales -incluso sin someterlas a las limitaciones propias del ámbito público puesto que la entidad receptora tiene la obligación de aplicar las condiciones laborales en los términos previstos, ex art. 32.2 EBEP-.

En términos semejantes, bien que en relación a los contratos de servicio -aunque nada impediría extenderlo ahora al contrato de gestión directa de servicios-, el art. 301 LCSP impide la consolidación en el puesto de trabajo de aquellos que hubieran prestado servicios para la

Administración en la ejecución de dicho contrato a la finalización del mismo.

3.3.4.2. La incorporación a sociedades públicas mercantiles para facilitar la subrogación

Con unas limitaciones distintas, la Ley de Presupuestos sí admite la incorporación de trabajadores en las sociedades mercantiles públicas.

En primer lugar, porque esta DA 26ª LPGE/17 señala que, en aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, 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 art. 2.3 de la Ley 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, sean incorporados a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan en estas circunstancias, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

En segundo término, porque, tal y como se expuso con anterioridad, la DA 15ª LPGE/17 dispone una serie de límites para contratar personal en las sociedades mercantiles públicas. No obstante, dichas limitaciones no serán de aplicación cuando se trate de personal con una "relación preexistente" de carácter fija e indefinida en el sector público. Y, además, la tasa de reposición aplicable para nuevas contrataciones indefinidas estará en función de la obtención de beneficios de dichas empresas en dos de los tres últimos ejercicios.

Las sociedades públicas mercantiles constituyen sociedades en las que la Administración participa con un capital

exclusivo, mayoritario o minoritario, sujetas también a la normativa laboral en materia de contratación. Si el capital público es minoritario la configuración es la de una sociedad privada, aunque participada por el sector público, por lo que, a efectos de subrogación, se impondrían las normas propias de la transmisión de dos empresas privadas. Ahora bien, si el capital es única o mayoritariamente público, se deberán advertir también las normas administrativas toda vez que el art. 84 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público establece, a nivel estatal, que estas sociedades forman parte del sector público. De hecho, el art. 113 de la citada norma específica que se regirán por la misma, por la Ley 33/03, 3 nov., BOE, 4 del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico, financiero y de contratación.

En materia de personal, estas sociedades se regirán por las normas laborales salvo que existan otras de naturaleza distinta que resulten de aplicación imperativa por estar integradas en el sector público estatal, tal y como señala art. 117.4 Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Se trata de sociedades que forman parte del sector público y, como tal, deberán cumplir las normas generales de contratación en sus empleados (igualdad, mérito y capacidad del art. 55 EBEP, por aplicación de la DA 1ª EBEP). Pero no necesariamente deberán aplicar las categorías de los empleados públicos recogidas en el art. 8 EBEP -que es precisamente lo que prohíbe esta nueva DA 26ª LPGE/17- puesto que se trata de sociedades sometidas principalmente al derecho privado.

Eso facilitaría la integración o la consideración de los trabajadores subrogados en estas sociedades mercantiles como trabajadores y no como empleados públicos, categoría que no se aplica a las mismas. De hecho, los tribunales del orden social no dudan en admitir el carácter indefinido de los trabajadores de estas sociedades sin recurrir a la figura del indefinido no fijo, propia del sector público pero no

aplicable a estas sociedades (SSTS 18 sept.14, Ar. 5218 y 5219).

El único problema, *a priori*, que podría tener esta solución es el del incremento de plantilla y el sometimiento -también para estas empresas mercantiles de capital público- a la tasa de reposición. Pero esta objeción puede ser resuelta por diferentes vías. En primer lugar, por la nueva regulación de la DA 15ª LPGE/17 ya expuesta y en virtud de la cual, si ya existía una relación preexistente, no se aplica limitación alguna y se reconocen las condiciones laborales previas. Por lo demás, incluso para las nuevas contrataciones el régimen de reposición está en función de los beneficios obtenidos en dos de los tres últimos ejercicios. Y, finalmente, porque cabría advertir que estos trabajadores, por efecto de la subrogación, ya formaban parte de la plantilla por lo que esta última no sufre incremento alguno.

De esta forma, la Administración podría constituir una sociedad mercantil -o utilizar una ya creada- a efectos de la integración o consideración de los trabajadores provenientes de la subrogación. Bien es cierto que la creación de la nueva empresa podría efectuarse en fraude de ley, esto es, como mero recurso para eludir la aplicación de los controles apuntados a lo largo de este análisis. De ser así, nada impediría el levantamiento del velo societario y la aplicación de responsabilidades al respecto. Para evitar que esto ocurra, la sociedad que se cree deberá tener no sólo personalidad jurídica propia sino una estructura organizativa propia al margen de la Administración que la crea.

También cabría apuntar la posibilidad de que la Administración retome el servicio con medios propios para encargárselo después a una sociedad de titularidad pública bien sea en el marco de la gestión directa del servicio o bien mediante otro tipo de relación. Puede interpretarse, en tal caso, que la sociedad pública que asume el servicio por decisión de la Administración no es cesionaria de ningún trabajador porque no es parte de la relación previa. La subrogación deberá analizarse entre la empresa y la

Administración pero no entre la empresa anterior y la nueva empresa.

3.3.4.3. La aparición de una nueva figura, la del trabajador subrogado no empleado público

Es cierto que la norma prohíbe la "consideración" y la "integración" de estos trabajadores como empleados públicos pero también lo es que permite la aplicación de las reglas del art. 44 LET.

La integración de la plantilla de la empresa privada a la que se sucede en los supuestos de reversión podría hacerse, como efecto de la subrogación, en el ámbito público pero habría de seguir los procesos de contratación que recoge el art. 61.7 EBEP, siempre que se pretenda consolidar al personal que se integra y, en todo caso, teniendo en cuenta las tasas de reposición.

Atender a las reglas de contratación y consolidación previstas por el EBEP supone aportar una solución lenta e insegura a estos procesos por cuanto se trata de trabajadores ya contratados por la empresa privada, generalmente indefinidos, que, como consecuencia de una decisión administrativa, alteran su relación laboral pese a que la norma laboral les garantiza las mismas condiciones en caso de sustitución empresarial cuando se mantiene su puesto de trabajo y se desarrolla la misma actividad por otro empleador. Por lo que, en aras de un correcto cumplimiento de lo previsto en el art. 44 LET, en tales casos no se produciría una "incorporación" del trabajador a la plantilla de la Administración aun cuando sí se efectuaría una "consideración" como trabajador de la misma o de uno de sus organismos autónomos, en este caso como trabajador indefinido no fijo de plantilla. Bien es cierto que esta vía "deteriora" el concepto de indefinición alcanzado en la relación laboral mantenida con la empresa privada pero también lo es que es el que más se aproxima pues, a diferencia del empleo público, el acceso al contrato en la empresa privada no se ha regido por los principios de

igualdad, mérito y capacidad que sí presiden la contratación laboral en el ámbito público y, por lo demás, las posibilidades de modificar y/o extinguir la relación laboral son idénticas.

Pero precisamente esto es lo que no quiere la nueva norma y es lo que "limita" -prohíbe- el legislador.

Mas la prohibición es que se "consideren" o que se "incorporen" como empleados públicos en la noción precisada por el art. 8 EBEP. En ella se encuentran tanto los funcionarios de carrera como los funcionarios interinos, personal laboral -fijo, indefinido o temporal- y personal eventual. La referencia es global toda vez que el concepto de empleado público comprende a todo contratado laboral y la de la Administración Pública a todo tipo de Administración, independientemente de su nivel de actuación.

Por eso, lo que quizá esté imponiendo esta Ley de Presupuestos en su DA 26ª es una nueva figura laboral. Una nueva categoría jurídica de trabajadores laborales del sector público, incluida la Administración Pública y las entidades públicas, no empleados públicos. Porque, obsérvese que la prohibición se circunscribe al hecho de ser considerados o incorporados como empleados públicos, no a hacerlo en otra condición. Se 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.

Una buena forma de coordinar la aplicación de las normas del art. 44 LET -a las que expresamente alude esta DA 26ª LPGE/17- con la prohibición de considerar a estos trabajadores como empleados públicos o integrarlos como tal. De la misma manera que se ha aceptado que los trabajadores indefinidos no fijos pierden su condición cuando el servicio es prestado por una sociedad pública estatal -admitiendo que se conviertan en trabajadores indefinidos-, del mismo modo, en este caso, la empleadora pública que se subroga en la posición de la empleadora privada como consecuencia de su interés por seguir

prestando el mismo servicio, ha de mantener a estos trabajadores como tales en idénticas condiciones a como se hallaran vinculados a la empresa privada (indefinidos o temporales, respectivamente).

Una nueva categoría, la del trabajador subrogado, que permanece en el ámbito público con un estatuto propio -el que laboralmente le garantiza el art. 44 LET- sin que le sean de aplicación los principios, reglas, procedimientos y normas del empleo público. Lógicamente, como en toda transmisión empresarial, las condiciones de trabajo tenderán a converger con la plantilla de la empresa entrante -aunque sea pública- y, como en aquélla, los contratos laborales objeto de subrogación podrán ser extinguidos -previsiblemente a través de despidos objetivos o, en su caso, colectivos, también de aplicación en el sector público- pero se hará en los términos generales que explicita la norma laboral "*Hora tras hora, día tras día*" (En las orillas del Sar, Rosalía de Castro, 1866).