

REPERCUSIONES LABORALES DE LOS DIVERSOS INSTRUMENTOS DE PRIVATIZACIÓN Y REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

“Para ver más claramente, aquí como en innumerables casos similares, no debemos perder de vista los detalles del proceso; *contemplar de cerca* lo que ocurre”

Ludwig WITTGENSTEIN*

EXTRACTO

Palabras Clave: Administraciones Públicas, sector público, relaciones laborales, contrataciones, reversión, transmisión de empresas

Desde hace tiempo se vienen incrementando los procedimientos de colaboración entre el sector público y el sector privado. En la coyuntura actual, a la intensa reestructuración de los entes y empresas que integran el sector público, se suma la proliferación de fenómenos de privatización y asimismo de recuperación de servicios públicos. Estos fenómenos –que presentan flujos y reflujos obedeciendo a diversas direcciones de política organizativa ideológicamente condicionadas- tienen una importante incidencia en el ámbito de las relaciones laborales afectadas y plantean, además, arduos problemas respecto a la aplicación de un marco normativo regulador (deficiente e insuficiente) en una palpable tensión entre las lógicas imperantes en los ordenamientos laboral y administrativo, que, sin embargo, han de conciliarse necesariamente bajo el obligado respeto a los principios y derechos consagrados en la Constitución.

ABSTRACT

Key words: Public Administrations, public sector, labour relations restructuring, outsourcing, recoveries public services, transfer of businesses

Long come increasing collaboration between the public sector and the private sector procedures. At the current juncture to the re-structuring of the entities and companies that make up the public sector joins the proliferation of phenomena of privatization and also recovery of public services. These phenomena-that present flows and ebbs obeying to different addresses of political organizational ideologically conditional-have an important incidence in the field of them relations labour affected and pose, also, arduous problems concerning the application of a frame normative regulator (poor e insufficient) in a palpable tension between them logical prevailing in them systems labour and administrative, that, however they have necessarily reconciled under the required respect for the principles and rights enshrined in the Constitution.

* Wittgenstein, L.: *Investigaciones filosóficas*, trad. A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Editorial Crítica/UAM, 1988, pág. 73.

ÍNDICE

1. EL MARCO DE REFERENCIA: INSTRUMENTOS DE COLABORACIÓN Y PRIVATIZACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
2. PRIVATIZACIÓN Y REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
 - 2.1. Problemática General
 - 2.2. La externalización de servicios públicos. Contratas y concesiones administrativas y vicisitudes de las prácticas externalizadoras. la reversión al ente público

1. EL MARCO DE REFERENCIA: INSTRUMENTOS DE COLABORACIÓN Y PRIVATIZACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El incremento paulatino de las actividades de las Administraciones Públicas ha supuesto la búsqueda de fórmulas más flexibles que las que había venido ofreciendo el Derecho Administrativo tradicional y la tradicional centralidad de la concepción de las funciones públicas. En este sentido se han expandido los instrumentos de colaboración entre el sector público y el sector privado y, en relación a ello, la creación por las Administraciones Públicas de entes instrumentales a ellas vinculados; entes instrumentales que se encuentran vinculados o son dependientes de las distintas Administraciones Públicas territoriales y que tienen una configuración y régimen jurídico de Derecho público o de Derecho privado. La dinámica expansiva del Estado intervencionista ha hecho proclive el reclamo de estas prácticas en diversos ámbitos como los servicios sociales, económicos y culturales –la educación, la salud, servicios sociales, etc.- y de la seguridad – como la apertura de espacios a seguridad privada, la administración penitenciaria, seguridad vial, etc.). Todo ello incide en la posición jurídica del personal laboral en el sector público (Administraciones Públicas y Entes Instrumentales de distinta índole).

Suele aducirse, como fundamento de estas prácticas, la mayor eficiencia y flexibilidad de la realización de las actividades o prestaciones de servicios, y la liberalización de las consideradas restricciones impuestas por el Derecho Administrativo tradicional, los requisitos para la contratación pública y la contratación y utilización del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Pero las razones “técnicas” son insuficientes para dar cuenta de un fenómeno que ha estado mediado por procesos de decisión político-ideológica sobre el papel que ha de desempeñar lo público y lo privado en la gestión de los servicios públicos y actividades de relevancia para el interés general. En otras palabras: las opciones organizativas de los servicios y actividades públicas están condicionadas por procesos de decisión político-administrativa sobre el papel de “lo público” y de “lo privado”. Aquí la organización administrativa aparece como un sistema mutable de flujos y constelaciones de actividad y trabajo

mediatizadas por las opciones del poder público. Desde esta perspectiva resulta significativo constatar cómo se está produciendo flujos y reflujos (porque en puro realismo político ningún proceso de privatización-reprivatización es irreversible atendiendo a esas variables ideológico-políticas que inciden en la conformación de los marcos institucionales y en las opciones organizativas de los servicios públicos) respecto a la decisión de privatizar con fuertes fuerte o más débiles con la recuperación de los servicios públicos privatizados o externalizados precisamente para garantizar su eficiencia en términos de calidad del servicio (racionalidad social, que es la razón de la sociedad) y de reducción de costes en su prestación (racionalidad económica). Por lo demás, el auge de la gestión privada, sin embargo, no ha supuesto, a menudo, una huida absoluta del Derecho Administrativo, pues se aprecia que al sector público fundacional y empresarial se le aplica selectivamente los principios básicos del Derecho Administrativo que tienen que conciliarse, a su vez, con los concurrentes principios básicos del Derecho privado y del Derecho Social del Trabajo; ambos establecidos en la Constitución. Tampoco puede establecerse un aserto según el cual la gestión privada sea más eficiente que la pública, pues lo que se ha mostrado eficiente ha sido la combinación público-privado en ciertos ámbitos de prestación de servicios y actividades públicas, y siempre que no se pierda la salvaguardia ineludible y preferente del interés público.

Se produce, así, una conexión más compleja entre lo público y lo privado cuando se enmarca dentro de la lógica del “sector público” y del “empleo público”, el cual incorpora tanto el sector público administrativo como el sector público fundacional y empresarial. En este sentido, la misma noción técnica de “sector público” refleja que la mercantilización o remercantilización (o, como se quiera, la privatización o reprivatización) de ciertas actividades, prestaciones o servicios públicos no puede ser absoluta precisamente por la índole de las actividades serviciales que se prestan. Esta construcción del concepto técnico-jurídico funcional de “sector público” encuentra su exponente explícito no sólo en la Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y en la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público (EBP), sino también en las correlativas y sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (LGPGE) y la subsiguiente legislación autonómica. La misma Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera se inserta en esa lógica totalizadora del “sector público” y del “empleo público” (no simplemente lingüística, sino también conceptual).

En este sentido, se ha advertido de la efectiva proyección del Derecho Administrativo a las entidades instrumentales al servicio de las Administraciones

Públicas, realizando el juego de la noción de *poder adjudicador* en su art. 3 de la TRLCSP para las sociedades mercantiles con determinados rasgos característicos (financiación, gestión o gobierno públicos) y de la Disposición Adicional primera del EBEP, conforme a la cual se aplican al “sector público estatal” no comprendido en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 2 los principios relativos a los deberes éticos y jurídicos de los empleados públicos así como los principios rectores de acceso al empleo público¹.

El contexto de referencia viene marcado visiblemente por factores estructurales derivados de la reorganización del sector público ante la exigencia de racionalización que la expansión de los entes instrumentales han tenido en las últimas décadas, pero también por factores coyunturales vinculados a la crisis económica y las respuestas de autoridad y control del déficit público. En este sentido a la reestructuración de los entes y empresas que integran el sector público se añaden medidas que limitan estrictamente la negociación colectiva en el empleo público (v.gr., art. 32 del EBEP), la contratación laboral, la congelación, las reducciones de salarios y de facilitación de los despidos de los empleados o trabajadores públicos por necesidades de funcionamiento de la Administración o de los entes instrumentales a su servicio. Por otra parte, a causa de las irregularidades laborales en la actuación de la Administración se han venido dictando sentencias judiciales que imponen la condición de trabajador “indefinido no fijo” a los trabajadores afectados por las prácticas ilícitas.

En efecto, todo ello se enmarca en un Derecho del Trabajo y un Derecho Administrativo de emergencia (con uso abuso del instrumento del Real Decreto-Ley para poner en práctica una “legislación motorizada” y la utilización sistemática de “normas-medida”²) que, sin embargo, está llevando a cabo cambios típicamente estructurales y no meramente transitorios o provisionales, pues lo que se pretende y se observa es una “estabilización” y “normalización” de los cambios que se están realizando. Por lo demás, se asiste a una suerte de penetración y predominio de la lógica del Derecho Administrativo sobre la lógica específica de regulación y racionalización jurídica a la que sirve de ordinario el ordenamiento laboral. Efectivamente, en el Derecho del Trabajo de la emergencia en el sector público penetra la lógica publicista de reducción y contención del gasto público en materia sociolaboral, que deja prácticamente en suspenso algu-

¹ Padros Reig, C. y Coello Martín, C.: “La extensión del concepto “Empleo Público” a las entidades privadas”, en *Revista Aranzadi Social*, núm. 1 (2013), págs. 63 a 92, en particular pág. 65.

² Monereo Pérez, J.L.: “El Derecho del Trabajo y el legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y política del Derecho Social”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38 (2014), págs. 20 a 96.

nos derechos laborales (congelación salarial o pérdida temporal de determinadas partidas salariales; régimen especial en los procedimientos de despido por causas empresariales; limitaciones en la contratación laboral) e instituciones colectivas (señaladamente, la negociación colectiva), dando lugar a una suerte de normativa laboral especial o peculiar en el ámbito del sector público de empleo. En este sentido, paradójicamente, la noción de empleo público aplicable a todo el sector público (administrativo, empresarial y fundacional) ha introducido una tensión dialéctica entre la laboralización y la administrativización, que al menos en la coyuntura actual se salda con esa creciente penetración de la lógica publicista de intervencionismo unilateral en la ordenación iuslaboral del empleo público y un modo de utilización de la contratación laboral que conduce hacia la precarización del empleo. La misma legitimidad de esa penetración ha sido declarada por el mismo Tribunal Constitucional (Auto del TC 85/2011, de 7 de junio, y Auto del TC 246/2012, de 18 de diciembre).

Pero igualmente en otro orden de cosas, la interconexión y cauces de colaboración entre las Administraciones Públicas y los entes instrumentales a su servicio suscitan un amplio conjunto de problemas laborales (cesión ilegal de trabajadores; fraudes en la contratación laboral; sucesión laboral del empleador público; la extensión patológica de la figura del indefinido no fijo; el alcance de las limitaciones legales sobre contratación y salarios en la negociación colectiva dentro del sector público, afectando a la eficacia jurídica de los productos normativos derivados de la negociación colectiva). Todo ello acompañado de un factor de complejidad derivado del hecho de que a resultas de las vicisitudes que puedan operarse las Administraciones Públicas pueden encontrarse en la tesitura de asumir el personal laboral de los entes instrumentales del sector público, planteándose problemas de racionalización interna; y teniendo en cuenta que ese proceso subsiguiente de racionalización puede ser afrontado desde la negociación colectiva en el marco de la correspondiente Administración Pública.

Los dos grandes objetivos perseguidos son básicamente dos: 1º. Otorgar prioridad a la reducción y contención del gasto público. 2º. Con carácter secundario en la práctica (aunque en verdad tendría que ser el prioritario): la calidad y el buen gobierno para garantizar los servicios públicos y los derechos de la ciudadanía. En este sentido es preciso recordar que, conforme al art. 103.1 CE, “la Administración sirve con objetividad los intereses generales...”.

Interesa partir del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante,

TRLCSP), cuyo art. 3 (“*Ámbito subjetivo*”)³ establece que forman parte del “sector público” los siguientes entes, organismos y entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local. Los consorcios son una organización de Derecho público formada entre una o más entidades públicas –Administración- y uno o más sujetos u organizaciones de Derecho privado.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

³ Véase también para la reestructuración del Sector Público, la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera precisa el concepto de Sector Público: -El Sector Público Administrativo (Las Administraciones Públicas en sentido estricto); -El Sector Público empresarial y funcional. (Sociedades mercantiles y demás entes públicos dependientes de las administraciones públicas).

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.
- b) Los Organismos autónomos.
- c) Las Universidades Públicas.
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y
- e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.^a Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

f) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.

g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

La simple lectura de esta disposición muestra el factor de complejidad en términos de estructura jurídico-institucional y de interconexión funcional de

personal. Pone de relieve la envergadura de los conceptos de “sector público” y de “empleo público” a él anudado en el marco de un Estado regulador y de intervención selectiva en la prestación de servicios públicos o relevantes para el interés general.

Por otra parte, las prácticas de colaboración entre las Administraciones Públicas y los entes instrumentales generan arduos problemas de orden administrativo y típicamente laboral (transferencias de personal, legales o irregulares; encomiendas de gestión; desaparición de entes instrumentales con asunción de funciones y recursos a la Administración Pública principal o a otros entes públicos.

Para mayor complejidad, tanto las administraciones públicas como sus entes instrumentales públicos actúan hacia el exterior colaborando con empresas privadas y privatizando la gestión de servicios públicos a través de las operaciones de externalización, como es el caso de las contrataciones o concesiones de actividad y servicios con sus problemáticas vicisitudes jurídicas (cambio de adjudicatario; reversión del servicio público a la Administración titular del mismo, cada vez más frecuente como reflejo de una tendencia a revalorizar la eficiencia de la gestión directa de los servicios públicos. El problema es garantizar la suficiencia de recursos públicos para el desarrollo eficiente de las actividades o servicios recuperados (o revertidos) al ente público actuante, por un lado, y, por otro, garantizar eficazmente los derechos de los trabajadores adscritos a los servicios revertidos o recuperados, porque, como se verá después, hay supuestos en los que no se aplica el art. 44 del ET y los trabajadores son despedidos por causas empresariales (artículos 51 o 52.c) del ET, según el umbral legalmente exigido como delimitador del ámbito de aplicación de dichas disposiciones).

El marco jurídico de las concesiones administrativas –de obras o de servicios- se contiene en Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (que consagra en su art. 2 el “Principio de libertad de administración de las autoridades Públicas”⁴), y en

⁴ Conforme al art. 2 de la Directiva (“Principio de libertad de administración de las autoridades públicas) se reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos. Por otra parte, la Directiva no afecta a los regímenes de propiedad de los Estados miembros

el Derecho nacional, el TRLCSP (artículos 8 [(“Contrato de gestión de servicios públicos”)], 85 [(“Supuestos de sucesión del contratista”)], y los 249 y 279 del mismo cuerpo legal, que regulan las facultades de vigilancia de la Administración contratante y el control de cumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales impuestas en los pliegos de condiciones, y que determinan las condiciones contractuales de la colaboración público-privada en las operaciones de externalización a través de contrata y concesiones administrativas). Reténganse también las previsiones del proceso de reestructuración por integración del RD.-Ley 4/2012, de 24 de febrero, y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Existe una *permanente exigencia de reforma y modernización* de las Administraciones públicas y del conjunto del Sector Público. Ciertamente vinculada a la “regla de oro” del art. 135 CE, impuesta por las instituciones políticas de la Unión Europea. Ello es inevitable por la vinculación existente entre la Administración pública en el marco del Estado Social y los cambios de las estructuras sociales y de los contextos económicos. Y es obvio que toda reforma o modernización del Sector Público (administrativo o funcional o empresarial) tiene que incidir la organización del personal que presta servicios en el sector público si se quiere alcanzar las finalidades que se persiguen en cada momento. De ahí que se plantee el interrogante de la reorganización del modelo de empleo público. Ahí se inserta el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública 2010-2012, de 25 de septiembre de 2009, que se inscribía en una línea de desarrollo de una reforma consensuada, que hoy, en esta materia, parece estar en declive, al menos por el momento (donde predominan los enfoques más propios de un intervencionismo gubernamental “dirigista”). También la creación de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), aprobada en Consejo de Ministros a finales de octubre de 2012 y el conocido Informe que emitió; la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo; la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad financiera (que enlaza con el art. 135 CE)⁵.

y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público. Por lo demás, el art. 5.1.b) de la Directiva define la «concesión de servicios» entendiéndola por tal “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) [(“concesión de obras”)] a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

⁵ Véase la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Marzo de 2012, por el que se aprueba el Plan de Reestructuración y Racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal; Real Decreto 701/2013, de 20

A ello se añade el factor coyuntural de una época de crisis económica y política de carácter estructural que está cambiando la fisonomía de nuestras sociedades y modos de gobernar. Ello conlleva un replanteamiento del papel del intervencionismo público en la sociedad respecto al modelo intervencionista puesto en práctica a partir de la Segunda Postguerra Mundial. Y ello afecta a todo el Sector Público (sector público administrativo y sector público fundacional y empresarial, como sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios, etc.). En tal sentido, las medidas adoptadas están preordenadas a la reducción del gasto público y a la reestructuración y racionalización del Sector Público. Este enfoque no deja de ser unilateral y reduccionista, pero es el que se viene poniendo en práctica, aprovechando entre otras cosas el reformado artículo 135 de la Constitución.

Una problemática que ha atravesado a las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas y a las conexiones con sus entes públicos instrumentales (incluidos los procesos de racionalización y de reestructuración del sector público) ha sido la planteada por las limitaciones legales a la contratación y retribución en el empleo público en el marco de la llamada legislación de “emergencia” y “urgencia”. Esa ordenación legal de excepción está formada por un amplio conjunto leyes, que van desde las sucesivas leyes de presupuestos a un sinnúmero de Reales Decretos Leyes como, por ejemplo, el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y la legislación autonómica “vinculada” a la legislación restrictiva estatal de contención y reducción del gasto público⁶. La trascendencia de los cambios en curso es perceptible en esa considerada legislación de “emergencia o de “excepción” y en la doctrina establecida en la STC de 16 de julio de 2014, que, criticablemente, convalida una reconfiguración “liberalizadora” del modelo

de septiembre, de racionalización del sector público; y Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial, publicado mediante la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre. Hay que tener en cuenta el “Proyecto de Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa” (621/000072) (BOCG, núm. 353, de 22 de mayo de 2014), en cuya Exposición de Motivos se indica que en él se pretende adoptar las medidas legislativas necesarias para implantar recomendaciones de la CORA, tanto para la reordenación del sector público institucional, como en otros ámbitos de la actividad administrativa. El Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) fue aprobado por el Consejo de Ministros en sesión de 21 de junio de 2013, el cual sirvió de base para la adopción posterior del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013, sobre reestructuración y racionalización del sector público estatal, fundacional y empresarial (publicado por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Orden HAP/2013, de 2 de octubre).

⁶ Partiendo de la misma LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad de las finanzas públicas, modificada por la LO 4/2012, de 28 de septiembre, que enlaza y desarrolla las previsiones del art. 135 CE.

garantista clásico de relaciones laborales formalmente diseñado en el Texto Constitucional a través de reformas legislativas (inicialmente reguladas a través de la técnica normativa del Real Decreto Ley)⁷, es decir, mediante leyes ordinarias sin utilizar el procedimiento previsto para la reforma constitucional, aunque ya se reclama “la regla de oro” ex art. 135 CE, y el argumento del equilibrio financiero en el contexto de la crisis económica y de las “medidas anticrisis” relativas al control del gasto público⁸.

En este contexto no es baladí hacer notar que los modelos de racionalización y de reestructuración y dependen, a su vez, de la elección político-jurídica sobre los modelos de intervención pública en la economía y, más ampliamente, en las relaciones sociales. Pero también de la “gestión de lo público” y su concepción. Hoy se cuestionan las formas intervencionista clásica del Estado Social de Derecho (que ha venido apostando por un sector público fuerte como impulsor no sólo para la garantía de los servicios públicos o esenciales, sino también en gran medida como motor de la economía) y se avanza más hacia la forma política de “Estado-Mercado” o “Estado neoliberal”, con importantes consecuencias sobre la orientación del intervencionismo público (apoyo a las empresas privadas en un contexto de globalización de la economía, despublicación de servicios o privatización, etcétera.). La alternativa es un Estado social “activo”, que es reformarlo precisamente mantenerlo en su esencia. No se trata de minimizar la realidad actual de una sociedad red donde los Estados son un actor determinante (sobre todo las grandes potencias), pero no la instancia política influyente. En este sentido, el Estado para generar los bienes y servicios que considere necesarios para la ciudadanía ha de tener en cuenta los nuevos marcos supranacionales (que incluye a la UE). Por tanto, parece pertinente comprender la intervención estatal desde la perspectiva de la teoría de la gobernanza (vertical y horizontal), que implica un modo de gobierno de lo público que parte de la interrelación entre el Gobierno y las organizaciones económicas y sociales de la sociedad civil⁹.

⁷ Véase señaladamente la STC 8/2015, de 22 de enero de 2015, que convalida la constitucionalidad de las medidas laborales de emergencia establecidas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Cuenta con un importante Voto Particular.

⁸ Véase ampliamente, las diversas aportaciones interdisciplinares recogidas en VV.AA.: *Reestructuraciones de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*, Castillo Blanco, F.A. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015 y sigs.

⁹ Puede consultarse, Monereo Pérez, J.I. y Molina Navarete, C.: “Gobernanza y políticas de buena Administración: El Estatuto Básico del Empleado Público”, en VV.AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2017, de 12 de abril*, Monereo, J.L., Molina, C., Olarte, S. y Rivas, P. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2008, págs. 1 y sigs., y ampliamente Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs.

La racionalización y reestructuración se han planteado como exigencia de contención del gasto pero también como exigencia de racionalización (desproporción del sector público en ciertos ámbitos, señaladamente el local; abuso en la utilización, con problema de gobernanza). Tras ello se pone en cuestión la supuesta mayor eficiencia –afirmada desde un sesgo ideológico neoliberal- de la gestión privada sobre la gestión directa pública en un contexto empírico que muestra la mayor eficiencia de ésta y la consiguiente revalorización de la gestión directa pública. Y todo ello tiene importantes consecuencias sobre el personal que presta servicios en el Sector Público. Así en lo que se refiere a la reorganización del sector público instrumental local, adquiere un lugar central, la reordenación de las sociedades mercantiles. La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, en la D.A. duodécima regula esta materia, así como operaciones de concentración de sociedades públicas locales o creación de holdings públicos, adoptando expresamente como opción organizativa el instrumento de los grupos públicos de sociedades bajo la unidad de decisión de la Administración. La D.A. duodécima incluye diversas determinaciones orientadas a facilitar los procesos de *cambio de titularidad* de las participaciones accionariales con significativas excepciones al régimen societario, al fiscal y al arancelario de carácter general¹⁰. Hay que tener en cuenta que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local –que está vinculada a la reforma del art. 135 CE (Exposición de Motivos)-, ha incidido de modo significativo en los procesos de reorganización de los entes instrumentales ligados o dependientes de las Administraciones Locales.

En toda esta materia ha incidido la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial. Se pretende que el resultado de las medidas sea un sector público empresarial y fundacional más racional y mejor dimensionado, evitándose duplicidades y solapamientos. En este Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de mayo de 2012 se recogen las medidas que suponen la extinción, fusión o pérdida del carácter estatal de fundaciones públicas estatales y la extinción de una sociedad mercantil que según las leyes de Fundaciones y Patrimonio de las Administraciones Públicas exigen autorización previa del Consejo de Ministros para su ejercicio. Las medidas laborales que en

413 y sigs. (“Las nuevas políticas de “buena Administración” y la vigencia de la racionalización administrativa instrumental: la idea de gobernanza”).

¹⁰ Montoya Martín, E.: “Reestructuración de la Administración instrumental y de estructuras asociativas: Lecciones aprendidas y estrategias”, en Castillo Blanco, F.A. (Dir.): *La reforma del Sector Público*, Sevilla, Universidad de Sevilla/Instituto García Oviedo, 2014, págs. 116-711); y con referencia a Fuertes López, M.: *Grupos públicos de sociedad*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007, págs. 72 y sigs.

ejecución de estas operaciones se adopten se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional vigésima del ET (Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD.-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). En la actualidad la referencia hay que tenerla hecha a la Disposición adicional decimosexta (“Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”) del RD.-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Aparte de la ya aludida Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, una pieza normativa clave ha sido la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Esta Ley, como señala su Exposición de Motivos “adopta las medidas legislativas necesarias para implantar recomendaciones de la CORA, tanto para la reordenación del sector público institucional, como en otros ámbitos de la actividad administrativa”.

Uno de los grandes los objetivos pretendidos en la reforma de la Administración Pública es *la racionalización de estructuras públicas*, especialmente en aquellos ámbitos donde existen competencias compartidas entre distintas Administraciones, de modo que cada Administración cuente con el tamaño y los medios adecuados para el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas. Así, en la ejecución de las recomendaciones de la CORA, se procede a la modificación de la Ley 47/2003, de noviembre, General Presupuestaria (...). Posteriormente, en la futura Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, se incluirá un régimen integran (creación, adscripción, funcionamiento, disolución) y básico referido a los consorcios, que derogaría esta regulación y lo previsto en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de regulación y sostenibilidad de la Administración Local. Sin embargo, contar ya con estas normas permitirá a cualquier Administración Pública poder ejercer su derecho de separación del consorcio cuando considere que sea la solución más adecuada para la sostenibilidad de las cuentas públicas y se den los requisitos legales para ello. Con este nuevo régimen se mejora la sostenibilidad y eficiencia de los consorcios y la seguridad jurídica de sus miembros.

El análisis que se pretende realizar aquí se centra principalmente en la incidencia en el empleo público laboral de las operaciones de privatización y reversión (o recuperación) de servicios públicos. Y en los instrumentos normativos para ordenar la incidencia de las reestructuraciones y procesos de racionalización del sector público (cambios de titularidad, supresión o extinción de unidades Administrativas y de entres instrumentales, externalización y revisión de servicios públicos en régimen de gestión indirecta privada, etcétera).

El punto de partida es el que la Administración Pública tiene un *amplio margen de libertad* de la reorganización interna (creación, modificación o extinción de unidades administrativas) y de reorganización externa de los entes instrumentales que forman parte del Sector Público (creación, modificaciones de estructuras, cambios de titularidad o supresión de entes instrumentales). La supresión, modificación o adaptación de unidades administrativas constituye, pues, el ejercicio de una potestad discrecional de la Administración como es su potestad organizativa, lo que implica reconocerle un razonable margen de libertad para la toma de decisiones autorganizativas. Esta idea ha sido resaltada por nuestra jurisprudencia de forma inconcusa. Como tempranamente estableció la STC 293/1993, de 18 de octubre, las Administraciones públicas ostentan un amplio margen de actuación respecto a la consolidación, modificación o complementación de sus estructuras y de configurar o especificar organizativamente el régimen del personal a su servicio (STC 57/1990 y ATC 160/1989). Ciertamente, esta relativa discrecionalidad es inherente a toda potestad de autoorganización, la Administración pública dispone de un amplio margen de libertad para atender a las necesidades a las que se ha de hacer frente en el marco de sus competencias y, consiguientemente, también para definir, en función de las mismas, esos objetivos y medidas en materia de personal. Esta potestad implica reconocer a éstas la facultad de organizar los servicios en la forma que consideren más conveniente para su mayor eficacia en virtud de del mandato recogido en el art. 103.1 CE y sin trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización que han mostrado ser menos operativas para el cumplimiento de tal mandato constitucional. Ello no obstante, esta actividad no es completamente ilimitada, pues toda potestad discrecional está también sometida a importantes límites y se imponen diversos mecanismos para su control jurídico e institucional. La potestad de autoorganización, en la que es característica la discrecionalidad que domina su ejercicio, no ha de ser confundida en modo alguno con la arbitrariedad, que, como es sabido, está prohibida en nuestro sistema jurídico (STSJ Madrid de 21 de mayo de 2007, STSJ de Castilla y León, de 15 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo)¹¹. En tal sentido hay que tener en cuenta la relevancia que presentan los Planes de Ordenación de Recursos Humanos en el proceso de adopción de decisiones públicas que incidan en la racionalización y reorganización de las estructuras administrativas y de los entes instrumentales. De ahí su carácter de necesidad organizativa en el nuevo marco del EBEP: El art. 69.3 del EBEP, impone a las Administraciones Públicas la obligación

¹¹ Cantero Martínez, J.: “Instrumentos para la reorganización del personal en los supuestos de adaptación, modificación o extinción de unidades administrativas. Especial referencia a los planes de ordenación de recursos humanos”, en Castillo Blanco, F. (Dir.): *La reforma del sector público*, cit., págs. 234-235.

(la Administración Pública “planificará”, imperativo categórico) su personal conforme a los sistemas prefijados establecidos en la normativa correspondiente. En todo caso, hay que tener en cuenta *necesariamente* las limitaciones que en lo que respecta a las medidas laborales impone el Derecho del Trabajo. Basta reparar en el dato de que conforme al art. 7 EBEP (relativo a la “Normativa aplicable al personal laboral”), “el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Y la misma definición legal del “empleado público” deja bien nítido que “son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas *al servicio de intereses generales*” (art. 8.1 EBEP). Y ciertamente, la planificación del personal (“recursos humanos” al decir de la norma) “en las Administraciones Públicas *tendrá* como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad” (art. 69.1 EBEP). Prevalece aquí la idea del servicio público que se presta atendiendo al criterio de eficiencia en términos equilibrados de calidad y racionalidad económica.

Efectivamente, en relación a ello, un *segundo punto de partida* es el sometimiento de la Administración Pública a la legislación administrativa y la legislación laboral que resulte de aplicación y ambos deberían de tender a articularse mejor de lo que se viene haciendo, sin duda, con el mismo objetivo fundamental compartido.

A las sociedades mercantiles afectadas por las operaciones societarias se les impone la obligación de aprobar un plan de redimensionamiento sobre la adecuación de las estructuras organizativas, laborales, inmobiliarias y de recursos resultantes de su nueva situación. Por otra parte, las medidas laborales que en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento que se adopten se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Asimismo, en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo en ejecución del Acuerdo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica. Esto remite a operaciones transmisivas ex art. 44 del ET, que es una disposición que mejora la garantía mínima estándar establecida por la Directiva 2001/23/CE, pues ésta excluye de su ámbito

de aplicación a las reorganizaciones administrativas (aunque no las transmisiones de empresas que puedan implicar a un ente público con otras empresas del sector público empresarial, a diferencia del sector público administrativo). En todo caso, hay que tener en cuenta que hay leyes específicas de reorganización del sector público que acuerdan la supresión de entidades y remiten expresamente a la aplicación del art. 44 del ET. Cuando concurra el supuesto de hecho del art. 44 del ET se producirá necesariamente ope legis su aplicación con las correspondientes garantías individuales y colectivas, señaladamente el período de consulta-negociación colectiva (Así, la STS de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/13, que aplica el art. 44 del ET en el caso de la extinción de la Fundación (Pública) Lain Entralgo de la Comunidad de Madrid, transfiriéndose todas sus funciones e infraestructura económica a la Administración de la Comunidad de Madrid). En muchos casos se estará ante el supuesto de “extinción de la personalidad jurídica del contratante”, pero teniendo en cuenta que en tales casos “deberán” seguirse los trámites del art. 51 del ET (art. 49.1.g) del ET). Ahora bien: siempre y cuando dicha extinción del empresario persona jurídica no vaya acompañada de sucesión en la titularidad jurídica de la empresa (v.gr., como es el caso de las fusiones societarias), pues en tal caso deberá aplicarse necesaria el régimen sucesorio y de responsabilidad del empleador ex art. 44 del ET. En efecto, al tratarse de supuestos típicos de transmisión inter vivos de la empresa, la aplicación del art. 44 del ET es obligada, en la medida en que la normativa sucesoria se aplica a todo supuesto de cambio de titularidad de la empresa cualquiera que sea su fuente o modo en que éste se lleva a cabo¹². N: Entender lo contrario supondría aceptar la exclusión en el ámbito de los procesos de integración y absorción de entes instrumentales o de organismos públicos de la aplicación de una normativa general ex art. 44 del ET que no admite este tipo de exclusiones constitutivas.

En esa dirección, las sociedades mercantiles afectadas realizarán cuantas actuaciones sean legalmente necesarias para la plena eficacia de las incorporaciones de acciones, las *fusiones*, las extinciones, las modificaciones de denominación y objeto social, y demás operaciones que resulten pertinentes (Lo cual remite de nuevo a operaciones transmisivas o de cambio de titularidad relevantes a efectos del art. 44 del ET; y desde luego, en su caso, a los despidos por causas empresariales). Igualmente, los patronos de las *fundaciones del sector público estatal* afectadas deberán proceder, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, a realizar las siguientes operaciones: 1. Modificar los estatutos de la fundación para introducir como causa de extinción de

¹² En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: “Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario”, en *Civitas. REDT*, núm. 24 (1985), págs. 543 y sigs., en particular pág. 575.

la misma el acuerdo del patronato por mayoría simple, así como para establecer que los bienes y derechos resultantes de la liquidación serán destinados a una entidad pública estatal dependiente del Ministerio que ejerza su protectorado o a la entidad pública fundadora, especificando la entidad destinataria. 2. Acordar la *extinción de la fundación o bien su fusión* con otra fundación del sector público estatal, en ambos casos previo informe favorable del Ministerio que ejerza su protectorado. En tal sentido, se autoriza la fusión o extinción de las citadas fundaciones, de conformidad con lo previsto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

También se establece que los distintos Ministerios *impulsarán los procesos de liquidación de las sociedades*¹³. Debe señalarse que la desaparición de sociedades acompañada de sucesión de empresa por otra entidad conllevará la aplicación del art. 44 del ET y art. 49.1.g) del ET, sin perjuicio de que el nuevo titular o cesionario pueda utilizar sus facultades de despido causal (por ello se indica en esta última disposición legal que “en los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del art. 51” del ET; pero dejando claro que el cesionario o nuevo titular no podrá alegar en sí el cambio de titularidad, pues conforme observa el art. 44 del ET: “El cambio de titularidad... no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando subrogado el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...”). La transmisión de empresa se producirá cuando los transmitido “afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria” (art. 44.2 del ET)¹⁴.

Dentro del proceso de racionalización hay que hacer una referencia necesaria a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo Preámbulo expresa como objetivos la modernización del sector público español desde una mayor eficacia, racionalización y ajuste del sector público (cfr. Art. 135 CE, LO 2/2012, de 27 de abril; Ley 47/2003, de 26 de noviembre). En ella se delimita el sector público y en particular el sector público institucional

¹³ Véanse, artículos 168 y 169 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre y Ley 50/2002, de 26 de diciembre. A la estela de esta ordenación del sector público estatal se han dictado diversas disposiciones en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Así, paradigmáticamente, la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público y Fundacional de la Generalitat Valenciana.

¹⁴ Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987; *id.*: “El régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresas”, en VV.AA: *Derecho del Trabajo y Crisis Económica*, Monereo Pérez, J.L. y Montoya Medina, E. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2010.

(art.2), se regulan los “convenios” (Cap. VI, arts. 47 y sigs.), art. 84 (composición y clasificación del sector público institucional estatal), art. 86 (medios propios y sector técnico), art. 87 (transferencia de las entidades integrantes del sector público institucional estatal, comprendiendo cambios de titularidad y su incidencia en materia de personal), art. 103 (definición de entidades públicas empresariales de ámbito estatal), art. 106 (régimen jurídico del personal de las entidades públicas empresariales de ámbito estatal, indicando que se rigen por el Derecho Laboral), art. 111 (Definición de “sociedades mercantiles estatales”), el Capítulo VI, regula los consorcios, definiéndolos (art. 118), indicando su régimen dualista de personal: laboral o funcionarial (art. 121), y por su parte, el Capítulo VIII aborda el tratamiento de las fundaciones del sector público estatal, partiendo de la definición y de las actividades propias (art. 128)...¹⁵.

Estas reestructuraciones planificadas del sector público vienen acompañadas de directrices generales imperativas tanto en materia de derecho societario como respecto a las medidas de carácter laboral (aparte de la aplicación directa implícita del orden laboral aplicable al sector público de empleo laboral). Así se suele indicar que las modificaciones estatutarias de los entes y, en su caso, las modificaciones reglamentarias de los mismos, en particular, los cambios de denominación, la modificación de fines y la asunción de funciones, así como la transferencia y reordenación de acciones y participaciones sociales, las integraciones, *fusiones*, *las cesiones globales de activo y pasivo* y *cualesquiera otras actuaciones de reestructuración sin liquidación* de entes del sector público que se realicen en aplicación de la presente norma no podrán ser entendidas como causa de modificación o resolución de las relaciones jurídicas con terceros que mantengan dichos entes. En particular, respecto a las medidas de carácter laboral, se indica que dichas medidas iuslaborales, como el redimensionamiento de plantillas y adaptación de condiciones laborales, que se adopten en ejecución de las operaciones de reestructuración y racionalización de los entes del sector público empresarial y fundacional y que resulten necesarias para la consecución de los objetivos de consolidación fiscal y déficit público y para garantizar la viabilidad y sostenibilidad de los entes surgidos de dichas operaciones, se deberán motivar por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de los artículos 39, 40, 41, 51, 52.c y 82.3 y de la disposiciones adicionales vigésima y vigésima primera del ET¹⁶.

¹⁵ Para la identificación y su incidencia iuslaboral, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, cit., págs. 227 y sigs.

¹⁶ No se olvide la posibilidad de una reestructuración en el sector público que pueda comprender medidas *integrales* tanto de reestructuración externa (despidos), como de reestructuración interna (señaladamente, las medidas de regulación de empleo temporal previstas en el art. 47 del

En definitiva, se toma en consideración y se suele precisar los efectos generales de la integración del personal laboral. Una vez efectuados, en su caso, los procedimientos de redimensionamiento de plantillas y adaptación de condiciones laborales, la integración del personal laboral de los entes del sector público que se extinguen en los entes de dicho sector que asuman sus funciones implicará la modificación subjetiva de la relación contractual, sin necesidad de proceder a su extinción y sin que genere derecho a indemnización alguna. Esta incorporación o integración del personal laboral de los entes del sector público que se extinguen, por ejecución de las disposiciones legales, en los entes de este sector que asuman sus funciones, se realizará de acuerdo con lo establecido en el art. 44 del ET. Por otra parte, en el supuesto de que tras la efectiva puesta en funcionamiento de los distintos entes resultantes de las operaciones de reestructuración existiese una disparidad de condiciones laborales de su personal, derivada de la coexistencia de diversos convenios colectivos o de cualquier otro tipo de situación personal o colectiva, se deberá proceder por los procedimientos legales del artículo 39, 40, 41 y 82.3 del ET, así como, en su caso, a negociar en cada ente matriz un nuevo convenio colectivo aplicable a todas las relaciones laborales de su personal. Todo ello sin perjuicio de la fijación por las autoridades públicas competentes de criterios comunes a tener en cuenta en dicha negociación y de las autorizaciones que según la normativa vigente sean exigibles y de acuerdo con lo que se prevea en las correspondientes leyes de presupuestos. En esa secuencia de racionalización del sector público se procede a la regularización de las situaciones derivadas de las operaciones de reestructuración.

ET), con ciertas adaptaciones o modulaciones. Puede consultarse, Alfonso Mellado, C.L.: “Sobre la posibilidad de que las sociedades mercantiles públicas se acojan a medidas de regulación de empleo temporal previstas en el art. 47 ET”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 64 (2013), págs. 205 y sigs., que apunta a una reinterpretación de la Disposición Adicional 1 del ET (“Lo previsto en el art. 47 de esta Ley será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”), conforme a la cual cualquier sociedad mercantil pública de régimen privado (sociedades mercantiles públicas y las demás entidades públicas que se rijan por normas de derecho privado, e incluso y normalmente las entidades públicas empresariales y otras entidades públicas si se financian mayoritariamente con ingresos derivados de la venta de productos o la prestación de servicios) puede acogerse a las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en el art. 47 del ET (Ibid., pág. 220). Se ha hecho referencia también a la inaplicación parcial del procedimiento de regulación de empleo de suspensión y reducción temporal indicando que su justificación no es otra que el ahorro en prestaciones de desempleo a cargo del SPEE, pero que supone también una exclusión injustificada del personal al servicio de la Administración Pública de los mecanismos de flexibilidad interna ex art. 47 del ET. Cfr. Purcalla Bonilla, M.A.: “La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162 (2014), págs. 37 y sigs., en particular pág. 62. Véase también Quintanilla Navarro, R. Y.: *La flexibilidad interna en el empleo público laboral*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2014.

2. LOS SUPUESTOS DE PRIVATIZACIONES Y REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

2.1. Problemática general

La variada y dinámica conformación del sector público determina movimiento de flujos y reflujos en su composición, estructura y configuración organizacional, produciéndose cambios de titularidad de entidades del sector público (“desnacionalización”, “des-municipalización”, externalización de servicios públicos y el conjunto de supuestos que materializan la transferencia de entidades económicas públicas a manos privadas; y también el fenómeno inverso de transmisiones coactivas de empresas privadas “nacionalizaciones” y “expropiaciones de empresas”, “desprivatizaciones” y reversiones o recuperaciones de concesiones administrativas, etcétera¹⁷. Y recuérdese que la opción por lo público o lo privado o su combinación y las distintas formas de privatización están condicionadas por decisiones político-ideológicas que luego se instrumentan y materializan “técnicamente”.

Nótese que las medidas laborales que pueden implicar el plan de redimensionamiento del sector público en lo relativo a los entes instrumentales (sociedades mercantiles de dominio y/o control público, consorcios y fundaciones) pueden suponer en el ámbito laboral la sucesión laboral del empleador público¹⁸;

¹⁷ Sobre la inclusión de estas transmisiones coactivas en la normativa sucesoria ex art. 44 del ET, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, espec., Capítulo II. II. (“El cambio de titularidad por “actos forzosos” o coactivos”, págs. 447 y sigs., incluyendo expresamente el rescate o revocación de servicios objeto de concesión administrativa y a la municipalización de servicios públicos); *Id.*: *La noción de empresas en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999, págs. 17 y sigs. (El objeto de la transmisión en la normativa comunitaria) y 39 y sigs. (El objeto de la transmisión en el sistema del Estatuto de los Trabajadores).

¹⁸ Por ejemplo en los supuestos de fusión de organismos públicos estatales, previstos en el art. 94 de Ley 40/2015.⁷⁴ La aprobación de la norma de fusión conllevará: a) La integración de las organizaciones de los organismos públicos fusionados, incluyendo los medios personales, materiales y económicos, en los términos previstos en el plan de redimensionamiento. b) El *personal de los organismos públicos extinguidos* se podrá integrar bien en la Administración General del Estado o bien en el nuevo organismo público que resulte de la fusión o en el organismo público absorbente, según proceda, de acuerdo con lo previsto en la norma reglamentaria de fusión y de conformidad con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública o en la legislación laboral que resulte aplicable. Los distintos tipos de personal de los organismos públicos fusionados tendrán los derechos y obligaciones que les correspondan de acuerdo con la normativa que les sea de aplicación. La integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición

modificaciones objetivas de los contratos de trabajo, extinciones contractuales o despidos colectivos o por causas objetivas¹⁹ (a lo que cabe añadir, en su caso, los supuestos de extinción de la personalidad jurídica del contratante”, sin sucesión de empresa en la previsión del art. 49.1.g) del ET; o la concurrencia, en su caso, del *factum principis* sin sucesión empresarial prevista en el art. 51.7 del ET)²⁰; y la prohibición de contrataciones “*ex novo*”.

Particular relevancia ha adquirido la problemática de los despidos por causas derivadas del funcionamiento de la organización productiva. En este sentido se ha producido pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación a los consorcios (señaladamente consorcios de unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía; UTEDLT). En varios pronunciamientos se declara que ha existido un fraude de Ley: El art. 8 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, bajo el título “Adaptación del Sector Andaluz de Empleo” establece que “1. El

de «a extinguir», debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades del organismos donde se integren. Esta integración de personal no supondrá, en ningún caso, la atribución de la condición de funcionario público al personal laboral que prestase servicios en los organismos públicos fusionados. De la ejecución de las medidas de fusión no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en los organismos públicos afectados. c) La cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de los organismos públicos extinguidos en el nuevo organismo público resultante de la fusión o en el organismo público absorbente, según proceda, que le sucederá universalmente en todos sus derechos y obligaciones”.

¹⁹ Precisar que en todos estos supuestos la imposición de las sucesión laboral del empleador o cesionario de la entidad económica no tiene por qué impedir que éste nuevo empleador pueda utilizar las vías legales pertinente para proceder a realizar reestructuraciones laborales, modificativas, suspensivas o extintivas, pero siempre que no se basen exclusivamente en el hecho de la transmisión (art. 44.1 del ET y Directiva 2001/23/CE, en su tenor literal y atendiendo a la interpretación finalista llevada a cabo por el TJUE). Véase Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987; *Id.*: “La sucesión de empresa”, en VV.AA.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 579 y sigs.).

²⁰ Sobre los despidos colectivos en las Administraciones públicas, véase Monereo Pérez, J.L.: *Los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2012, *id.*: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, en *Temas Laborales*, núm. 125 (2014), págs. 261 y sigs.; y Rodríguez Escanciano, S.: “Despidos colectivos”, en VV.AA.: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2014; *Id.*: “Reorganización y extinción de estructuras o unidades administrativas”, en VV. AA.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*, Castillo Blanco, F.A. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015, págs. 351 y sigs.; De Soto Rioja, S.: “Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación “casi” tres años desde su reforma”, en *La reforma de las Administraciones Públicas y el Empleo Público*, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Gómez Muñoz, J.M. (Coord.), Sevilla, CARL, 2015, págs. 81 y sigs.

Servicio Andaluz de Empleo adoptará la configuración de agencia de régimen especial de las previstas en el art. 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre... 5. El Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas... del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción”. Por su parte la Disposición Adicional 1ª de la misma Ley establece que el personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial”. En el mismo sentido la DA 2ª del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo, que remite directamente a la aplicación del art. 44 del ET (no caprichosamente, sino justamente porque el supuesto constituye la transmisión de una entidad económica en el sentido del art. 44.2 del ET y, en coherencia con la interpretación finalista del art. 1.1 c) de la Directiva 2001/23/CE efectuada por el TJUE. La STJUE de 20 de enero de 2011, asunto CLECE, C-463/09, excluye de su ámbito la situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal, sin que exista “sucesión de plantillas” respecto de la empresa cesante; por su parte la STJUE de 6 de septiembre de 2011, Ivana Scattolon, asunto C-108/10²¹, aprecia la sucesión *ope legis* del empleador público por una entidad

²¹ El Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) declara que: “1) La subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa constituye una transmisión de empresa incluida en el ámbito de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno de ese Estado miembro. 2) Cuando una transmisión de empresa, en el sentido de la Directiva 77/187, da lugar a la aplicación inmediata a los trabajadores transferidos del convenio colectivo vigente para el cesionario, y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio están ligadas en especial a la antigüedad, el artículo 3 de la referida Directiva se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último. Incumbe al tribunal remitente examinar si se ha producido tal pérdida salarial con ocasión de la transmisión de empresa objeto del litigio principal”. Para esto último, véase la SAN 130/2014, 14 de julio 2014. Por otra parte, la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C328/13), declara que “Procede interpretar el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23/CE..., en el sentido

pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra entidad pública (por tanto, perteneciendo ambas entidades al sector público administrativo, es decir, entidades de Derecho público estricto) y encargada de la prestación a escuelas de servicio auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y de asistencia administrativas, entendiéndose que constituye una transmisión de empresa –afectante a una entidad económica en el sentido de la Directiva 2001/23/CE, esto es comprendiendo en una acepción amplia cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado-, incluida en la Directiva, cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno y no asume tareas inherentes al ejercicio de autoridad pública o tareas o actividades propias del ejercicio del poder público), asimismo la Resolución 20 de abril de 2011, de la Secretaría General de la Administración Pública de la Junta de Andalucía. Pero pese a ello se producen despidos colectivos en fraude de Ley: despedir para así disolver sin que se produjese la sucesión legalmente establecida (fj. 5º, 6º y 7º). Por tanto se declara la nulidad de la decisión extintiva producida y el derecho de los trabajadores a reincorporarse a su puesto de trabajo, con condena solidaria de los empleadores implicados (fallo) (STS ROJ: 1278/2014, de 17 de febrero de 2014. En el mismo sentido, la STS ROJ: 1381/2014, de 20 de febrero de 2014; STS ROJ: 5710/2014, de 11 de diciembre de 2014, con exposición de los anteriores pronunciamientos sobre la misma controversia). En todo caso, si existe una regulación legal expresa (como ocurre en muchas de las normas estatales de reestructuración y racionalización del sector público), aunque no concurren los requisitos exigidos específicamente en la normativa sucesoria nacional y comunitaria, habrá que entender que estamos ante una legítima norma más favorable (lo que prevé la propia Directiva 2001/23/CE, art. 8, estableciendo que su regulación se atiene al principio de norma mínima, de manera que puede ser mejorada por las legislaciones nacionales).

2.2. La externalización de servicios públicos. Contratas y concesiones administrativas y vicisitudes de las prácticas externalizadoras. La reversión al ente público

A través de la externalización se confía a agentes externos (colaboración

de que constituyen «condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo» en el sentido de esta disposición las condiciones de trabajo establecidas mediante convenio colectivo y que, conforme al Derecho de un Estado miembro, a pesar de haber sido denunciado dicho convenio, mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado y en la medida en que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se lleve a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados”.

externa) a la organización titular de la actividad o del servicio parte de la misma como técnica de gestión indirecta (instrumentada jurídicamente mediante distintos negocios jurídicos) tanto en el plano material como en el de la utilización del personal necesario para llevarlas a cabo en condiciones de eficiencia. Mediante una legítima y válida colaboración público-privada se puede acometer la gestión indirecta y la provisión de los servicios públicos. En efecto, en un sentido amplio los entes públicos han hecho uso de distintas técnicas de externalización en la gestión de los servicios públicos cuya titularidad le corresponde, aunque a menudo incurriendo en irregularidades respecto a la obligada observancia de la legislación laboral. La tipología de las fórmulas utilizadas es muy variada: Contratas y subcontratas, concesiones administrativas y encomienda de gestión entre entes públicos: ente público principal o encomendante y entes instrumentales.

La descentralización productiva es una técnica funcional de gestión empresarial que instrumentalmente se basa en la combinación de tres elementos²²:

a) La fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción funcionalmente estructurado.

b) La utilización de empresas especializadas y proveedores “externos”, normalmente en régimen de subcontratación, para su atención, y a través de diversas técnicas de contratación interempresarial. Hay que tener en cuenta, que en el caso de que la empresa principal asigne parte de su proceso productivo, no sólo a una empresa, sino a varios sujetos empresariales implicados, en el que cada empresa lleva a cabo una parte del servicio -utilizando la terminología anglosajonesa conoce con el nombre de *right-sourcing*.

c) La coordinación global de la actividad de estos últimos por parte de la empresa principal (que puede ser perfectamente una Administración Pública o un Ente público instrumental respecto de una empresa auxiliar a la cual se le ha encomendado la gestión de un servicio), que mantiene así el control directivo del entero proceso de producción. La coordinación y la capacidad de decisión de la

²² Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Editorial Ibidem, 1994; Sanguineti Raymond, W.: “Descentralización productiva, subcontratación y calidad en el empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 33, (2006); Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010; libro “Derecho del Trabajo y Crisis económicas”, 2010. Igualmente, Monereo Pérez, J.L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, *Aranzadi Social*, núm. 5 (2006).

empresa principal se hace singularmente más intensa en los supuestos –cada vez más frecuentes en la práctica- de descentralización operada en el marco de un grupo de empresas.

La subcontratación productiva y funcional desde un punto de vista económico es, sin duda, mucho más amplia que desde el ámbito estrictamente jurídico, siendo, criticablemente, su regulación dispersa y muy limitada. El tratar de conocer con rigor técnico-jurídico, además, cuándo procede aplicar el art. 42 del ET se convierte en una labor compleja, que deriva de una falta de precisión del precepto, y asimismo de una doctrina judicial que invoca al casuismo como método tópico más idóneo para interpretar el art. 42 del ET, con lo que ello suscita en términos de una relativa inseguridad e incerteza jurídica. No se indica con nitidez en la regulación legal los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET, y tampoco hay una determinación expresa de qué se entiende por “obras o servicios” correspondientes a la propia actividad. Adelantando una cuestión relevante al respecto: desde la STS 18 de enero de 1995, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina reiterada en el sentido de excluir de la noción jurídicamente indeterminada de la “propia actividad” a las consideradas actividades complementarias inespecíficas; es decir, las meramente “indispensables” para el desarrollo del ciclo productivo, integrando, por el contrario, sólo el supuesto de hecho normativo las actividades “inherentes” al ciclo productivo. Ello supone un vaciamiento extraordinario del supuesto de hecho normativo, pues actividades como la limpieza, vigilancia y mantenimiento normal de la empresa principal o comitente al quedar fuera de la considerada como actividad propia o interna de la empresa implica que los trabajadores quedan privados de las garantías legales previstas para los supuestos de subcontratación ex art. 42 del ET y normas concordantes.

Nótese que esta primera aproximación muestra ya las limitaciones intrínsecas de la regulación del art. 42 del ET frente a todos los supuestos de subcontratación empresarial. El art. 42 del ET contiene una regulación de los deberes y responsabilidades empresariales en los supuestos de subcontratación de obras y servicios. Establece sobre todo medidas cautelares, de extensión del campo de responsabilidad en garantía de los derechos de los trabajadores (que no impide las acciones de reembolso o regreso en las relaciones internas) para evitar fraudes o los efectos negativos sobre los trabajadores de situaciones de insolvencia empresarial. Todo lo cual se puede evitar si las empresas vinculadas a través de las operaciones de subcontratación cumplen de buena fe, como es pertinente, sus obligaciones sociolaborales. Esta norma no tiene sólo el propósito de arbitrar un mecanismo especial de responsabilidad, capaz de garantizar el mantenimiento y la integridad de los derechos de los trabajadores que pertenecen a las plantillas de las empresas

contratistas o subcontratistas. Ahora se comprueba que a pesar de la importancia económica del fenómeno de la subcontratación, actualmente la legislación laboral no se ha adaptado plenamente a una etapa en la que la descentralización productiva, y concretamente la subcontratación, constituye un tipo de gestión empresarial que ha adquirido en la práctica un carácter estructural. A esto se le añade que el precepto ex art. 42 del ET (que es la norma laboral nuclear al respecto) ofrece una redacción notoriamente deficiente e incompleta, anticuada, para dar respuesta a una opción organizativa que se ha consolidado como una técnica estructural del sistema productivo y, en fin, con una oscura redacción que tiene como efecto un enorme listado de problemas sobre los que se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia, pero se han ido aportando soluciones divergentes en un debate que continúa en la actualidad y que plantea un importante problema de inseguridad jurídica sobre la práctica totalidad de los términos y conceptos del precepto de referencia.

Conforme a la indicado, el artículo central del Estatuto de los Trabajadores vigente que hace referencia al fenómeno de la subcontratación es el art. 42 del ET, que delimita el campo de aplicación del supuesto de subcontratación de obras y servicios a “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos”. Y en estos casos, se establecen una serie de obligaciones para los empresarios implicados en el trabajo en contratas, y en la imputación a los mismos de cierto tipo de responsabilidades.

Antes de analizar estos supuestos en su proyección en su proyección en el sector público, lo primero que hay determinar en qué supuestos se aplica el art. 42 del ET Para ello se va a dar contestación a tres interrogantes que derivan de lo establecido en este precepto: delimitar los negocios jurídicos que abarcan los supuestos de subcontratación establecidos en el art. 42 del ET; qué se incluye en el término “propia actividad” para que se pueda aplicar el art. 42 del ET.

El art. 42 del ET delimita el campo de aplicación del supuesto de subcontratación de obras y servicios a “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios...”. El problema está en determinar si la fórmula contractual utilizable sólo se limita al arrendamiento de ejecución de obra (contrato de empresa) y al arrendamiento de servicios, o si por el contrario, abarca otras fórmulas contractuales. Los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET, como tipo contractual habitual son: contratas y subcontratas de obras y servicios por empresa o contrato de empresa (El contratista tiene que estar al frente de una empresa, esto es, que la ejecución de la obra o servicios contratados se lleve a cabo mediante una

organización propia de medios y una gestión a propio riesgo²³. Pero existen numerosos negocios jurídicos, típicos, atípicos, de naturaleza civil, mercantil y administrativa (ejemplos: contratos administrativos, *concesiones administrativas*) que aunque no se denominen “contrato de empresa” coinciden básicamente en su función económico social de relevancia jurídica. Lo que hay que precisar no es la calificación o *nomen iuris* que hayan elegido las partes, sino si existe un encargo llevado a cabo por un empresario por cuenta de otro como consecuencia de haber llevado a cabo una descentralización productiva.

Los contratos o negocios jurídicos que no dan lugar a una contrata del art. 42 del ET son los tipos contractuales que lleven aparejados prestaciones de dar (ejemplos: contrato de compraventa, contrato de suministro²⁴, contratos de arrendamiento de superficie o de local de negocio) y los negocios jurídicos donde la obligación de hacer no reúne la nota de especificidad (ejemplo: contratos de distribución comercial, cuya exclusión es criticable: concesión mercantil, agencia, mediación o corretaje, contrato de comisión y la franquicia; y otras fórmulas externalizadoras fuera del acotamiento legal ex art. 42 del ET). Quedan excluidos del campo de aplicación del art. 42 del ET todos los tipos contractuales que entrañen obligaciones de hacer al margen del tipo legal genéricamente configurado: ejemplos: contrato de transporte, contratos de *engineering* y *outsourcing* informático. Por otra parte, el encargo realizado tiene que estar acotado material y funcionalmente²⁵.

Es así que el problema que plantea la falta de delimitación de los negocios jurídicos que abarcan los supuestos de subcontratación es que muchas empresas utilizan determinados negocios jurídicos que están fuera del concepto de contrata que define el art. 42 del ET y que por tanto no se aplica el régimen de responsabilidades previsto en este artículo, por lo que el empresario principal no asume las responsabilidades previstas en el art. 42 del ET.

Aparte de que el art. 42 delimita su ámbito de aplicación a sólo determinados negocios jurídicos, las obras o servicios que contrate el empresario principal tienen que ser correspondientes a la propia actividad de aquéllos. Parece entonces deducirse que el legislador al incluir el término “propia actividad” quiso que

²³ García Murcia, J.: “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, en *RPS*, núm. 130 (1981), pág. 23.

²⁴ Pero hay que advertir que si en este tipo de contratos la prestación de hacer se presenta sustancialmente unida a la de dar pueden dar lugar a una contrata de obras o servicios (Montoya Medina, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 74).

²⁵ Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010.

se quedaran fuera del art. 42 del ET, y por tanto del régimen de aplicación de responsabilidades en estos casos, determinados supuestos de subcontratación. Pero lo hizo de forma abstracta y a través de un concepto jurídicamente indeterminado: la “propia actividad”. La jurisprudencia, dependiendo del momento, ha ido ampliando o restringiendo el término de propia actividad. Así, en los años setenta, la jurisprudencia mantuvo un criterio prevalentemente extensivo respecto al alcance del término de propia actividad; en los años ochenta, el criterio fue más restrictivo, al identificar propia actividad con la misma actividad, por lo que se quedaron automáticamente fuera las actividades complementarias, auxiliares y accesorias (limpieza, servicios de cafetería, comedor, vigilancia, operaciones de mantenimiento, etc.). Este criterio restrictivo implica excluir del ámbito de aplicación del art. 42 a la inmensa mayoría de las contrataciones de servicios.

Es desde esa fecha y hasta la actualidad, cuando se consolidan los pronunciamientos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina. Es de destacar la STS de 18 de enero de 1995 (Ar 514), (y otras posteriores: STS de 24 de noviembre y 29 de octubre de 1998, Ar 10034 y 9049) en el que incluye en el término “propia actividad” las tareas que integran materialmente el ciclo productivo de la empresa principal por pertenecer al núcleo de actividades desarrolladas por esta y, por otro lado, las tareas accesorias o complementarias pero sólo cuando son absolutamente esenciales para el desarrollo de aquéllas. De esta interpretación podríamos hacernos la pregunta siguiente: ¿están incluidas o excluidas del concepto de propia actividad las actividades complementarias o auxiliares y las accesorias? Ya se ha que el propio Tribunal Supremo en unificación de doctrina no da una solución exacta e invoca al casuismo como método más idóneo para efectuar una adecuada interpretación cabal. Los tribunales vienen entonces realizando una adaptación flexible a través del examen ponderado de cada supuesto específico²⁶. La exclusión de estas contrataciones inmatrimoniales tiene consecuencias especialmente graves para la garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación de servicios y muy especialmente en su proyección en las empresas o grupos de empresas multiservicios, cuya expansión se explica tanto por razones de eficiencia organizativa funcional (vinculadas su misma flexibilidad y capacidad de gestión integral) como –en no menor medida– como instrumento de escape de los instrumentos de protección sociolaboral previstos por el Derecho Social a lo cual se añade las dificultades para identificar

²⁶ Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: “Descentralización económica productiva en el contexto de la crisis económica: El supuesto del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, J.E. (Dir. y Coord.), Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 193 y sigs.

el convenio aplicable a las empresas multiservicios²⁷. Y atendiendo a los objetivos de este trabajo interesa realizar la expansión de la contratación de servicios (por tanto, más por la vía del art. 10 TRLCSP, que regula los contratos de servicios, que por el art. 8 TRLCSP, que contempla los contratos de gestión indirecta de servicios públicos) con empresas multiservicios en el sector público, incluyendo las distintas Administraciones Públicas estatal, autonómica y local, favorecidas por la inclinación (cuestionable y hoy cuestionada por la propia gobernanza administrativa) hacia externalización de la gestión de servicios públicos y por las políticas de austeridad del gasto público²⁸. A ello cabe añadir que la ampliación de espacios de las empresas multiservicios –en el sector privado y en el sector público– también se explica al cambio jurisprudencial muy restrictivo respecto la interpretación del alcance delimitador la noción de “propia actividad” a efectos de la aplicación del art. 42 del ET: sólo lo que es inherente al ciclo productivo y no más ampliamente a lo que resulta indispensable²⁹.

La noción legal de “propia actividad” siempre ha sido objeto de controversia, pues constituye un concepto jurídicamente indeterminado que tiene la funcionalidad de limitar al ámbito de aplicación de la normativa de garantía de los derechos de los trabajadores en los supuestos de subcontratación empresarial. Hay dos grandes interpretaciones respecto de su alcance: una interpretación amplia (que haría referencia a todas las actividades indispensables para el ciclo productivo de la empresa principal o comitente, y necesarias para organizar el proceso productivo, lo que permitiría incluir las actividades complementarias y auxiliares. Todas esas actividades indispensables formarían parte del ciclo productivo o de haz de actividades necesarias para la realización del buen fin de la empresa principal) y una interpretación restrictiva (se aludiría exclusivamente a las actividades esenciales de la empresa principal o comitente, esto es, la función que sería inherentes al núcleo o actividad principal de la empresa principal o comitente, de manera que quedaría excluidas las actividades o trabajos complementarios o auxiliares, que no formarían parte del fin y de los resultados de la empresa, aunque estos fuera indispensables e imprescindibles,

²⁷ Véanse los excelentes estudios de Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Madrid, Ed. Atelier, 2016, págs. 11 y sigs., y Esteve-Segarra, A.: *Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, págs.19 y sigs.

²⁸ Esteve-Segarra, A.: *Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, cit., págs. 27 y sigs.

²⁹ Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, cit., pág. 31. Una exposición en línea crítica sobre esta interpretación restrictiva en su gestación ya originaria, en Monereo Pérez, J.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994, espec., págs. 79-88.

como las actividades de transporte, vigilancia y seguridad, servicios de comedor, servicios de cafetería, actividades de limpieza, etcétera. Sólo las actividades inherentes al fin principal de la empresa integraría el ciclo productivo en sentido estricto y restringido). Teniendo en cuenta que no existe una definición legal de “propia actividad” y tampoco ninguna definición ontológica de “ciclo productivo”, se puede comprender las oscilaciones de la doctrina jurisprudencial, la cual finalmente, utilizando una jurisprudencia de “indicios” y, por tanto, un análisis detenido de cada supuesto concreto, se inclinó por la exégesis restrictiva (paradigmáticamente, STS de 24 de noviembre de 1998, rcud, núm. 517/1998, que considera estrictamente la noción de “propia actividad” como referente únicamente a aquella que engloba las obras y servicios nucleares de la empresa principal o comitente). Pero una tal interpretación de un concepto jurídicamente indeterminado que sirve de condicionante para delimitar el campo de aplicación de las normas que garantizan los derechos de los trabajadores lo que produce es un efecto expulsivo de trabajadores que prestan servicios para empresas contratistas o subcontratistas que realizan actividades complementarias, accesorios o auxiliares para beneficio de la empresa principal o comitente que realiza el encargo en la relación entre contractual por empresas y entre empresas. En otras palabras: un “vaciamiento” progresivo de las normas laborales, con la reducción de las garantías laborales muy especialmente para los trabajadores del “mercado secundario” de la subcontratación (lo cual fue ya advertido antes del giro jurisprudencia en la línea de orientación restrictiva³⁰). La inseguridad e incerteza en la delimitación entre actividades principales, complementarias y accesorias necesarias, como tampoco siempre entre lo que se considera “indispensable” o “inherente” (por ejemplo, SSTS de 24 de noviembre de 1998, RJ 1998, 4770, y de 22 de noviembre de 2002, RJ 2002, 510), *se acentúa y se hace mucho más problemática* en los supuestos de subcontratación en el marco de las Administraciones Públicas, pues excluidas las funciones públicas en sentido estricto que impliquen el ejercicio de autoridad pública, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que su necesidad para los fines del servicio público que se presta se fundamente en el expediente administrativo correspondiente. Aquí tampoco existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con criterio general las diversas fases y operaciones en cuestiones, resulta prácticamente imposible determinar con plena seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos

³⁰ Monereo Pérez, J.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994, págs. 79-88; y posteriormente, *Ibid.*, *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999, págs. 106 y sigs.; y las diversas aportaciones recogidas en VV.AA.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Rivero Lamas, J. (Dir.) y De Val Tena, A. L. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2003.

límites precisos se desconocen y han de ser indagados en cada caso y bajo la prueba de indicios³¹.

Se puede comprobar, pues, cómo efectivamente el art. 42 del ET no regula todos los supuestos de subcontratación empresarial, tan sólo se refiere a las subcontratación de propia actividad. Y en relación a este tipo específico de subcontratación no se regulan todos los aspectos jurídico-laborales, sino la responsabilidad en la que puede incurrir el empresario principal ante incumplimientos en materia laboral y de Seguridad Social, los deberes de información de la empresa contratista-subcontratista tanto a sus trabajadores, a los representantes legales de los trabajadores de su empresa, y a la Tesorería General de Seguridad Social, así como la obligación de la empresa principal de informar a sus representantes de trabajadores de la realización de subcontratación, pues lógicamente va a afectar de algún modo a los trabajadores de su empresa.

Hay que tener en cuenta que el art. 42 del ET no realiza, desafortunadamente, un tratamiento completo del régimen jurídico laboral de la subcontratación, lo que plantea ciertos problemas de coherencia y de dispersión normativa en el tratamiento iuslaboral de la subcontratación de actividades o servicios. Además de haber limitado el campo de aplicación, reduce su regulación a las responsabilidades que en materia “salarial” y de Seguridad Social pueden incurrir el empresario principal, así como algunas obligaciones de la empresa principal y el contratista. Por otra parte, hay un supuesto de imputación *preventiva* de responsabilidad de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, en el marco de la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Se establece que: “De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores [el “empresario principal”] responderá solidariamente *durante el año siguiente a la finalización del encargo*” objeto de la subcontratación (art. 42.2, párrafo 2º, del ET), conforme a la redacción dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social). De este modo, el empresario principal, no queda liberado por completo de corresponsabilidad respecto de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas/subcontratistas. La norma refuerza la tutela del crédito salarial, pero también tiene la finalidad preventiva de evitar supuestos de fraude o abuso de derecho en las operaciones de subcontratación. En materia de Seguridad Social se impone, además, un deber de comprobación del cumplimiento de las obligaciones de alta

³¹ Rodríguez Escanciano, S.: “Externalización y empleo público en régimen laboral”, en VV.AA.: *Crisis y externalización en el sector público: ¿Solución o problema?*, Ortega Álvarez, L. (Dir.), Madrid, INAP, 2011, págs. 231 y sigs.

en la Seguridad Social de los trabajadores en los supuestos de subcontratación (art. 5 del RD.-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido). Preside aquí, igualmente, la finalidad de lucha contra el fraude a la Seguridad Social (Véase Ley 13/2012, de 26 de septiembre).

Ahora bien, otro tipo de responsabilidades (como es en materia de Prevención de Riesgos Laborales), están reguladas en su normativa específica. Así, los artículos 24 (“Coordinación de la actividad empresarial”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y el art. 8 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que regula aspectos de la prevención de riesgo laborales, y entre ellas señalando las obligaciones de coordinación en materia preventiva (art. 8.3) e indicando que las empresas que contraten con trabajadores la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas, y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por estos trabajadores (art. 8.4)³².

En todos estos casos, el contratista o subcontratista debe ejercer efectivamente sus poderes directivos (artículos 1 y 20 del ET) respecto de sus propios trabajadores, sin que este poder directivo pueda ser substraído y asumido fácticamente por el empresario principal (empresario privado o ente público), a riesgo de que se incurra en el distinto supuesto de cesión ilegal de trabajadores ex art. 43 del ET. El tenor de este último precepto es contundente al incorporar los criterios indiciarios consolidados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, SSTS de 25 de octubre de 1999, rcud, 1792/1998, de 16 de junio de 2003, rcud, 3054/2001, de 15 de abril de 2010, rcud, 2259/2009, de 27 de septiembre de 2011, rcud, 4095/2010; ATS de 11 de febrero de 2016, rcud, 700/2015), a saber: “En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca algunas de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario” (art. 43.2).

³² Véase García Murcia et altri: “Prevención de riesgos laborales”, en VV.AA.: *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2009, págs.123 y sigs., y ampliamente Olarte Encabo, S.: *Prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos*, Granada, Ed. Comares, 2009; Aguilar Martín, M.C.: *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Granada, Ed. Comares, 2015.

El art. 42 del ET se aplica tanto a las contrata mercantiles como a las concesiones administrativas, como negociados jurídicos que instrumentan la gestión indirecta de actividades o servicios de titularidad propia o de competencia el empresario o ente público que realiza la descentralización de la actividad o del servicio objeto de la contratación para su gestión indirecta. El mismo cambio de la rúbrica del precepto (“subcontratación de obras o servicios”) facilita esa inclusión por su carácter genérico y amplio (aparte de permite otros tipos contractuales). Ahora bien, dentro de los mecanismos de colaboración en el marco de la Administración Pública y sus entes instrumentales presenta un singular protagonismo la encomienda de gestión³³, en la que la colaboración en la prestación de servicios no se articula entre Administración y empresa privada, sino *entre dos entes públicos*. (Véase contratos de gestión de servicios públicos o contratos de servicios en los arts. 8 y 10 del TRLCSP). La diferencia de este supuesto de externalización respecto de las contrata y subcontratas del art. 42 del ET viene determinada por la común naturaleza pública de las instituciones participantes y por las especiales características de la relación entre ellas, lo que supone una mayor dificultad para diferenciar entre la existencia de un negocio jurídico válido y una típica cesión ilegal de trabajadores, atendiendo ante todo a la estrecha vinculación y dependencia de las partes contratantes (v.gr., STSJ Murcia de 4 de mayo de 2015, CENDOF). Esa encomienda de gestión está regulada en el art. 15 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precepto en el que se contempla la posibilidad de que los órganos administrativos o las entidades de Derecho público encomienden la realización de actividades que son de su competencia a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración por razones de eficacia o cuando no posean los medios técnicos idóneos para desempeño; el mismo precepto concreta que la encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia (la regulación se completa con la TRLCSP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). De su caracterización técnico-jurídica debe realizarse la configuración de “*medio propio*”³⁴, toda vez

³³ La encomienda de gestión es una técnica de externalización diferenciada respecto a la técnica típica de la subcontratación o el recurso a los negocios jurídicos de contrata o subcontratas, aunque su régimen de responsabilidad se podría incluir en el art. 42 del ET, si más allá de que estamos ante la conexión entre dos entes públicos, se atiende al hecho de que lo que se materializa es un negocio jurídico entre entes públicos para instrumentar la descentralización de actividades o servicios públicos bajo la subordinación y control –y no simple coordinación– de la entidad pública principal o encomendante.

³⁴ Cfr. Arts. 8 del TRLCSP; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en ella se delimita el sector público y en particular el sector público institucional (art.2), se regulan los “convenios” (Cap. VI, arts. 47 y sigs.) y, en particular, el art. 86, que hace referencia a los “medios propios y sector técnico”.

que la entidad adjudicataria o encomendada ostenta tal posición en relación con la entidad pública que encomienda, poniendo de relieve que se inserta en la esfera del penetrante poder de control de la misma. El hecho del control y el ejercicio de facultades directivas sobre los trabajadores de la entidad adjudicataria por parte de la entidad pública principal ha planteado serios problemas respecto a la posible aplicación del art. 43 del ET por concurrir el supuesto de hecho, a diferencia de los supuestos de descentralización típica delimitados ex art. 42 del ET de utilización muy frecuente en el sector público³⁵.

En no pocos casos el problema suele reconducirse –dentro de una línea oscilante- que no se estaría ante un auténtico supuesto de descentralización, sino ante la realidad jurídica de una cesión ilegal basándose exclusivamente en el criterio de dependencia estricta en relación a la entidad pública principal (empresario real) (STS de 19 de febrero de 2014, CENDOJ). Ahora bien, no se adopta ese criterio de modo definitivo, pues en otros pronunciamientos se justifica esas prácticas de encomienda como forma legítima de gestión no especulativa entre entidades del sector público, pasando a un segundo plano la confusión entre plantillas y el control real de la actividad por la entidad principal (STS de 14 de febrero de 2014, CENDOJ). De este modo, la cesión ilegal quedaría circunscrita a la constatación de que se han superado los límites de la encomienda por las tareas efectivamente desarrolladas (STS de 16 de septiembre de 2014, CENDOJ, con la consecuencia iuslaboral de asumir las responsabilidades que impone el art. 43 del ET y entre ellas que derecho de opción del trabajador que podrá optar por permanecer en la plantilla de la entidad pública principal y no en la de la empresa instrumental. Lo que conduciría a que el trabajador adquiriera la condición de indefinido no fijo³⁶.

³⁵ Vila Tierno, F.: “Descentralización productiva: contratas y subcontratas”, en VV.AA.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*, Castillo Blanco, F.A. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015, págs.325-327; y en una perspectiva más amplia, Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral, en la misma obra colectiva, *passim*, y respecto a las irregularidades en la contratación y la apreciación y sus consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores, 244 y sigs. También, Soto Rioja, S.: “Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”, en *El Impacto de la Negociación Colectiva sobre la Segmentación Laboral* (J. Cruz, Coord.), Tirant lo Blanch, 2015, págs., 602-674.

³⁶ Por cierto, el Tribunal Supremo ha declarado que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva RPT, supuesto en que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos estatutarios. Cfr. STS de 7 de julio de 2016, rec. 2536/2014, ROJ: STS 3867/2016 –ECLI:ES:TS: 2016: 3867.

Precisamente para evitar la incurrir en cesión ilegal de trabajadores a través distintas vías de externalización de la gestión de servicios admitidas por el TRLCSP, la Disp. Ad. 1ª del RDL 20/2012 en los fenómenos de externalización se había previsto que antes de 31 de diciembre de 2012 se deberían dar las instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externos que se hubieran contratado³⁷. En todo caso, se debería garantizar que la encomienda de gestión cumple con la finalidad propia de una externalización o descentración funcional *interna* entre entes públicos dotada de *lege ferenda* -frente a la ambigüedad actual- de garantías laborales equiparables a las previstas en el art. 42 del ET.

En tales supuestos de cambio de titularidad (absorción de entes instrumentales; desaparición y asunción de funciones por un organismo público; “fusión de municipios”; absorción de Fundaciones y sociedades mercantiles o de consorcios. Se aplica el art. 44 del ET, como regla general. Primero, por la previsión expresa de las normas de reestructuración del sector público (v.gr., RD 122/2015, de 27 de febrero, que impone la sucesión legal de la entidad de Derecho público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo respecto del personal laboral –y también funcional- del extinguido Organismos Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo); y segundo, por el mismo sometimiento directo de la Administración absorbente a la legislación laboral, aun respetando los principios contenidos en los artículos 23 y 103 del texto constitucional. Y, finalmente, si se integra el supuesto de hecho del art. 44 del ET, los convenios colectivos – que puedan regular estas situaciones a efectos iuslaborales- han de respetar su aplicación y actuar regulativamente en los términos previstos en el propio art. 44 del ET, el cual establece un sistema integrado de garantías jurídicas (sucesión legal del empleador en los contratos de trabajo vigentes; responsabilidad solidaridad por deudas entre los empleadores implicados; garantías colectivas de información, consulta-negociación y garantías institucionales de permanencia de las instituciones representativas; a lo que cabe añadir las garantías prevista a efectos de la Seguridad Social ex art. Art.168 (“Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”), apartado 2, y Art.142 (“Sujeto responsable”) del TRLSS/2015)³⁸.

En primer lugar, el art. 120 TRLCSP de 2011, hace referencia a la “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”, estableciendo, al efecto, que “En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación

³⁷ Vila Tierno, F.: “Contratas y subcontratas en la Administración Pública...”, cit., págs. 334-341.

³⁸ Véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: “Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, E. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2014, y la bibliografía allí citada.

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”.

Respecto a la externalización por el cauce jurídico de las contrataciones típicas, cabe dejar constancia de que en el art. 227 RD.-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), se regulan principalmente los aspectos administrativos de las prácticas de “Subcontratación” pública³⁹, a través de una detallada regulación⁴⁰.

³⁹ Véase la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE, en cuyo art. 71 se regula la subcontratación pública. Cfr. Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, en VV.AA.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Castillo Blanco, F.A. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015, págs. 211- 283, en particular págs. 241 a 244.

⁴⁰ Estableciendo: “1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta

Desde el punto de vista laboral a la subcontratación pública resulta aplicable en sus propios términos el art. 42 del ET y norma concordantes, salvo que

que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

3. La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.

4. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

5. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 60.

6. *El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.*

7. Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f)

excepcionalmente se integre un fenómeno constitutivo de cambio de titularidad empresarial (incluida la doctrina jurisprudencial de la “sucesión o asunción de que plantillas”) en cuyo caso se aplicaría en principio el régimen de sucesión laboral previsto en el art. 44 del ET. El art. 42 del ET contiene una regulación precisa de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, y establece además un conjunto de garantías de responsabilidad solidaria entre el empleador principal y los contratistas y subcontratistas⁴¹. El art. 42 impone un sistema de garantías jurídicas reforzadas que, entre otras, comprende derechos de información y consulta (en relación con el art. 64 del ET) y un sistema de responsabilidades de solidarias por deudas entre los empresarios implicados. Igualmente los art. 24 (“Coordinación de actividades empresariales”) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone de normas específicas de carácter preventivo. El art. 24 LPRL afronta la problemática de la concurrencia de empresarios responsables de la observancia de normas y medidas de prevención de riesgos profesionales; esto es, los supuestos en los que en un mismo lugar de trabajo coincidan trabajadores que forman parte de la plantilla (o personal) de diversas empresas que cooperan entre sí. No es baladí el hecho de que gran parte de los accidentes laborales tienen lugar en actividades de coordinación y de coexistencia de empresarios en un mismo lugar o centro de trabajo, entendido en sentido amplio, esto es, cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. De manera que se mantiene una concepción funcional o instrumental del centro de trabajo a

8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

9. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restante Administraciones Públicas, si bien la referencia a las prohibiciones de contratar que se efectúa en el apartado 5 de este artículo debe entenderse limitada a las que se enumeran en el artículo 60.1”.

⁴¹ Puede consultarse al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994; *Ibid.*: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, núm. 5, (2006); Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Granada, Ed. Comares, 2002; Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Fundación Alternativas, 2010; Montoya Medida, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004; Nures Torres, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de “contrata de propia actividad”*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004; Soriano Cortés, D.: *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, CARL, 2007; Kahale Carrillo, D.T.: *Descentralización productiva. Un estudio sobre la contratación de actividades descentralizadas*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2011; García Blasco, J. y De Val Tena, A.L. (Dirs. y Coords.): *La subcontratación en el sector de la construcción*, 2^a ed., Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2009; Falguera Baró, M.A.: *La externalización y sus límites*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2015.

efectos de la predisposición y de la aplicación de normas de prevención de riesgos del trabajo. La concurrencia de empresarios y de trabajadores en un mismo lugar de trabajo constituye en sí un factor de riesgo.

La interrelación entre los supuestos del art. 42 del ET y 44 del mismo cuerpo legal ha planteado siempre problemas de gran complejidad, como después se indicará. En el caso de cambio de adjudicataria en la concesión de la gestión para que exista subrogación es preciso que la empresa saliente proporcione a la entrante la documentación prevista en el convenio colectivo, sin que baste comunicar al titular del servicio (Ayuntamiento) tan sólo la relación de personal (STS. ROJ: 5432/2014, de 19 de noviembre de 2014).

Como se puso de relieve la multiplicación de las actividades de las Administraciones Públicas ha propiciado las políticas de gestión privada de servicios públicos en todos los niveles administrativos (central, autonómico y local). Esas prácticas se han extendido y más que desaparecer, como resulta visible, se vienen produciendo flujos y reflujos, es decir, de atribución de gestión indirecta por entidades privadas, y de ésta a su retorno o reversión a manos públicas (fenómeno de republicación institucional de la gestión –en el ámbito local, remunicipalización de la gestión de servicios municipales-; no de la titularidad del servicio público que siempre ha sido pública). La recuperación de la gestión del servicio público se puede instrumentar a través de la integración directa en la Administración Pública actuante, o a través de entes instrumentales (como es el caso de las sociedades mercantiles)⁴². Todo ello bajo el presupuesto de que no necesariamente la eficacia es un atributo *per se* de la gestión directa pública o indirecta privada, sino que dependerá de las circunstancias concurrentes.

La externalización comporta numerosos problemas en la esfera iuslaboral, y de mayor envergadura cuando se trata de supuestos en los que estén implicados alguna Administración Pública o un ente público instrumental, porque, entre otras cosas, entra en juego directamente el interés público en el mantenimiento en condiciones de eficiencia del servicio público, los entes públicos tiene que respetar las garantías de acceso a los empleos públicos, existen límites presupuestarios, etcétera). La reversión de la gestión del servicio es con mucho el más problemático.

⁴² Sobre estos la problemática iuslaboral de los entes instrumentales, véase Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, VV.AA.: *Reestructuración de las Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Castillo Blanco, F.A., y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015, págs. 211 y sigs.

En los supuestos de reversión de contratas o concesiones administrativas siempre se han suscitado arduos problemas y con muchas oscilaciones en la doctrina judicial y, desde luego, científica, en lo que se refiere a las transmisiones de empresas, despidos colectivos, etcétera. En el momento actual respecto a transmisión de empresa (Directiva 2001/23/CE; y art. 44 del ET), cabe diferenciar dos supuestos:

1. En primer lugar, que la transmisión actualice el supuesto de hecho de la norma aplicable, a saber: Que haya transmisión de elementos instrumentales o infraestructura necesaria para el ejercicio o continuidad de la empresa u organización productiva (la integración de la noción de entidad económica). Su concurrencia determina la aplicación *ope legis* del art. 44 del ET (incluidos los supuestos de contratas o concesiones materializadas que implica traspasos de infraestructura empresarial. Así, por ejemplo, STJCE de 20 de noviembre de 2003, Abler C-340/01, relativa a los cambios de titularidad del comedor de un hospital).

2. Que pese a ello –al no existir transmisión de elementos instrumentales necesarios para el ejercicio de la actividad o servicio- estemos ante una entidad económica donde lo relevante no sea la infraestructura sino la mano de obra adscrita a la actividad organizada, y entonces podría concurrir la doctrina de la *sucesión o asunción de plantillas* con el mismo resultado de aplicar la normativa sucesoria laboral legal en la transmisión de empresa [(en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra –y no tanto en los elementos de activo, materiales o inmateriales- la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla (véase, en este sentido, la sentencia TJUE, CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 41, y antes, SSTJCE de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal, C-127/1996, 24 de enero de 2002, Temco, entre otras muchas)⁴³, y SSTS 27 de octubre de 2004, RJ 7202, de 25 de enero de 2006, RJ 2006, 2687, de 12 de julio de 2010, rec. 2300/09, y de 7 de diciembre de 2011, rec. 4665/10, entre otras]. En tal caso, se aplica también el art. 44 del ET, al considerarse que

⁴³ STJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto C-463/09), entiende que la Directiva 2001/23/CE “no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal”. También nuestro Tribunal Supremo, entiende que la reversión al Ayuntamiento de una Escuela de Música por abandono del concesionario no hay sucesión empresarial ex art. 44 del ET, porque el Ayuntamiento no continúa la actividad: no hay sucesión de empresa ni subrogación de los contratos de los trabajadores. En tal caso la empresa contratista o concesionaria podrá proceder a extinguir por la vía del art. 51 o 52.c) del ET (STS ROJ 5440/2014, de 17 de noviembre de 2014).

existe que el cambio de titularidad ha tenido por objeto una “entidad económica”. Este criterio aporta tan sólo una cobertura muy limitada y condicionada la decisión voluntaria y discrecional de la empresa o entidad cesionaria o a quien revierte la actividad o servicio objeto de contratación, pues, en última instancia, de ella depende la opción unilateral de asumir un número esencial o sustancialmente relevante del personal laboral de la empresa contratista o concesionaria. Y a sabiendas de que ello supondría la aplicación *ex lege* del conjunto de garantías previstas en el art. 44 del ET y demás normas del grupo regulador de las garantías sociolaborales en la sucesión de empresas. Por ello convendría realizar una interpretación extensiva de la noción de “entidad económica” que permitiera incluir a los supuestos de cambio de titularidad en contratos cuyo objeto son actividades o servicios desmaterializados (En este sentido el camino seguido por la Jurisprudencia del TJUE es insuficiente y se ha quedado a medio camino para extraer todas las consecuencias respecto a las empresas desmaterializadas del sector terciario; o, en otro caso, *de lege ferenda* incluir expresamente estos cambios de titularidad en el art. 44 del ET dotándolos de las peculiaridades que se estimen pertinentes. Y en ambos casos, prescindiendo del criterio de la sucesión o asunción voluntaria por el nuevo titular de una parte esencial de la plantilla como *condictio iuris* para la aplicación automática e *ipso iure* del sistema de garantías sociolaborales en la transmisión de empresa⁴⁴.

En todo caso, convendría matizar reflexivamente que la “entidad económica” como objeto de la transmisión (es decir, como objeto de actos o negocios jurídico-económicos dentro del tráfico jurídico) se entiende en sentido amplio y flexible, atendiendo a las características de la “forma empresa” en los sectores y subsectores del sistema económico. Ello se resuelve en una concepción iuslaboral de “entidad económica”. La “entidad económica” se configura como tipo normativo flexible –de textura abierta– capaz de modularse atendiendo a las distintas formas de empresa contemporánea. Es así que este concepto jurídico es capaz de abarcar tanto el modelo clásico e industrial –materializado– como potencialmente el modelo postindustrial –desmaterializado– de empresa transmisible⁴⁵.

⁴⁴ Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999. Id.: “Dimensión laboral de la transmisión de empresa y nuevas formas de organización productiva”, en *Tribuna Social*, núms. 238-239-240 (2010); Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Madrid, Ed. Atelier, 2016.

⁴⁵ Monereo Pérez, J.L.: “Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, J.E. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2010, pág. 131.

3. Que no se esté en ninguno de los dos supuestos anteriores, y en tal caso, haya todavía la posibilidad de una subrogación convencional o contractual (vía convenio colectivo –normalmente de ámbito sectorial y no generalizada, pues, para todos los ámbitos de las contrataciones desmaterializadas cuyo elemento esencial es la actividad y mano de obra organizada por la empresa contratista⁴⁶ como opera como fuente de Derecho objetivo realizando un tratamiento singular del supuesto de hecho de la subrogación laboral y sus consecuencias jurídicas y siempre que la Administración actuante esté incluida en su ámbito de aplicación –lo que no debe confundirse con la exigencia de una necesaria firma de la norma colectiva por el ente público concernido-; o pliego de condiciones administrativas en la contratación pública⁴⁷; para este último supuesto de subrogación o sucesión laboral por acto de autoridad contractual instrumentando a través de las condiciones generales de la contratación en las que se resuelve técnicamente los pliegos de cláusulas administrativas, véase STS 30 de abril de 2014, rec. 1416/2013, y en relación a ello discutiendo la obligación de subrogación sin apoyo legal o en las condiciones generales de la contratación administrativa (pliegos de cláusulas de contratación, STS 16 de marzo de 2015, rec. 1009/2014). En todo caso –y sin perjuicio de lo que se indicará después- hay que tener que el

⁴⁶ De ahí sus límites intrínsecos, a saber: condicionamiento a que exista un convenio colectivo –expresión formal de un acuerdo entre las partes negociadoras-, y a que ese acuerdo sea efectivamente aplicable a la empresa o entidad cesionaria, y con la salvedad que el régimen jurídico de la subrogación o sucesión convencional para empresas desmaterializadas (a las que se aplica esta solución convencional) será el previsto en el propio convenio colectivo y no en la normativa pública. Puede consultarse Monereo Pérez, J.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, 1986/Tomo II.; id.: “Dimensión laboral de la transmisión de empresa y nuevas formas de organización productiva”, en *Tribuna Social*, núm. 239 (2010); y Rodríguez Escanciano, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas en el sector público*, Madrid, Iustel, 2013, págs. 328 y sigs.

⁴⁷ La sucesión laboral del empleador público puede venir impuesta por convenio colectivo aplicable o en el pliego de condiciones. En ambos casos se configura una “subrogación por vía convencional” o “contractual administrativa”. La cuestión no está exenta de litigiosidad (v.gr., la problemática del convenio aplicable a los trabajadores afectados; la vinculación de la Administración al convenio colectivo). Pero ante una subrogación o sucesión convencional que la imponga la Administración o ente público administrativo actuante ha de atenderse al cumplimiento de la normativa laboral aplicable (art. 7 del EBEP, relativo a la “Normativa aplicable al personal laboral”, a cuyo tenor: “El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”). Esta subrogación o sucesión empresarial de origen contractual contenida en las cláusulas subrogatorias contractuales ha sido también relevante a efectos de la apreciación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la normativa laboral ex art. 44 del ET ya de antiguo. Véase, por ejemplo, SSTS de 7 de noviembre de 1991 (Ar. 813), de 5 de abril de 1993 (Ar. 2907), de 29 de diciembre de 1997 (Ar. 9641)... SSTS de 20 de septiembre de 2010, Rec. 17/2010, y de 4 de junio de 2013, Rec. 58/2012, etcétera.

art. 85 del TRLCSP contempla los “supuestos de sucesión de contratista”, y que deja bien nítidamente que “la obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro en ella, *no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales*, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate”. En tal caso, resulta obvia la remisión implícita del art. 85 del TRLCSP al sistema legal de garantías laborales previsto en el art. 44 del ET, norma de transposición en Derecho interno de la Directiva 2001/23/CE y que, por tanto, ha de interpretarse con arreglo a ella, sin perjuicio de poder incluir una normativa más favorables (art. 8 de la Directiva).

En todo caso la regulación que pueda contener los pliegos de contratación administrativa no son ilimitadas. Por un lado, no pueden impedir la aplicación *ex lege* de las garantías previstas en la normativa laboral (señaladamente, organizadas alrededor de su eje, el art. 44 del ET). Por otro lado, se plantea el problema de si los pliegos de contratación pueden imponer la subrogación al margen de la normativa legal en lógicamente en supuestos que no son subsumibles en el art. 44 del ET. Aquí parece existir una solución contrapuesta desde la doctrina administrativista y la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Desde aquélla se afirma que de no existir convenio colectivo, el pliego de cláusulas administrativas no podría, en principio, establecer la obligación de subrogación *ex novo*, toda vez que – se afirma- afectaría a terceros (trabajadores de la empresa saliente), y excedería del ámbito administrativo y de la relación jurídica entre la Administración y el contratista. Sin embargo, para la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, es posible establecer este tipo de subrogación independiente y fuera de los supuestos típicos ex art. 44 del ET, pues la experiencia jurídica de la contratación administrativa contempla la realidad de su establecimiento en el pliego de condiciones aunque no sea muy frecuente (SSTS de 20 de septiembre de 2010, Rec. 17/2010, y de 4 de junio de 2013, Rec. 58/2012)⁴⁸.

⁴⁸ Sobre esta tensión subyacente entre las lógicas administrativa y laboral de percepción de la cuestión controvertida, véase la nítida exposición al respecto de Castillo Blanco, F.: “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios públicos”, en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 58-59, Iustel, febrero-marzo (2016), apartado IV (“Las previsiones contenidas en la legislación contractual pública y su alcance”). Ahora bien, este autor por afirma que, en principio, la exigencia y consiguiente aceptación de subrogación no puede considerarse como un criterio de adjudicación válido. Ello “no es posible ni se ajusta a los criterios que pueden establecerse en un procedimiento de adjudicación contractual. Por otra parte, “el incumplimiento de la subrogación de los trabajadores en los mismos derechos y obligaciones que disfrutaban con la anterior empresa contratista no es causa de resolución del contrato por parte de la Administración contratante porque no está establecida como tal ni en el TRLCSP, salvo de que se hubiese contemplado en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (Informe de la JCCA 63/2011, de 17 de julio de 2012) o se previeran penalidades en

4. Que no estándose ante ninguno de los supuestos anteriores, concurra la sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET (ni exista, pues, convenio colectivo o pliego de cláusulas administrativas que la imponga, ni tampoco “sucesión de plantillas”). Se trata de una subrogación o sucesión laboral que opera una *cesión de contrato* de Derecho común, cuya validez ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señaladamente en relación a las empresas de handling (STS 29 de febrero de 2000, RJ 2000, 2413, entre varias sobre el mismo asunto), que constituye una modificación subjetiva de los contratos de trabajo por cambio del empleador y que exigiría necesariamente el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación modalizada del art. 1205 del Código Civil.

5. Que no existiendo ni transmisión de empresa por vía legal, convencional o contractual, al final la empresa concesionaria o contratista se vea obligada a realizar despidos por causas empresariales, y en particular por causas productivas, rigiéndose –al tratarse de una empresa privada- por el régimen laboral general del ET, es decir, básicamente, los artículos 51 o 52.c) del ET.

En este sentido, la STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14, resulta clarificadora de la posición actual del Alto Tribunal comunitario respecto a la identificación y delimitación de lo objeto de la transmisible que actualiza el supuesto de hecho de la normativa sucesoria laboral, pues distingue entre reversión de actividad que se basa esencialmente en el equipamiento o infraestructura material y reversión de actividad sin ese equipamiento. En el primer supuesto entiende que se ha de aplicar la Directiva 2001/23/CE y la correspondiente normativa de transposición interna. El artículo 1.1 de la Directiva 2001/23, acota su ámbito de aplicación indicando que se aplicará a de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. Precisando que se considerará transmisión a efectos de la Directiva la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio, por un lado, y por otro, que será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro (precisando, que la “reorganización administrativa” de las autoridades públicas administrativas y el

los mismos. La obligación de subrogación de los trabajadores incluida en el Pliego de Cláusulas Administrativas se limitan a regular las relaciones entre la Administración y el Contratista, por lo que, en este caso, corresponderá a los órganos de la jurisdicción laboral la competencia sobre la no subrogación material y, asimismo, corresponderá a la jurisdicción laboral conocer el recurso sobre, en su caso, el despido de los trabajadores”.

traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán una transmisión a efectos de la presente Directiva). El Preámbulo de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, deja constancia de las razones socio-económicas que subyacen a su promulgación, a saber: “la evolución económica implica, en el plano nacional y comunitario, modificaciones de las empresas, que se efectúan, entre otras formas, mediante traspasos a otros empresarios de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, como consecuencia de fusiones o cesiones”, por un lado, y por otro, que “son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos” (Preámbulo, apartados 2 y 3).

La normativa de transposición en el Derecho interno establece que se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria (art. 44.2 del ET). En el sistema del art. 44 del ET el objeto de la transmisión puede quedar integrado por la empresa como organización socioeconómica de una actividad productiva determinada (o complejo de actividades productivas), siendo lo transmitido una unidad organizativa empresarial apta para el ejercicio de la actividad productiva después de consumarse el acto productor del cambio de titularidad. A efectos del art. 44 del ET no interesa meramente la empresa, según el modelo clásico, como explotación, negocio o industria, es decir, como objeto del Derecho en términos de complejo de bienes organizados, sino, más complejamente, como unidad de trabajo susceptible de tener vida propia en la realización de determinados fines técnicos (de producción, de cambio o de servicios para el mercado)⁴⁹.

Pues bien, en el caso planteado –resultante de una cuestión prejudicial- ADIF es una empresa pública titular del servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de Bilbao. Este servicio se presta a Renfe Operadora. Mediante un contrato de gestión de servicios públicos, ADIF *externalizó* la gestión de dicho servicio, adjudicándola a la empresa Algeposa. Algeposa prestaba este servicio en las instalaciones de ADIF con grúas propiedad de esta última. Ulteriormente, ADIF comunicó a Algeposa que no deseaba prorrogar la contrata, ya que prestaría ella misma con su propio personal el servicio de que se trata en el litigio principal. ADIF comunicó también a Algeposa su

⁴⁹ Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999, págs. 60 y 66, *passim*.

negativa a subrogarse en los derechos y obligaciones de ésta frente a su personal. Como consecuencia de esta situación, Algeposa procedió a un despido colectivo por causas productivas de varios trabajadores, entre ellos el Sr. Aira Pascual, que antes estaba adscrito a la ejecución de la contrata celebrada con ADIF.

Aira Pascual interpuso una demanda contra ADIF, el Fondo de Garantía Salarial y Algeposa ante el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, basándose en que, al extinguirse la contrata celebrada con Algeposa, ADIF estaba obligada a subrogarse en la relación laboral de ésta con su personal. Según el Sr. Aira Pascual, la reversión a ADIF, como gestonaria directa, del servicio examinado en el litigio principal constituía una sucesión de empresa a efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Por consiguiente, el Sr. Aira Pascual solicitó que se declarase el despido nulo o, en su defecto, improcedente y que se condenara a ADIF a readmitirle. Dicho Juzgado estimó la demanda del Sr. Aira Pascual declarando improcedente el despido y condenando a ADIF a abonarle una indemnización pertinente. El mencionado Juzgado consideró que, al negarse a reemplazar a Algeposa en la relación laboral que ésta mantenía con el Sr. Aira Pascual, ADIF había infringido la obligación derivada del art. 44 del ET, en su interpretación conforme con la Directiva 2001/23/CE. A su juicio, se había producido una transmisión de empresa, ya que el servicio de que se trata en el litigio principal seguía prestándose con los mismos medios materiales esenciales para su prestación, para el mismo cliente y en las mismas instalaciones. ADIF recurrió esta sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «El art. 1.[1.]b) de la Directiva 2001/23, en relación con su art. 4.1, ¿se opone a una interpretación de la legislación española destinada a darle efectividad, que excluya del deber de subrogación por el hecho de que una empresa del sector público, titular de un servicio inherente a su propia actividad y que precisa relevantes medios materiales, que ha venido realizando mediante contrata, imponiendo al contratista el uso de esos medios de su propiedad, decide no prorrogar la contrata y asumir directamente su realización, valiéndose de personal propio, excluyendo al que la contratista empleaba, de tal modo que el servicio se sigue llevando a cabo sin más cambio que el que proviene de la sustitución de los trabajadores que desarrollan la actividad y su sujeción a un empresario diferente?».

En el proceso de decisión de la cuestión prejudicial el TJUE, parte de la premisa constituida por los antecedentes pronunciamientos del propio TJUE, indicando que ha declarado que la circunstancia de que el cesionario sea un

organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE (véase, en este sentido, la sentencia CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 26 y jurisprudencia que allí se cita). Por tanto, el hecho de que la persona jurídica de que se trata en el litigio principal sea una empresa pública titular de un servicio público no la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE. En segundo lugar, atiende al alcance de la normativa sucesoria ex art. 1 de la Directiva 2001/23/CE y de la normativa nacional aplicable, precisando que a este respecto, de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que el ámbito de aplicación de esa Directiva 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 (véanse las sentencias Abler y otros, C340/01, EU:C:2003:629, apartado 41, y CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 30). El TJUE ha considerado asimismo que la Directiva 2001/23/CE es aplicable 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 esas tareas (véase, en este sentido, la sentencia CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 31). Es así que se desprende que no cabe excluir que la Directiva 2001/23/CE sea 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 (fjs. 25-30).

Por otra parte, en una situación como la del litigio principal, procede señalar, en primer lugar, que la actividad económica de que se trata, a saber, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, no puede considerarse una actividad esencialmente basada en la mano de obra, ya que *requiere un equipamiento importante* (por consiguiente, no es un problema de sucesión de plantillas en supuestos de cambio de titularidad, en el sentido de la STJUE 20. 1. 2011, asunto CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 41), sino un típico supuesto de cambio de titularidad de una entidad económica de *base material, donde resulta fundamental la infraestructura material, equipamiento e instalaciones*. Por lo demás, la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23. En este sentido, observa reiterando pronunciamientos anteriores, que. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario

no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C340/01, EU:C:2003:629, apartado 42). En una situación como la del litigio principal, procede señalar, en primer lugar, que la actividad económica de que se trata, a saber, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, no puede considerarse una actividad esencialmente basada en la mano de obra, ya que *requiere un equipamiento importante*: ADIF puso a disposición de la contratista grúas y locales, que se revelan elementos importantes para llevar a cabo la actividad de que se trata en el litigio principal. Por lo tanto, insiste, esta actividad económica y laboralmente organizada objeto de externalización contractual se basa esencialmente en el equipamiento material. De ello se infiere que, como ha señalado significativamente la propia Comisión Europea en sus observaciones escritas, una interpretación del art. 1.1, letra b), de la Directiva 2001/23 que excluyera del ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que 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 (fj. 36-40). Finalmente, y en relación a ello, por lo que se refiere al hecho de que ADIF no se hiciera cargo del personal de Algeposa, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23, en un sector como el del litigio principal, en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento. Una interpretación diferente iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aun en contra de la voluntad del cesionario (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C340/01, EU:C:2003:629, apartado 37). Por consiguiente, el hecho de que ADIF no se hiciera cargo de los trabajadores de Algeposa 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. En definitiva, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, si ha existido o no una transmisión de empresa en el litigio principal fjº. 41-43).

Pero inequívocamente el fallo –que expresa la decisión del Alto Tribunal sobre la cuestión prejudicial planteada- no deja sombra de duda (por su misma

fisonomía clásica) respecto a la pertinente aplicación de la normativa sucesoria. En efecto, el TJUE declara que “en virtud de todo lo expuesto”: “El art.1.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, *debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación* de esa Directiva 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, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal”. Es difícil expresarse más nitidamente respecto a la cuestión de fondo objeto de la cuestión prejudicial planteada. Eso se por respecto a la jurisdicción nacional será está la que deberá apreciar las circunstancias concurrentes (“En definitiva, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, si ha existido o no una transmisión de empresa en el litigio principal”; fjº. 43), pero en realidad el problema suscitado era precisamente si se aplicaba o no en estos casos de reversión de una entidad económica dotada de infraestructura material e instalaciones la normativa sucesoria en cuestión. En suma, el tribunal nacional lo tiene sumamente fácil.

Se podría pensar que esta importante Sentencia es totalmente innovadora, pues bien aunque pueda parecerlo, en realidad no lo es tanto, porque está extrayendo las consecuencias lógicas de la concurrencia del supuesto de hecho de la normativa sucesoria en su sentido interpretativo y tipológico general y **clásico** (art. 1 de la Directiva 2001/23/CE). En primer lugar, hay transmisión de una entidad económica materializada (ni era el caso de aplicar la doctrina de la “sucesión de plantillas” porque el objeto del cambio de titularidad –la entidad económica- no residía exclusiva o principalmente en la mano de obra en torno a la actividad económica y laboralmente organizada, sino justamente en los elementos esenciales indispensables para el ejercicio de la actividad pública gestionada indirectamente en régimen de contrata o concesión administrativa); en segundo lugar, es irrelevante la propiedad o titularidad de los bienes e instalaciones afectos al ejercicio de la actividad; en tercer lugar, la normativa sucesoria se aplica en los supuestos en que el cesionario sea una Administración Pública o un ente público en conexión con empresas o entes privados con los cuales se contrate la gestión de un servicio público. A mayor abundancia de argumentos, la reversión

del servicio se realiza precisamente para continuar su ejercicio pero en régimen de gestión directa por la entidad pública a la cual revierte la actividad, lo cual es una consecuencia necesaria de que el servicio público objeto de la contratación de gestión (sucesión constitutiva) no desaparece, sino que ha de continuar dado su carácter esencial para la comunidad.

Toda esta problemática de la reversión o recuperación de concesiones administrativas ha venido inquietando desde hace tiempo a la doctrina científica y jurisprudencial. Así, en supuestos de reversión producida en el ámbito de la gestión indirecta que venía realizándose por medio de concesiones administrativas (todas relativas a la gestión del servicio de recaudación de contribuciones e impuestos), las SSTS 10 junio 1991 (A/5141), 13 marzo, 9 julio 1991 (A/5879), 24 julio de 1990 (A/2069) -que crearon, inicialmente, jurisprudencia en este supuesto de hecho- exigieron para que la asunción directa por la Administración genere normalmente la aplicación del art.44 del ET que, además de la transferencia o recuperación de la actividad (en virtud del acto de concesión), lo entregado al concesionario -y que recibe posteriormente el ente público concedente- fuese la infraestructura u organización básica para la explotación del servicio; único supuesto en el cual el cambio de concesionario o la asunción del servicio por la administración, daría lugar a la sucesión laboral del empleador prevista en el art.44 del ET. Frente al distinto criterio que habían sentado, por ejemplo, en las SSTS 19 junio 1989, 9 octubre 1988, 26 mayo 1988, 24 noviembre 1987, 30 octubre 1987, STSJ.Murcia, 5 noviembre 1991 (AL, nº.9/1992)⁵⁰, STSJ. C.Valenciana, 11 octubre 1991 (A/5847) -que contempla un supuesto de sustitución entre empresas concesionarias de servicios y estima la aplicación al caso del principio sucesorio previsto en el art.44.1 del ET- y las muchas posteriores, porque éste ha sido, y continúa siéndolo, uno de los supuestos de más intensa controversia judicial⁵¹. Un giro importante se plantea con

⁵⁰ Por ejemplo, según esta Sentencia la recaudación de los recursos económicos municipales constituye una actividad permanente y propia de los Ayuntamientos que pueden ser gestionados de forma directa por la propia entidad local, organismo autónomo local o sociedad mercantil cuyo capital pertenezca a la entidad local, o de forma indirecta por tercero, de modo que si el Ayuntamiento del caso adjudicó por un tiempo de 5 años el servicio de recaudación municipal a una persona para que llevase a cabo tal actividad con el personal adecuado, al término de dicha concesión o adjudicación, tratándose de un servicio permanente municipal, la gestión del mismo revierte a dicho Ayuntamiento, por lo que, de conformidad con los arts.44 del ET y 59 de la Ordenanza Laboral para la recaudación de impuestos y exacciones municipales, la rescisión de la adjudicación o concesión no puede determinar la extinción de los contratos de trabajo del personal afecto a la recaudación, sino que los mismos pasan a depender del Ayuntamiento al asumir dicha gestión.

⁵¹ Para el posicionamiento originario de la doctrina judicial al respecto, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Editorial Ibidem, 1994; *Id.*: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”,

la STJUE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95 Süzen, que instauró la doctrina denominada de la “sucesión de plantillas”⁵². La dirección expansiva del supuesto de hecho de la Directiva se consolida con la importante STJUE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco, que asumiendo dicha doctrina de la “sucesión de plantillas” (apartado 26) declara que la Directiva sobre transmisión de empresa “debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato”. Por otra parte, la STJUE de 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98 Collino y Chiappero (TJUE 2000, 195), considera aplicable la Directiva sobre transmisión de empresa en los supuestos en los que una entidad que presta servicios públicos, gestionada por un organismo público integrado en la Administración del Estado, es transmitida a título oneroso en régimen de concesión administrativa, por decisión de los poderes públicos, a una sociedad de Derecho privado, de manera que los empleados públicos quedan amparados por las garantías previstas en la Directiva sobre transmisión de empresas. En esa secuencia de evolución –no siempre diacrónica, ni por supuesto lineal- del TJUE, se da un paso en un dirección más estricta con la STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C463/09 CLECE, rechazando la sucesión laboral del empleador público

en *Relaciones Laborales*, Tomo 2, Ed. La Ley, 1986, págs. 55 y sigs.; *Id.*: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999, espec., págs. 106 a 122 (Sobre la problemática de “La identificación de la empresa en el sector terciario a efectos del art. 44 LET: la ‘empresa-organización’ y ‘empresa-actividad’”, y las oscilaciones jurisprudenciales al respecto), y la bibliografía allí citada.

⁵² En ella se afirma que “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 aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), 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” (apartado 21, de la Sentencia e Süzen).

en un supuesto de reversión cuando no hay “sucesión de plantillas” (apartados 41 a 44), 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.

Interesa subrayar que conforme a la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo (pero también la más reciente doctrina del TJUE⁵³), que asumió la doctrina de la “*sucesión de plantillas*” (especialmente a partir de la STS de 27 de octubre de 2004, RJ 2004, 7202, y mantenida después, por ejemplo, en STS de 17 de junio de 2008, RJ 2008, 4229), la contrata o la concesión administrativa no son en sí mismas unidades productiva o entidades económicas en el sentido de la Directiva y del art. 44 del ET (núcleo de la normativa de transposición en el Derecho interno), salvo que no encontremos como elementos adicionales al hecho mismo de la contrata o concesión (el tipo contractual que formaliza la relación jurídica entre la entidad adjudicante o comitente y la entidad adjudicataria), a saber: transmisión de infraestructura material necesaria para el ejercicio de la actividad o bien que el nuevo titular de la contrata o concesión o la entidad pública en reversión de la actividad gestionada indirectamente se haga cargo de ella y de ocupación a un número significativo de trabajadores si la contrata o concesión tiene por eje fundamental la mano de obra (doctrina de la “sucesión de plantillas”, postulada primero por el propio TJUE y después por imperativo del principio de primacía del Derecho social comunitario por el TS ante todo a partir del año 2004). Aunque en un supuesto peculiar resulta de interés

⁵³ La argumentación de la STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C463/09 CLECE es muy expresiva respecto a esa posición del Tribunal comunitario: “Ahora bien –observa–, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta *también* de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Süzen, apartado 15; Hernández Vidal y otros, apartado 30, e Hidalgo y otros, apartado 30). En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, 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” (apartado 41). Añadiendo seguidamente, en consecuencia, que “de ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 (apartado 42). “Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal” (apartado 43 y fallo apartado 44).

lo declarado en la STS 17 de julio de 2016, (Sentencia 644, rec. 349/2015, ROJ STS 3880/2016 –ECLI:ES:2016: 3380). En ella se mantiene el criterio de que no existe sucesión de empresa en el supuesto en que el Liceo Politécnico SLU tenía suscrito un contrato de servicios con la empresa recurrente, Aramark Servicios Catering SLU, para que dos empleadas llevaran a cabo funciones de monitoras en el comedor del Centro, mientras los alumnos consumían los alimentos que se preparaban en las cocinas centrales de Aramark. La propia empresa de servicios Aramark comunicó al Liceo su decisión de dar por terminado el contrato con efectos de 23 de enero de 2014, pretendiendo que por el Centro de enseñanza que se asumieran los contratos de las dos monitoras de comedor, a lo que se negó el Liceo, porque pasaría a realizar el servicio con empleados propios y personas voluntarias, como efectivamente ocurrió.

Tampoco se pueden oponer sin más preceptos como el art. 301.4 del RD.-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) (“A la extinción de los contratos *de servicios* [no de gestión del servicio público], no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”), si su aplicación contraviene de alguna manera la Directiva 2001/23/CE, pues habría que entender que cedería paso en su aplicación en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario y su carácter inderogable frente a la legislación del Derecho nacional⁵⁴. La del art. 301.4 TRLCSP se trata de una prohibición explícita de la consolidación de trabajadores que haya prestado servicios objeto del contrato de servicios par aun ente del sector público en la entidad contratante. Pero los preceptos no pueden ser objeto de aplicación e interpretación aislada en el ordenamiento jurídico. Basta reparar también en la prohibición del art. 43 del ET, y es obvio que el art. 43 del ET concede un derecho de opción de los trabajadores afectados consistente en que “los trabajadores sometidos a tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria” (que puede ser un ente público). Añadiendo además una prefiguración *ex lege* del estatuto jurídico-protector del trabajador afectado, a saber: “Los derechos y obligaciones del trabajador en la

⁵⁴ Como estima C. Alfonso Mellado: “La afirmación del art. 301 TRLCSP no puede, ni impedir la aplicación del art. 44 del ET, que deviene imperativa en atención a las normas comunitarias cuya interpretación siempre ha considerado que la Administración Pública no queda eximida de las obligaciones en materia de sucesión de empresas (STCE 26/09/2000, C-175/99, asunto Mayer; STUE 29/07/2010, C-151/09, asunto UGT/FSP), ni tampoco debe entenderse como una prohibición absoluta de que la Administración asuma el personal con ciertos condicionamientos” (“La reversión a la gestión directiva de servicios públicos. Problemas laborales”, en *RDS*, núm. 73 (2016), pág. 37).

empresas cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto, sin bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal⁵⁵. Lo que, como bien se apunta, podría chocar con los principios que regulan el acceso al empleo público (art. 23 CE)⁵⁶. Ello no obstante, la Administración y en general los entes del sector público no se puede abstraer de la aplicación de la legislación laboral en su condición de empleadores. Como es sabido la cuestión se ha resuelto de manera harto insatisfactoria –sin duda– a través de la creación judicial de la figura del “indefinido no fijo” (que después pasaría a consagrarse en el art. 8.2.c) del EBEP, que incluye entre los empleados públicos al “personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal”⁵⁷. En todo caso, la falta de una regulación legal más adecuada del personal laboral que presta servicios en la Administración que precisara en concreto su estatuto jurídico, está contribuyendo a la creación de conflictos jurídicos de relevancia. Se trataría de un estatuto reforzado que, reclamando la razonabilidad jurídico-social garantista del Derecho del Trabajo clásico, sea efectivamente disuasorio de las prácticas irregulares y de las anomalías en la contratación laboral efectuadas por las Administraciones Públicas con manifiesto incumplimiento de las ordenamiento laboral. Por lo demás, ello viene impuesto expresa y concretamente por la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, que incorpora el Acuerdo Marco CE-UNICE-CEEP sobre el trabajo de duración determinada y su correcta y autorizada interpretación por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 4 de julio de 2006, TJUE 2006, 181, asunto Adeneler, C-212/04, y 7 de septiembre de 2006, TJUE 2006, 224, asunto Cristiano Marrossu y Sardino, C-53/04)⁵⁸. Ya en sí la

⁵⁵ Véase la STC 196/2000, de 24 de julio, relativa al despido de trabajadores después de la declaración judicial de vinculación contractual como trabajadores de la empresa cedente.

⁵⁶ Castillo Blanco, F.: “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios públicos”, en Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 58-59, Iustel, febrero-marzo (2016), epígrafe IV.2 y apartado V (“La situación jurídica de los trabajadores que se incorporan a la Administración y de aquellos que se decida prescindir de la prestación del servicio de que se trate”).

⁵⁷ Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 67 (2014), apartado 2 (“Irregularidades en la contratación laboral: Fraude de Ley en la contratación laboral y cesión ilegal de trabajadores. La problemática de la adquisición de la condición de personal laboral indefinido no fijo”), págs. 16 a 29, y la bibliografía allí citada.

⁵⁸ Basta reparar –y dando por reproducido aquí todo el texto del Acuerdo– en las “Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (Cláusula 5)” del Acuerdo Marco, a cuyo tenor: “1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos,

misma figura de los indefinidos no fijos resulta controvertida y con problemáticas consecuencias jurídicas⁵⁹, porque no resuelve correctamente el problema: los trabajadores indefinidos mantienen una posición jurídicamente precaria y marcada por la inseguridad jurídica, su situación es existencialmente conflictiva determinando la “judicialización”. Y es que la figura jurídica del “indefinido no fijo” en las Administraciones Públicas, por actuaciones jurídicamente irregulares de la Administración actuante (art. 8.2. c) del EBEP), constituye en sí una anomalía jurídica que ha tratado de escapar a la lógica específica del Derecho del Trabajo creando una categoría jurídica contractual (y de tipo de trabajador) situada en un espacio vacío de intersección entre el trabajador indefinido y el trabajador temporal. Todo ello implica acudir al cauce de extinción indemnizada previsto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Ello no obstante, esta figura “legal” del indefinido no fijo” tampoco tiene la virtualidad de disuadir o de persuadir eficazmente a la Administración de las malas prácticas y de la utilización de las fórmulas irregulares de contratación o de cesión ilegal de trabajadores, permitiendo una gran discrecionalidad a la Administración actuante al disponer de modo unilateral sobre las condiciones de trabajo y de extinción del vínculo jurídico-laboral: su misma debilidad contractual comporta una mayor disciplina y adhesión a las decisiones adoptadas unilateralmente por la dirección administrativa⁶⁰.

No se olvide que la sucesión o subrogación legal ex art. 44 del ET comporta, en principio el mantenimiento del estatuto regulador aplicable a los trabajadores y que el cambio de titularidad en sí mismo no se puede aducir como justificado

introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación e tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determina; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”. Todo ello partiendo de la premisa de que la partes sociales firmantes del Acuerdo Marco “reconocen que los contratos de duración determinada son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores” (Preámbulo del Acuerdo Marco). Importa retener esta doctrina por ella incumbe a todos los poderes públicos nacionales, tanto al legislador como a los órganos judiciales en su respectiva labor garantista de los derechos laborales.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, las SSTs de 6 de octubre de 2015, RcuD 2592/2014, y de 27 de octubre de 2015, RcuD 2244/2014.

⁶⁰ Monereo Pérez, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia, cit., págs. 27-29, con una reflexión crítica y propositiva al respecto. Reclamando igualmente una regulación específica de carácter especial cuya necesidad se impone ante la confusión e inseguridad que genera la insuficiencia y aporías del marco normativo vigente, apartado Castillo Blanco, F.: “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios públicos”, cit., apartado VI.

motivo para la extinción del contrato de trabajo (Capítulo II. “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores”, artículos 3-6, de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo; y art. 44 del ET, norma nuclear de transposición de la misma al ordenamiento jurídico interno).

En todo caso, esto no resuelve los problemas planteados una vez admitida, en su caso y con las puntualizaciones indicadas, la sucesión laboral del empleador público. En tal caso habría que distinguir dos supuestos:

1º. El primero, que se trata de una reversión para la gestión directiva por la propia Administración Pública o entes públicos instrumentales, en cuyo caso el problema que se plantea es si los trabajadores fijos de plantilla de la contratista o concesionaria originaria pasarían como tales trabajadores en esa condición. En principio se podría dar la respuesta afirmativa conforme al principio sucesorio ex art. 44 del ET, esto es, el mantenimiento de la condición de fijos. Ahora bien, la adquisición de la condición de personal fijo puede entra en colisión con las normas que al amparo del art. 23 CE exigen en el acceso al empleo público el concurso de méritos y capacidad en condiciones de igualdad. Ante lo cual podría resolverse el problema reclamando la figura del trabajo indefinido no fijo, que los coloca en una situación provisionalidad a la espera de la convocatoria de las plazas de que se trate, de manera que si la obtienen no hay problema, pues consolidan su derecho, pero si no la obtienen verían extinguido su contrato de trabajo con el abono compensatorio del importante de la indemnización prevista para los contratos temporales (STS 4 de febrero de 2016, rec. 2638/2014) [Lo cual no deja de ser discutible ya que estamos ante trabajadores “indefinidos” –aunque no fijos-, en cuyo caso lo más coherente sería garantizar el abono de una indemnización no inferior a los veinte días de salario por año de antigüedad...]. Por otra parte, esta solución hermenéutica no deja de ser problemática desde la lógica de la normativa sucesoria contenida en la Directiva 2001/23/CE y en el art. 44 del ET, como norma de transposición de aquélla, y que conduciría a la consolidación de trabajadores fijos en la Administración Pública o ente público actuante. Por lo demás, no se olvide que las propias reversiones no son irreversibles, pues siempre puede tomarse una válida decisión de re-privatizar (externalizar) la gestión del servicio público a través de entes privados, no incluidos en el sector público (ni siquiera en el sector público empresarial o fundacional).

2º. El segundo supuesto consiste en que se trate de una reversión no hacia la Administración Pública o la Entidad de naturaleza pública-administrativa (sector público administrativo), sino de una sociedad mercantil pública (sector público empresarial), rigiéndose en lo principal por el Derecho privado en general (art. 106 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre); y en lo laboral por el ET

(artículos 2 y 7 del EBEP, y art. 1 del ET, señaladamente el apartado 3.a) de dicha disposición estatutaria). En tal caso, no habría problemas jurídicamente relevantes para entender que la sucesión legal comportaría la asunción del personal laboral en las mismas condiciones de fijeza ostentadas con la empresa contratista o concesionaria (sosteniendo ese criterio las SSTS 18 de septiembre de 2014, rec. 2320 y 2323/2013)⁶¹ y el mantenimiento del estatuto jurídico aplicable a las relaciones laborales en curso. En todo caso no son pocas las normas de racionalización del sector público general (v.gr. Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, artículos 3, 5, 8 y 9), autonómico (v.gr., Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía) y local (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) las que –con buen criterio en esto– establecen expresamente el principio de sucesión legal del empleador del sector público.

Una vez admitida la sucesión de empresas en el caso de la reversión de un servicio organizado para su gestión, dejando a salvo la concurrencia efectiva de los requisitos necesarios para la integración del supuesto de hecho de la normativa aplicable, el imperativo legal y la coherencia con la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 del ET (y atendiendo al art. 7 del EBEP), obliga a aplicar el régimen jurídico laboral de garantías generales previstas en ese grupo normativo regulador que integra el Derecho social comunitario y el Derecho nacional; en definitiva en las mismas condiciones legales y convencionales que se venían aplicando en la empresa contratista o concesionaria en la cual prestaban servicios con adscripción a la actividad o servicio público objeto de contrata o concesión.

⁶¹ En este sentido Alfonso Mellado, C.: “La reversión a la gestión directiva de servicios públicos. Problemas laborales”, cit., pág. 40.