

La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales.

[05/10/2017](#) - [Estudios y Comentarios](#)

El debate político ha puesto en cuestión la posibilidad de que las Administraciones Públicas recuperen la gestión de servicios públicos que estaban siendo objeto de gestión por entidades privadas. Frente a la tendencia potenciada por razones ideológicas de eliminar la prestación directa de servicios públicos para derivarla hacia entidades privadas, en los últimos años se viene observando en determinados países europeos una tendencia de signo contrario. La cuestión ha cobrado especial dimensión en el ámbito de las Entidades Locales y, por las razones que se verá, prestando especial atención a las sociedades públicas; de ahí que me centraré en ese ámbito en este análisis. [...]

Carlos L. Alfonso Mellado es Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Valencia

El artículo se publicó en el número 69 de la revista EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho (Iustel, mayo 2017)

I. INTRODUCCIÓN

El debate político ha puesto en cuestión la posibilidad de que las Administraciones Públicas recuperen la gestión de servicios públicos que estaban siendo objeto de gestión por entidades privadas(1).

Frente a la tendencia potenciada por razones ideológicas de eliminar la prestación directa de servicios públicos para derivarla hacia entidades privadas, en los últimos años se viene observando en determinados países europeos una tendencia de signo contrario(2).

La cuestión ha cobrado especial dimensión en el ámbito de las Entidades Locales y, por las razones que se verá, prestando especial atención a las sociedades públicas; de ahí que me centraré en ese ámbito en este análisis. No obstante lo anterior, las conclusiones que al respecto pueden establecerse son, en principio, generales para todas las Administraciones Públicas con los matices que en su caso se expondrán y teniendo en cuenta además que, en algunos casos, las medidas necesarias pueden venir facilitadas por disposiciones legales o tener que adoptarse con rango legal, por lo que tienen mayor capacidad de actuación las administraciones general y autonómica que pueden proponer los correspondientes proyectos de ley en esos ámbitos – estatal y autonómico –, a aprobar en los correspondientes parlamentos sobre los que pueden ejercer su capacidad de influencia; por el contrario las Entidades Locales dependerán siempre de lo que al respecto pueda legislarse en los mencionados ámbitos, sin capacidad real de promover esos proyectos de ley, más allá de la influencia política que puedan desarrollar para que se adopten.

Por otro lado estas medidas están sujetas obviamente a un juicio de oportunidad, que no es jurídico.

En efecto, la recuperación de esa gestión de servicios públicos tiene sentido si va a permitir que los mismos se presten en términos de mayor eficiencia, que se puede medir bien en términos económicos, bien en términos de calidad de servicio – aunque difícilmente será asumible un mayor coste del mismo –.

En ese debate cabe, incluso, plantearse si los objetivos de mayor eficiencia y calidad de servicio y empleo pueden conseguirse en el propio ámbito de la gestión privada, cuando esta ya exista y mediante una mejor

configuración de la misma y un mayor control de la forma en que se desarrolla.

Incluso al respecto son muchas las vías a explorar: pliegos de condiciones más concretas, medidas de control y seguimiento, clausulado social en términos que sean jurídicamente aceptables, sociedades mixtas públicas-privadas, etc. Incluso un tránsito no inmediato hacia la reversión total al sector público, pasando, por ejemplo, por fórmulas mixtas inicialmente.

En todo caso, insisto, ese es un juicio de oportunidad no jurídico o, al menos, esencialmente político, aunque lógicamente deberá tomar en consideración los problemas jurídicos.

Además, las decisiones que se adopten han de tomar en cuenta los problemas de empleo que se pueden generar porque no parece que sea asumible que se deteriore la situación de las condiciones laborales, que en muchos de estos casos de gestión privada son ya de por sí bastante precarias(3) y que no pueden precarizarse más por una vuelta a lo público basada exclusivamente en la reducción de costes, como también habrá que cuidar que esté garantizada la prestación del servicio público y la calidad en la misma,

Dicho lo anterior es cierto que en algunos esta reversión de la gestión a manos públicas puede ser más eficiente, incluso en los tres términos esenciales: coste, calidad del servicio, condiciones laborales(4).

Nada demuestra, y más bien la realidad ha evidenciado lo contrario, que la gestión privada sea siempre mejor y más barata, incluso cabe pensar que la gestión directa supone en ciertos casos un ahorro de costes casi seguro – evita en algunos casos el abono del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), hace desaparecer el coste que suponía el lógico beneficio empresarial, etc.-

De hecho se ha expuesto con apoyo en informes del Tribunal de Cuentas de 2013 que “los servicios privatizados presentan sobrecostes que van del 22% a más del 90%, respecto el servicio prestado de forma directa, con encarecimientos medios del 27% en recogida de basuras o el 71% en limpieza”(5).

Ahora bien esto no puede generalizarse sin más ni pueden obviarse los problemas de que la gestión directa obliga a la entidad pública a disponer de medios materiales y técnicos (los humanos en buena parte pueden obviarse por la subrogación de plantilla), y no siempre es claro que la entidad pública disponga de ellos, ni que pueda prescindir de unos elementos técnicos en la gestión que generalmente se aportaban por la entidad privada que gestionaba y que pueden ser difíciles de sustituir, especialmente, cuanto más tecnificado o complejo sea el servicio en cuestión.

En todo caso esta recuperación de la gestión, en el momento actual, plantea problemas no laborales muy diversos y, por supuesto, también problemas laborales que no deben ignorarse porque pueden hacer aconsejable operar con mucha prudencia al respecto e incluso acudir a otras fórmulas intermedias más seguras. Me ocuparé lógicamente de estos últimos, pero quiero exponer algunas cuestiones sobre los otros porque es esencial que estas decisiones se adopten de forma meditada, con la suficiente seguridad jurídica y valorando todos los aspectos que plantean.

Por otro lado no quiero dejar de apuntar que este texto se redacta en un momento en el que está en debate el proyecto de ley de presupuestos para 2017 que contiene una Disposición que podría afectar a la materia, la Disposición Adicional 27ª(6). En realidad dicha Disposición es extraordinariamente contradictoria pues, tras señalar que en los procesos de reversión no se podrá integrar como empleados públicos al personal de los contratistas privados, señala que a este personal se le aplicarán las reglas sobre sucesión de empresa laborales, reglas que precisamente conducen a lo contrario, es decir a la integración en la Administración a la que revierte el servicio, y además, como se verá, no puede ser de otro modo en virtud de las normas comunitarias a las que aludiré y de la interpretación de las mismas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; es de esperar que el iter parlamentario, mediante las enmiendas planteadas, aclare la Disposición, pero en cualquier caso, si hay que aplicar las reglas laborales sobre sucesión de empresa, habrá que estar a cuanto se dice con posterioridad y posiblemente solo cabrán dos posibilidades: la integración como personal indefinido no fijo o la integración como personal laboral fijo a extinguir, en los términos que más adelante razonaré.

También es problemática la regla sobre aplicación de las tasas de reposición al personal que por estas vías se integre en empresas mercantiles de capital público, lo que podría limitar los supuestos de subrogación

entrando en conflicto con las normas europeas que al respecto garantizan ese derecho en los supuestos de transmisión de unidades productivas y que se han declarado plenamente aplicables en el sector público, remitiéndome a lo que luego expondré.

La prevalencia del ordenamiento europeo en esta materia, y la aplicación directa de sus normas en el ámbito público, conducen a que la única solución viable sea la aplicación de las reglas sobre sucesión de empresas laborales en los términos que se exponen en el apartado correspondiente de este trabajo, siendo deseable que así se aclare, en su caso, en la correspondiente norma.

Por el contrario, la Disposición Adicional 35^a del mismo proyecto no es aplicable ni plantea problemas en relación con estos procesos de reversión porque, aunque impide reconocer la condición de indefinido salvo sentencia judicial, lo está haciendo en relación con supuestos de contratación irregular o, en su caso, de cesión ilegal de trabajadores, pues, como se desprende de todo el contexto de la Disposición, se está aludiendo a la necesidad de cumplir escrupulosamente la legislación laboral en materia de contratación; son, pues, supuestos diferentes a los de sucesión de empresa en los que precisamente es la legislación laboral y su cumplimiento los que obligan a la integración del personal, que no puede obviarse por la Administración que actúa sujeta al principio de legalidad y que tiene una clara interdicción del comportamiento arbitrario; problema distinto es como combinar la legislación laboral con las normas que regulan el acceso al empleo público pero a ello precisamente me refiero posteriormente en este trabajo.

II. LOS PROBLEMAS NO LABORALES

Al respecto analizaré en primer lugar el conjunto de problemas no laborales a considerar y posteriormente intentaré diferenciar entre las entidades empresariales que dentro del sector público se sujetan a las normas de derecho público y aquellas otras, especialmente las sociedades mercantiles, que ajustan su funcionamiento al derecho privado(7).

1. Las cuestiones no laborales a tener en cuenta

La decisión de recuperar la gestión de un servicio público que había sido objeto de concesión o contratación con una entidad privada ha de adoptarse con todas las garantías exigibles en el marco del procedimiento administrativo; ha de ser decidida, pues, por el órgano competente de la respectiva Administración, previa la tramitación del correspondiente procedimiento y, en la resolución que se adopte, deberán tenerse en cuenta todas las normas aplicables tanto de orden administrativo – procedimiento y contratación -, como presupuestarias y financieras en orden a la estabilidad, así como las que rijan en general el funcionamiento de la propia Administración.

En este sentido debe contemplarse de modo específico si se trata de una recuperación del servicio ante la finalización del contrato que en su día se realizó por el que se adjudicaba su gestión a una entidad privada, normalmente un contrato de gestión de servicios públicos, conforme a los artículos 8 y 275 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), o de una resolución del mismo como consecuencia de razones de interés público que justifican el rescate del servicio por la Administración para prestarlo directamente (lo que lógicamente puede hacer a través de entidades dependientes de la misma)(8).

En el último caso, además de que habrá que justificar las razones de interés público que justifican el rescate, hay que tener en cuenta las posibles indemnizaciones a la entidad privada conforme al art. 288 del citado texto legal, que comprende incluso: “*los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización*”.

También puede darse esa situación en los contratos de servicios contemplados en los artículos 10, 301 y siguientes y en el anexo II del Texto Refundido citado, que también pueden ser objeto de desistimiento por parte de la Administración sin perjuicio de abonar el precio de los servicios o trabajos ya prestados.

La diferencia entre uno y otro contrato es clara, aunque no siempre se tome en consideración; no es lo mismo, por ejemplo, encargar a una empresa privada la gestión del polideportivo municipal – gestión de servicio público -, que encargarle el mantenimiento de los ordenadores de la entidad local – contrato de

servicio -.

Así, esencialmente, los contratos de gestión de servicios públicos contratan la prestación de servicios que va a repercutir directamente sobre los ciudadanos: servicios deportivos, limpieza viaria, jardinería y parques, etc. Los contratos de servicios, por el contrario, repercuten generalmente sobre servicios a la propia Administración que los contrata – mantenimiento informático, limpieza de las dependencias administrativas, etc. -.

En todo caso, los costes de la finalización anticipada de los contratos pueden hacer en bastantes casos desaconsejable esta opción de reversión o recuperación anticipada, por lo que será más lógico esperar a su finalización, sin perjuicio de abrir un expediente por infracción que condujese a la rescisión del contrato, opción compleja y llamada sin duda a generar conflictividad judicial, pero que no debe ignorarse cuando existan incumplimientos de suficiente entidad, comprobados y demostrables.

Por otro lado, la Administración que recupere el servicio, por una u otra razón, deberá decidir si lo presta directamente o lo presta a través de una entidad dependiente de la misma que pueda considerarse medio propio y, en este sentido, si lo hace a través de una entidad de derecho público o de una sujeta al régimen privado(9), específicamente y en lo que puede ser habitual en esta última opción, una sociedad mercantil de capital público.

En todos esos casos se deberá tener en cuenta el régimen jurídico aplicable y, claro, las limitaciones que puedan existir para la creación y mantenimiento de estas entidades, limitaciones que pueden ser considerables en atención a las normas de estabilidad presupuestaria y reajuste de las Administraciones Locales si no se garantiza una situación de equilibrio financiero de las mismas. Me remito a lo que a continuación expondré, pero dejo ya establecido que la opción, por ejemplo, por la gestión a través de una sociedad mercantil pública (también a través de una entidad pública empresarial o cualquier otra posibilidad) exige demostrar que es una fórmula más sostenible y eficiente, teniendo en cuenta criterios de rentabilidad y recuperación de las inversiones que se efectúen. Esto es esencial sobre todo en el ámbito local conforme a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, aunque lo mismo debe entenderse en general en relación con cualquier otra Administración.

También lógicamente y especialmente en el caso de las Entidades Locales ha de contemplarse la posible situación de las mismas en orden a su estabilidad presupuestario-financiera, pues pueden existir problemas si la entidad concreta está sujeta a un plan de ajuste o reequilibrio, en cuyo caso la medida debería insertarse en ese marco y garantizar la mayor eficiencia en términos económicos de su adopción, aparte de que la existencia de planes de reajuste o equilibrio económico financiero, como regla general, limita la creación de nuevas entidades y sociedades mercantiles o la realización de nuevas aportaciones a las mismas conforme a la citada Ley 27/2013.

Incluso en ese mismo ámbito local deberá tomarse en consideración si el servicio a recuperar es uno de los servicios propios que estas entidades han de prestar o no y, en este último caso, deberán considerarse las normas estatales y autonómicas que puedan autorizar o dificultar la prestación de un servicio no propio; especialmente estas dificultades para recuperar servicios no propios pueden ser intensas si la entidad está sujeta a un plan de ajuste o reequilibrio financiero. Deben tenerse, pues, bien presentes las limitaciones derivadas, por ejemplo, de la ya citada Ley 27/2013, especialmente en cuanto a las limitaciones para que las Entidades Locales presten servicios que no les son propios o delegados si no está garantizada la sostenibilidad financiera o se produce duplicidad de servicios, debiendo tener en cuenta a este respecto que los servicios educativos, sanitarios y de servicios sociales se consideran, en principio, como no propios de estas entidades, aunque la situación se ha flexibilizado al respecto tras la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos y el ajuste interpretativo de otro de aquella ley(10), permitiendo así que las Entidades Locales puedan seguir prestando determinados servicios sanitarios, educativos y de asistencia y servicios sociales en atención a decisiones descentralizadoras adoptadas por las Comunidades Autónomas.

También debe tenerse en cuenta que si se opta por la gestión directa a través de la propia Administración o de otra entidad pública que se rija por normas de personal similares, deberán crearse en las plantillas las plazas en las que, en su caso, vaya a integrarse el personal asumido lo que plantea problemas de aprobación de la plantilla, momento en el que debe realizarse, limitaciones al respecto, crecimiento del capítulo uno – aunque este puede ser salvado pues las normas presupuestarias generalmente lo limitan pero en términos de

homogeneidad de efectivos y aquí se rompe la homogeneidad al crearse nuevas plazas -, etc.

Sin duda otros muchos aspectos habrían de tomarse en consideración y como se ve son complejos, aunque quedan fuera mi análisis, limitándome aquí a dejar constancia simplemente de algunas de las cuestiones que necesariamente han de contemplarse.

2. Opciones de reversión. Análisis de los dos tipos esenciales de entidades empresariales promovidos por las Administraciones Públicas

La reversión puede hacerse mediante la integración directa en la Administración Pública correspondiente del servicio, pero esto plantea problemas para la integración del personal afectado, que también se dan, en general, en las otras posibilidades de recuperación del servicio para su prestación por entidades de derecho público.

O la misma se produce en los términos que se analizarán para las sociedades mercantiles de capital público, con la duda incluso de si cabe esa fórmula a la que aludiré, o la integración requerirá someterse a los procesos de contratación previstos para el personal laboral de las Administraciones Públicas (artículo 61.7 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, EBEP) si es que quiere consolidarse como personal de la propia Administración al personal de la entidad privada que viniese prestando el servicio y ello, además, plantea el problema de las tasas de reposición establecidas en la legislación presupuestaria a las que se hará mención (11).

Lógicamente la integración se hará, en este caso de integración en la propia Administración o en sus organismos de derecho público, como personal laboral, sin perjuicio de considerar en el futuro si alguna de las plazas tuviera que ser funcional y, si se integran como personal de la Administración, previas las convocatorias correspondientes, lo harían en las condiciones normales del personal de cada Administración.

Es una vía, pues, que no plantea problemas una vez realizada, pero que sí tiene muchos, por la rigidez de las normas de acceso, para llevarse a la práctica y que, en consecuencia, no ofrece suficiente seguridad en cuanto a la garantía de continuidad para los trabajadores de la anterior entidad privada que venía gestionando el servicio.

Es más, cualquier decisión al respecto de una Administración estaría sujeta a la impugnación del acuerdo administrativo adoptado al respecto, que podría proceder incluso en la Administración Local de la Delegación del Gobierno-Abogacía del Estado o del órgano equivalente, lo que incrementa la inseguridad de esta solución y no la hace aconsejable en términos generales, al margen de algún supuesto concreto.

Precisamente para la gestión de servicios de las Administraciones Públicas las normas legales ofrecen la posibilidad, que tendría más flexibilidad en estos supuestos, de utilizar las entidades que se configuran como empresas públicas, por ello, sin descartar el otro supuesto – reversión directa a la propia Administración o a sus organismos autónomos -, la recuperación de la gestión pública se puede hacer a través de empresas públicas.

Ahora bien, el carácter de empresa pública de una entidad no prejuzga la naturaleza del régimen al que se somete la citada entidad.

Efectivamente, esencialmente caben dos posibilidades de gestión empresarial claramente diferenciadas: entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles controladas por el sector público – o mixtas, lo que aún haría más fácil la operación y permitiría evitar muchos de los problemas, incluso de gestión técnica del servicio -.

Ambas fórmulas cuentan con regulación específica en la normativa general del Estado y pueden ser utilizadas por las Comunidades Autónomas – que incluso pueden contar con regulación al respecto en sus Estatutos de Autonomía y, más normalmente, en su propia legislación autonómica – y por las Corporaciones Locales.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público cita entre los organismos públicos como uno más de ellos en el sector público estatal a las entidades públicas empresariales (art. 84.1.a) 2º).

Aunque en estas entidades se aplican normas propias del régimen privado, en las mismas se aplican también numerosas normas de derecho público, pues son entidades de derecho público, pudiendo incluso ejercer potestades administrativas (arts. 103 y ss. Ley 40/2015).

Puede verse que en estas entidades, aunque hay aplicación del derecho privado e incluso es el aplicable al personal laboral propio (art.106.1 Ley 40/2015), aunque también puede existir personal funcionario procedente de las respectivas Administraciones Públicas, predomina en numerosos aspectos la aplicación del régimen jurídico-público de los restantes organismos públicos.

En concreto, en materia de personal el EBEP les resulta aplicable al ser entidades de derecho público (art. 2.1), aunque solamente en lo que proceda pero lógicamente sí en cuanto a requisitos de contratación de personal por su carácter, su sujeción al derecho público y porque forman parte plenamente del concepto de Administraciones Públicas que utilizan las normas y entre ellas el propio EBEP y así lo confirma el citado art. Art. 106.2 de la Ley 40/2015 que establece que el personal laboral se seleccionará, salvo el directivo, mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Si, posiblemente por esa limitación, no se quiere optar por esta fórmula, la legislación ofrece otra, la de las sociedades mercantiles en las que la Administración ostente participación en el porcentaje que sea, incluso mayoritaria, o exclusiva. Me centraré en estos últimos supuestos – participación mayoritaria o exclusiva -, porque el otro me parece poco conflictivo, en cuanto que propiamente estaríamos ante una sociedad privada aunque participada y por tanto no habría especiales problemas para que asumiese el servicio, se subrogase en la plantilla, etc., igual que cualquier otra entidad privada, sirviendo esencialmente para que a través de esa participación pública, hubiese, seguramente una mayor implicación de la Administración en todos los aspectos relativos a la prestación del servicio – lo que como dije también puede conseguirse mediante el ejercicio de las potestades que normalmente los pliegos de condiciones ya otorgan a las Administraciones y que no siempre se han ejercitado correctamente por ellas -.

Centrándome, pues, en los supuestos de control de la sociedad mercantil por la Administración, por lo que hace al ámbito estatal, la Ley 40/2015 contempla en el ámbito estatal a estas sociedades como parte integrante del sector público (art. 84.1.c), regulándolas en los arts. 111 y siguientes, en concreto el art. 113 en cuanto a su régimen jurídico establece que las sociedades mercantiles estatales se rigen por la indicada Ley, por la Ley 33/2003 y por el ordenamiento jurídico privado salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico- financiero y de contratación.

La Ley General Presupuestaria que contemplaba ambas fórmulas jurídicas, en su capítulo V (arts. 64 a 68) regula las normas presupuestarias de estas entidades que son diferentes de las correspondientes al resto de la Administración Pública, aunque sus presupuestos se integren también, en el caso de los organismos estatales, en el Presupuesto del Estado.

En la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, se regulan expresamente estas sociedades mercantiles, diferenciándolas claramente de las entidades públicas (art. 166.1.c) y 166.2), sujetándolas al ordenamiento privado hasta en la gestión de su patrimonio (art. 167).

Incluso la contraposición entre estas sociedades y las entidades públicas se ve muy clara en ciertos preceptos, como por ejemplo en el art. 168 de la citada Ley que señala que los paquetes accionariales de titularidad del Estado podrán incorporarse a entidades de derecho público o a las sociedades previstas en el art. 166.2 (las sociedades mercantiles), evidenciando claramente que éstas no se encuentran entre las entidades de derecho público.

Lo mismo se confirma en materia de régimen local en los artículos 85.2 y 85 ter, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. El primero admite su posibilidad para prestar servicios públicos, siempre que se acredite mediante memoria justificativa que es una fórmula más sostenible y eficiente que la gestión directa o a través de un organismo autónomo local, exigiendo que se tengan en cuenta criterios como rentabilidad y recuperación de las inversiones. El segundo señala que deberán adoptar cualquiera de las formas previstas para las sociedades de capital y que se regirán íntegramente por el ordenamiento privado, salvo las materias en las que les pudiera resultar de aplicación la legislación

presupuestaria, contable, de control financiero y de control de eficacia y contratación.

Esta regulación se reafirma en el artículo 103 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

Puede observarse, pues, que el régimen de estas entidades – sociedades mercantiles - es diferente al de las entidades públicas empresariales y en general al de los entes de derecho público, pues se hace remisión al régimen privado, salvo en aquellas materias específicas que se citan y solamente en lo que las normas sobre las mismas puedan resultarles de aplicación, lo que por principio significa que no lo son salvo que así se disponga expresamente y en relación concreta con alguna de esas materias que se señalan.

No estamos, pues, estrictamente ante entidades sujetas al derecho público, salvo en cuanto a la decisión acerca de su creación y en algunos aspectos concretos y excepcionales; son, pues, diferentes de los entes públicos e incluso, a efectos de contratación (aunque ciertas normas de la contratación administrativa general se les apliquen), contabilidad nacional, etc., se diferencian claramente de ellos, existiendo en general una amplia asimilación de las mismas a las restantes entidades productoras de bienes y servicios del sector privado.

Por eso en materia de personal, el régimen aplicable es el laboral, sin perjuicio de aquellas normas como las presupuestarias que les puedan resultar aplicables en cuanto entidades integrantes del sector público estatal (art. 117.4 Ley 40/2015) – o del ámbito que corresponda -.

En relación con esto puede concluirse claramente que estas sociedades no son Administraciones Públicas y no se rigen por el EBEP, aunque sí que formen parte del Sector Público y, como tales, en la contratación de empleados podrían quedar sujetas a los principios generales que enuncia el artículo 55 EBEP (igualdad, mérito y capacidad) conforme a la Disposición Adicional primera del mismo, lo que en todo caso no plantea especiales problemas, como se verá, para aplicar las fórmulas normales de contratación laboral con bastante libertad y la plena sujeción al ordenamiento laboral en materias como la transmisión de empresa, el despido, etc.

Expuestas las cuestiones no laborales, me centro ahora en los problemas laborales.

III. LOS PROBLEMAS LABORALES

Si, como se ha visto, los problemas no laborales son complejos, también lo son, sin duda, los problemas laborales y en ellos, además, es difícil establecer soluciones seguras y categóricas por la diversidad de normas que entran en juego y se entrecruzan y porque además muchas de ellas no son laborales. Además, cada situación puede ser diferente y debe hacerse un tratamiento de la misma particularizado y cooperando todos los implicados, esencialmente: la Administración Pública correspondiente, los trabajadores implicados y las organizaciones sindicales que les representen.

Me limitaré, pues, a una aproximación inicial a esos problemas laborales aportando opiniones susceptibles de debate que, ciertamente, en algún caso suscitan problemas interpretativos y, sin duda, aplicativos(12).

1. La situación de la plantilla y la subrogación en sus contratos

El primer problema laboral que va a plantearse es el de determinar la situación en la que quedan los trabajadores de las entidades privadas que habían venido prestando el servicio hasta su recuperación por la Administración.

a) La doctrina general en materia de sucesión de contratos o concesiones

Si tuviésemos que dar una respuesta estrictamente laboral a la situación, la misma dependería de que existiese o no un supuesto que pudiera encajarse en el concepto de transmisión – y por tanto sucesión – de empresa establecido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuyo Texto Refundido vigente, se aprobó por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, concepto matizado por la jurisprudencia comunitaria que, en aplicación de las normas de ese ámbito, admitió la existencia de obligaciones subrogatorias en algunos supuestos de mera sucesión de actividad en empresas cuya estructura estuviese basada fundamentalmente en la mano de obra y de cumplirse ciertas circunstancias.

De poderse incardinar el supuesto en ese concepto ampliado de sucesión de empresa, en esa perspectiva estrictamente laboral, la Administración debería dar cumplimiento a las previsiones subrogatorias del art. 44 ET, previsión que no parece objetable pues incluso en leyes que han contemplados procesos de reestructuración de las administraciones se ha entendido como claramente aplicable, aunque lógicamente en relación con las propias entidades dependientes de las administraciones afectadas por esos procesos, lo que no impide la conclusión general al respecto.

Por ejemplo, en la Ley 1/2013, de 21 de mayo de la Generalidad Valenciana (Disposición Adicional cuarta que alude directamente al art. 44 ET), o en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía (Disposición Adicional cuarta que se remite a las normas sobre sucesión de empresas).

Si en el ámbito de transmisión entre entidades públicas se ha acudido al artículo 44 ET, pese a que en ese ámbito los Estados podrían cuestionarse la aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad⁽¹³⁾, no parece que la aplicación de la misma y del artículo 44 ET deba cuestionarse en las transmisiones de empresa en las que la Administración Pública se hace cargo de un servicio propio prestado previamente por una entidad privada

Incluso, laboralmente, la obligación subrogatoria podría producirse sin que propiamente se diese una situación de sucesión de empresa en aquellos sectores en los que el convenio colectivo aplicable estableciese ese efecto en supuestos de mera sucesión en la actividad.

Podría, pues, llegarse a una conclusión sencilla, considerando que en todos esos supuestos (sucesión de empresa o sucesión de actividad con reglas convencionales) la Administración se subrogaría en los contratos del personal de las entidades privadas que venían gestionando el correspondiente servicio.

Esta conclusión es obviamente insuficiente pues no contempla que junto a las normas laborales existen otras muchas no laborales que influyen en la cuestión, ni tampoco que en no pocas ocasiones las normas laborales, cuando despliegan sus efectos frente a las Administraciones Públicas, pueden estar sujetas a matices y modulaciones y de hecho en esta materia lo están.

El primer obstáculo a esa solución laboral simplista viene del texto ya citado sobre contratación del sector público.

En efecto, si el contrato era de servicios y la Administración decide asumir ese servicio por sí misma – por ejemplo asume las labores de mantenimiento de sus instalaciones -, el art. 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) citado señala literalmente: “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.”.

Obsérvese que esta previsión se hace para los contratos de servicios, no para los de gestión de servicio público, por lo que hay que tener en cuenta la distinción entre ambos que ya realicé pues a cada uno le corresponden sus propias reglas específicas.

En todo caso, y además, normalmente los propios órganos jurisdiccionales del orden social entienden que la mera recuperación de un servicio que se prestaba mediante un contrato – sea de uno u otro tipo de los contratos administrativos que se analizaron – no constituye de por sí una sucesión de empresa, además de que tampoco es posible aplicar a esas situaciones las reglas previstas en convenios sectoriales por cuanto las mismas están pensadas para otros supuestos y afectan a las empresas sujetas a los mismos, entre las que no se encuentra la Administración Pública que no está a estos efectos representada por las Asociaciones Empresariales firmantes de esos convenios.

En términos generales la doctrina del Tribunal Supremo al respecto⁽¹⁴⁾, viene a señalar lo siguiente:

^{1º}) Ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial

básica para la explotación. En consecuencia propiamente no cabe hablar de sucesión o transmisión de contratos pues lo que se produce es la finalización de una y el comienzo de otra distinta. Lo anterior excluye la aplicación de las reglas sobre sucesión reguladas en el referido art. 44 ET.

2º) La subrogación en los derechos laborales solamente se producirá, pues, si hay transmisión de elementos patrimoniales, o si lo determina la norma sectorial aplicable (convenio colectivo), o si lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión.

3º) Por la misma razón, cuando lo que se produce es que una empresa – o en su caso una entidad o administración – decide prestar por sí misma, la actividad o servicio que antes se gestionaba mediante sucesivas contrataciones, sin hacerse cargo del personal que venía desarrollando esa actividad, no resulta aplicable el artículo 44 ET ni las previsiones de la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal. En todo caso, lógicamente estos trabajadores pueden ser recolocados por su empleador, pero continúan siendo plantilla del mismo y a él le corresponde decidir sobre su continuidad y asumir los costes y obligaciones en uno u otro sentido. En todo caso al respecto se hará posteriormente algún matiz que desvirtúa una conclusión categórica y general como la expuesta.

4º) Lo anterior no impide que se entienda que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, sí que conlleva la aplicación del artículo 44 ET(15). Solución lógica pues lo determinante es que se transmite el conjunto de la unidad organizativa, cosa que en este supuesto ocurre.

5º) En todo caso la obligación subrogatoria no podrá derivar en esta situación (recuperación del servicio por la propia Administración) de la norma sectorial pactada entre empresarios y representantes de los trabajadores del sector privado que no parece pensada, pues, para el supuesto comentado, ni vinculante para unas Administraciones Públicas no representadas en esa negociación y que no se dedican, propiamente, a la actividad cubierta por la norma sectorial. Esta tesis es cuestionable en algunos casos cuando el convenio se ha negociado con una entidad empresarial en la que están presentes las empresas públicas y la cláusula subrogatoria las incluye; es también incluso cuestionable por las soluciones que en otros ámbitos se han dado a empresas ajenas al convenio con cláusula subrogatoria como a los centros especiales de empleo – a los que sí se ha considerado vinculados, no al convenio en su totalidad, pero sí a la cláusula subrogatoria -, pero ciertamente está muy consolidada en la interpretación jurisprudencial.

6º) En los casos en los que proceda, es de plena aplicación la previsión ya mencionada del artículo 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que impide, precisamente, la consolidación de las personas que estuviesen prestando los servicios contratados por una Administración Pública, mediante un contrato de servicios. Precepto legal que, además, prevalecería sobre cualquier convenio sectorial que dispusiese lo contrario.

En todo caso esta doctrina, como avancé, debe ser matizada; por un lado porque, como se ha visto, tampoco implica, como se desprende de la misma, que la recuperación del servicio no pueda ser una transmisión de empresa, pero la hace depender de que exista una real transmisión de elementos patrimoniales, sin que fuese suficiente al respecto, como regla general, los propios aportados por la Administración, salvo que fuesen todos los utilizados o muy relevantes y se hubiese cedido plenamente el derecho de uso al contratista recuperándose posteriormente o existiese un compromiso de que era la propia Administración la que dotaba los medios materiales, tesis que ciertamente puede defenderse pues en esos casos seguramente podría sostenerse que sí que existe una auténtica transmisión de una unidad productiva autónoma, que es lo que determina la aplicación de las reglas sobre transmisión de empresa contenidas en el artículo 44 ET(16) y que ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un supuesto que afecta a ADIF y a efectos de considerar plenamente aplicable en esos casos la obligación de subrogación que deriva de la Directiva 2001/23/CE(17).

Esta diferencia derivada de la transmisión o no de elementos patrimoniales, materiales e inmateriales, es un aspecto esencial que se aprecia en otras resoluciones, como en algún Auto del Tribunal Supremo(18) que considera que no existe contradicción entre dos sentencias porque en una se contempla un supuesto en el que la Administración decide la subrogación y además recibe elementos patrimoniales, pero no así en el otro.

Por otro lado, la afirmación del art. 301 TRLCSP no puede, ni impedir la aplicación del art. 44 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(19), ni tampoco debe entenderse como una prohibición absoluta de que la Administración asuma el personal aunque con ciertos condicionantes.

En efecto, lo que se establece es una regla general y además en relación solamente con un tipo de contratos que la Administración puede hacer valer y que sobre todo impide, no que ese personal siga prestando servicios, sino literalmente “la consolidación” de esos trabajadores como personal propio del ente público.

Al respecto debe tenerse en cuenta, igualmente, que la más reciente doctrina del Tribunal Supremo admite que los Acuerdos sobre condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas impongan a las mismas la obligación de establecer cláusulas subrogatorias en los pliegos de cláusulas particulares y de condiciones técnicas de los contratos administrativos para la adjudicación de servicios públicos(20), cláusulas que sin ese apoyo o una obligación legal o convencional de subrogación son muy cuestionables, como se aprecia igualmente en las soluciones jurisprudenciales(21).

Podríamos establecer, pues, que si la Administración en virtud de esos acuerdos reguladores de condiciones puede obligarse a establecer esas cláusulas, que lógicamente conllevarán obligaciones para terceros si concurren a la adjudicación en base a esos pliegos de condiciones, las mismas también le pueden ser aplicables a ella misma si decide recuperar el servicio siempre que así se haya acordado o se desprenda de la cláusula pactada. No estaríamos ya ante convenios sectoriales, sino ante un acuerdo o convenio de la propia Administración que, en los términos que resulten ajustados a la legalidad, le vincularía.

A la vista de todo cuanto antecede, podríamos alcanzar una primera conclusión:

En los supuestos de reversión o recuperación de un servicio público que viniese prestándose por una empresa privada, la subrogación en la plantilla del personal de esa empresa, se impondría a la Administración Pública solo cuando:

Exista un supuesto al que resulte aplicable estrictamente el art. 44 ET, para lo que no es suficiente la mera recuperación de la actividad.

O exista una obligación impuesta por alguna norma legal específica – como las que se vieron -.

O exista una obligación asumida en virtud de algún acuerdo regulador de condiciones, general o adoptado específicamente en atención a la recuperación del servicio de que se trate.

b) El problema adicional de la consolidación de los trabajadores afectados y alguna posible solución

A partir de las consideraciones anteriores sobre los supuestos en los que podría admitirse que existe una obligación de subrogación en los contratos de trabajadores afectados, existen nuevos problemas pues, si ya el TRLCSP asume en algún tipo de contratos que es imposible la consolidación de este personal como personal propio del ente público, las propias normas de contratación de personal que rigen en las Administraciones Públicas y que son aplicables a las entidades de derecho público dependientes de ellas, impedirían igualmente la consolidación de este personal como personal fijo de las mismas, como en general es sobradamente conocido porque estaríamos ante el mismo problema que determinó, en su día, la creación del concepto de trabajador indefinido aunque no fijo (acceso irregular o no mediante el correspondiente procedimiento reglado al empleo en la Administración).

Ya se citaron al respecto las opiniones doctrinales mayoritarias al respecto y también alguna discrepante, sin que sea obstáculo a la solución mayoritaria que la figura del indefinido no fijo se construyese como una respuesta al fraude en la contratación y jurisprudencialmente, pues hoy ya cuenta con referencias legales y en general se aprecia como adecuada para cualquier problema similar – por ejemplo cesiones ilegales de personal en el sector público -, por lo que puede extenderse sin problemas al supuesto que aquí se analiza.

Podríamos señalar así que en estas entidades la integración podría hacerse sin consolidar la condición de empleado fijo(22); por ello, si el personal que se integra está contratado por obra o servicio determinado no

habría problema para esa integración en principio, pues no sería fijo, pero claro se plantean también otros problemas adicionales: ¿subsistiría la causa de temporalidad que anteriormente se basaría sin duda en el contrato, ahora ya inexistente, para la prestación del servicio público? ¿Qué ocurriría al alcanzarse, en su caso, la duración máxima prevista en el art. 15.1.a) ET para este tipo de contratos? ¿Podría jugar de algún modo la previsión que inaplica dicho límite en ciertos contratos en el ámbito público conforme a la Disposición Adicional 15ª del ET?

Si el personal a integrar es fijo, no procedería su integración con esa condición y aparentemente tendría que ser considerado como indefinido no fijo, solución que creo que sería posible pero que no parece que fuese siempre aceptable pacíficamente por los propios trabajadores ni por las organizaciones sindicales, al menos en la mayor parte de los casos, pues perjudica su estabilidad, aunque realmente menos de lo que parece porque sus puestos de trabajo solo podrían amortizarse en los mismos supuestos que sí hubiesen seguido en una empresa privada, esto es, al amparo de las previsiones de los artículos 51 o 52 c) ET; aunque, eso sí, estos trabajadores podrían cesar en su relación laboral si se convocan las plazas y no las obtienen, con el único derecho, en atención a su condición de indefinidos no fijos, del percibo de la indemnización prevista para los contratos temporales(23).

Es una solución, pues, que sitúa a la Administración Pública en un conflicto porque deja a los trabajadores en situación relativamente insegura y será de difícil aceptación sindical, salvo que se ofrezcan garantías adicionales de consolidación en los términos que legalmente sean posibles.

En todo caso, como se ha ido viendo, estos problemas son esencialmente aplicables a las Administraciones Públicas y a las entidades dependientes de ellas sujetas al derecho público.

Por el contrario, en las sociedades mercantiles públicas – más como dije en las mixtas - podría haber algún margen mayor para entender que la integración podría producirse como personal fijo pues, al ser más flexibles las normas de contratación de personal de estas entidades, que integran el sector público pero no son, en sentido estricto, Administraciones Públicas, hay que concluir que, ni se rigen a esos efectos por normas de derecho público ni, en general, les resulta aplicable el EBEP (artículos 2 y 7), y solo están sujetas en términos de principios a las reglas que regulan el acceso al empleo en condiciones de igualdad, mérito y capacidad y restantes principios del artículo 55 EBEP – conforme a la Disposición Adicional primera del mismo -, resultándoles aplicables en principio las normas laborales y teniendo en cuenta, incluso, que en el ámbito del personal laboral de las Administraciones Públicas el propio EBEP permite fórmulas de acceso tan relativamente sencillas como el concurso de méritos.

En atención a lo anterior puede concluirse que, seguramente, en las mismas no existe de forma tan clara el obstáculo que condujo a la creación del concepto de trabajador indefinido pero no fijo y, por ello, no existe obstáculo a la fijeza absoluta en dichas sociedades como confirma la doctrina del Tribunal Supremo(24).

De todas maneras conviene tomar esta idea con precaución por cuanto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se estableció en otro tipo de litigios y por ello no es seguro que se mantenga en situaciones de integración plena de la plantilla como la que aquí se produciría. Existe, pues más margen, pero en la actual situación nadie podría garantizar absoluta seguridad y eso hace poco aconsejable apostar por una fórmula que además sería casi seguro objeto de impugnación.

Además, en las entidades de derecho público podría seguir existiendo el obstáculo del art. 301.4 del TRLCSP en cuanto a la imposibilidad de consolidación del personal de las entidades privadas, al menos en los contratos de servicios, y cabría cuestionarse si esto es aplicable a las sociedades mercantiles pero, con independencia de ello, en esa misma dirección aparece un nuevo obstáculo pues, seguramente, las entidades que integrasen a este personal, en cualquier condición en que lo hagan, podría entenderse que incrementan su plantilla y esa posibilidad de nuevas contrataciones en 2016 está fuertemente limitada, y en algunos casos excluida en principio, en la Ley de Presupuestos Generales para 2016, Ley 48/2015, de 29 de Octubre. E incluso en las sociedades mercantiles públicas, consorcios y fundaciones, las limitaciones existen conforme a las Disposiciones Adicionales 15, 16 y 17ª de la citada Ley de Presupuestos.

En lo que afecta a las sociedades mercantiles se amplía la tasa de reposición al 60% e incluso al 100% si obtuvieron beneficios en dos de los tres últimos ejercicios, pero, como se aprecia, la tasa de reposición sigue suponiendo un obstáculo a la ampliación de plantillas, permitiendo tan solo en general, y eso en el mejor de

los casos, una reposición total de las bajas producidas, pero no el crecimiento de plantilla, pues además, en general está prohibida la contratación de nuevo personal salvo en esos supuestos expresamente autorizados.

La prórroga de la Ley de Presupuestos para 2016 al no haberse aprobado una nueva hace que estas disposiciones sigan plenamente vigentes.

Aquí radicaría uno de los principales inconvenientes para la consolidación de las plantillas de las empresas privadas que venían prestando el servicio, problema que afecta, como se ve, también a las sociedades mercantiles públicas pese a su sometimiento al derecho privado pues también quedan sujetas a estas normas presupuestarias.

Es posible que esa regla hubiese que coordinarla con las laborales, porque por ejemplo no debería impedir la posibilidad de actuación ante el fraude en la contratación temporal, ante cesiones ilegales de trabajadores, etc., pero seguramente la coordinación conduciría en las entidades sujetas al derecho público a la figura del indefinido no fijo y en las sociedades mercantiles, posiblemente y mientras esté en vigor esa norma, a algo parecido pese a la doctrina del Tribunal Supremo ya citada pues, al menos transitoriamente y mientras esté en vigor la norma comentada, no pueden aceptar a esos trabajadores en su plantilla si ello supone crecimiento de la misma salvo que prosperase una interpretación entendiendo que estas personas ya formaban parte de la misma, pero esa conclusión, desde luego, no parece que sería aplicable al personal procedente de empresas privadas externas que venían gestionando los servicios cuya gestión se recupera.

¿Puede buscarse una solución a ese problema que permita asumir el personal procedente de las empresas privadas que gestionaban el servicio público concreto y que respete todos esos condicionantes?

En mi opinión puede haber una vía, con toda la inseguridad que plantea lo que tampoco la hace absolutamente aconsejable, que sería aplicable a las sociedades mercantiles públicas pero que también podría aplicarse a otras entidades públicas e incluso a la reversión a la propia Administración.

La posibilidad al respecto nos la da el precedente establecido en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

En dicha ley se aborda el problema de la extinción de organismos de derecho privado cuyas funciones pasan a ser desarrollados por entidades públicas y se establecen previsiones subrogatorias y, en materia de personal, se regula que el personal de la entidad privada seguirá desarrollando sus funciones en la entidad pública como personal a extinguir, sin adquirir la condición de empleado público y sin que, en consecuencia, forme parte propiamente de la plantilla del citado organismo público ni consolide plaza en él.

Su contratación se entiende vinculada, pues, al puesto y funciones que desarrollaba y, por tanto, no podrá concurrir a procesos, por ejemplo, de movilidad entre empleados públicos ni tendrá formalmente la consideración como tal, pero de algún modo mantiene la estabilidad en el puesto que venía ocupando en una entidad de derecho privado.

Esta solución puede verse, por ejemplo, en los artículos 3, 5, 8 y 9 de la citada Ley.

Posiblemente ello conduce a una especie de espacio diferenciado de gestión de personal, distinguiéndose entre los empleados públicos del organismo, entidad o sociedad en cuestión y otro personal que, más que personal de estos, es personal vinculado a un servicio que se gestionaba privadamente y ahora se gestiona públicamente, aunque hipotéticamente en el futuro podría de nuevo cambiar su forma de gestión, por lo que en realidad ni se trata de empleados públicos – en sentido formal –, ni de plantilla propia de esa Administración, organismo o entidad pues, en principio, seguirán la suerte del servicio en el que prestan su servicio – lo que como vimos podría enlazar con algunas sentencias ya citadas que sostenían la obligación subrogatoria insistiendo, bien en que ello no conducía a una contratación “ex novo”, o bien que ello no suponía la integración como personal fijo en la plantilla del organismo..

Esta sería la vía posible y si a la misma se anuda un acuerdo regulador que garantice que, si ese servicio vuelve a ser objeto de contratación externa, en el pliego de condiciones se incorporará una cláusula subrogatoria y el personal afectado deberá estar a la misma, es claro que la integración como personal en la entidad pública en cuestión se produce sin incorporarse a su plantilla y vinculada al servicio concreto, en su

caso como personal a extinguir, y sujeta a ese condicionante, por lo que aún sería más claro que propiamente las entidades del sector público, ya de régimen público o privado, que recuperan el servicio asumen el personal pero sin consolidar plaza en la mismas, sin que, propiamente sean personal fijo de esas entidades si las mismas son entidades que puedan considerarse como Administraciones Públicas o sujetas al derecho público, y sin que pueda entenderse tanto en estas como en las de régimen privado que realmente incrementan plantilla, porque las personas asumidas lo son, como se ha dicho, vinculadas al servicio que prestan y sin adquirir formalmente la condición plena de empleados públicos, aunque materialmente su situación sea muy similar pero con el importante matiz de quedar vinculada a un puesto de trabajo o actividad o servicio concreto que, al menos en hipótesis, podría volver al sector privado.

Es posible que quepan otras vías más audaces o que resulten más satisfactorias para los empleados afectados, pero esta vía de integración es la que me parece más clara.

Coordina bien las normas laborales y las administrativas y sirve perfectamente a los intereses públicos si se respetan los aspectos no laborales antes mencionados.

Para articular la fórmula sería deseable que se produjesen dos actuaciones:

1ª) Una ley estatal que autorizase la operación con estos condicionantes a las Entidades Locales o Comunidades Autónomas, o una ley autonómica, al menos en aquellos ámbitos en los que la Comunidad Autónoma tenga capacidad de regulación.

2ª) Un acuerdo regulador en la Entidad Local o Autonómica, bien general, bien en supuestos específicos, que estableciese la obligación de la entidad de establecer la cláusula subrogatoria en los pliegos de condiciones de los contratos de gestión de servicios públicos y de servicios y dispusiese igualmente esa misma obligación subrogatoria para la propia entidad en los casos en los que legalmente fuese posible. Esta actuación, además de deseable parece lógicamente necesaria para salvar cualquier objeción derivada de entender que se está produciendo un posible incremento de plantilla.

Por otro lado esta fórmula, por supuesto, no excluye otras dos posibilidades:

1ª) Una reforma legal que, mediante nueva normativa estatal o derogando alguna de la existente, facilitase aún más la posibilidad de recuperación pública de la gestión de servicios públicos con subrogación en la plantilla de las entidades privadas que los viniesen gestionando, algo que parece necesario y urgente ante un proceso que, como se ha visto, es común en bastantes realidades europeas.

2ª) La posibilidad de sostener, en atención a la propia normativa comunitaria y al art. 44 ET sobre transmisión de empresas que, en aquellos casos en los que pueda considerarse que la recuperación de la gestión pública supone una auténtica transmisión de empresa, la obligación subrogatoria existe y debe mantenerse, incluso ante la prevalencia de las disposiciones comunitarias sobre el derecho interno y con las posibles soluciones ya apuntadas en la fórmula antes desarrollada, entendiendo que las obligaciones derivadas de la subrogación no suponen una contratación “ex novo”, o no suponen la integración como personal fijo en la plantilla de la entidad pública correspondiente; estaríamos ante un mero cambio de empleador por imperativo normativo.

Claro es que, al margen de estas posibilidades, en la fórmula que antes he desarrollado existen elementos inseguros y en la medida que deja al personal es una especie de limbo y sujeto al vaivén de una posible posterior reprivatización del servicio, plantea un problema adicional: ¿vale la pena toda esa operación? ¿ofrece suficientes garantías jurídicas para los propios afectados?

Nuevamente reaparece aquí con toda su crudeza el problema de la necesidad de vías suficientemente garantistas que estén presentes en las decisiones de oportunidad y, por ello, la posibilidad de valorar seriamente si no existen otras vías que cubran los objetivos deseados por la Administración con menos complejidad y mayor seguridad.

Por otro lado, como es lógico, el supuesto problemático es el de la recuperación de la gestión pública de servicios que venían siendo gestionados por entidades privadas; no existen esos obstáculos si el servicio ya venía siendo prestado por una entidad pública y pasa a ser gestionado por otra, en cuyo caso, en principio,

no existen los mismos problemas que se han expuesto para la aplicación de la cláusula subrogatoria y ya se citaron los precedentes de reorganización en diferentes administraciones en los que esas cláusulas subrogatorias, derivadas de algún modo del art. 44 ET, han operado y en algunos casos incluso con remisión expresa al citado precepto.

En resumen, pues, podríamos contemplar estos escenarios:

- Un cambio legal que eliminase los obstáculos actualmente presentes, bien en general, bien en cuanto al incremento de plantillas, o bien legalizando la posibilidad de subrogación.

- Una aplicación de las reglas sucesorias laborales en los casos en los que las mismas resultasen aplicables por existir claramente el supuesto de transmisión de empresas del art. 44 ET, aunque con los problemas para que ello condujese a empleo estrictamente fijo, pues seguramente la conclusión sería la integración del personal en condición de indefinidos no fijos, solución no plenamente satisfactoria, aunque con la posibilidad posterior de acceso en condiciones regulares al empleo público a través de los procedimientos reglados que pudieran resultar aplicables.

- Una situación especial, de gestión diferenciada de plantillas, entendiendo que el personal subrogado no es propiamente en sentido formal empleado del organismo del sector público, sino personal vinculado a un servicio concreto y en condiciones de a extinguir, en los términos ya mencionados.

- Cualquier otra solución que pudiera establecerse consensuadamente y que resultase ajustada al marco legal aunque, hoy por hoy, no aparece con claridad, al menos en mi opinión.

2. Las condiciones laborales del personal afectado por la subrogación

En todos los casos las entidades en las que el personal se integra son entidades del sector público (conforme a la legislación presupuestaria, al EBEP y al artículo 3 del TRLCSP) y aunque estrictamente, como se ha dicho, los empleados integrados no serían en algunos casos formalmente empleados públicos, materialmente si lo serían en todos ellos – y en muchos formalmente también –; por eso, en principio se integrarían con sus condiciones laborales si opera el art. 44 ET o, en otro caso, en las que disponga la norma que habilite su integración (lógicamente si se integran como personal de una Administración Pública – lo que ya dije era en extremo complejo – lo harían en las condiciones del personal de las mismas).

En el caso en el que apareciesen como personal diferenciado, de momento, su integración se haría con las condiciones convencionales que se les venían aplicando, al menos mientras su convenio siguiese vigente.

Posteriormente entiendo que podría hacerse prevalecer la realidad material de que su entidad empleadora forma parte del sector público y, por ello, la evolución futura de sus condiciones de trabajo se sujetaría a las previsiones para el sector público, siempre que la legislación presupuestaria lo permitiese y en todo caso en atención a la naturaleza de su entidad empleadora, porque en ocasiones esas normas han sido diferentes según la citada naturaleza, diferenciando entre Administraciones Públicas y otras entidades que, como las sociedades mercantiles públicas, aunque formen parte del Sector Público no tienen esa condición de Administración.

En todo caso la naturaleza de este personal sería siempre la de personal laboral y, por tanto, se regirían en términos generales por la legislación laboral y, de trabajar para entidades sujetas al EBEP, también por las disposiciones del EBEP que específicamente les pudieran resultar aplicables (art. 7 EBEP)

En todos los casos, además, unos y otros se sujetarían a las normas legales, estatales y autonómicas que resulten de aplicación a las entidades del Sector Público en su conjunto o, en concreto, al tipo de entidad que corresponda.

Es más, como personal diferenciado de naturaleza laboral, nada impide que la entidad del sector público empleadora de los mismos negociase un convenio específico para ellos o, incluso, aunque en un momento dado pudiera tener que aplicar su propio convenio, si ello hiciese peligrar su estabilidad financiera lo que no es descartable que en algún caso se produjese y llevase incluso a compensar la aparente reducción de costes, pudiera acogerse a las medidas de inaplicación del mismo que posibilita específicamente el artículo 32.2 EBEP.

Por supuesto otras medidas laborales, que también tiene a su alcance el empleador privado, como la modificación sustancial de condiciones (art. 41 ET) quedan abiertas también, sujetas a que concurran las causas y se sigan los procedimientos legalmente establecidos.

Las posibilidades de mantenimiento inicial de su convenio y retribuciones y las posibles actuaciones posteriores para impedir un crecimiento salarial que dificultase la estabilidad presupuestaria, excluyen cualquier temor al encarecimiento del coste del servicio como consecuencia de una elevación salarial que no tendría que producirse o que, en todo caso, podría limitarse a los términos que fuesen posibles de asumir por la entidad afectada, pero claro seguramente son complejas de asumir por el personal afectado y sus representantes, que difícilmente entenderían que se les incorpore materialmente como empleados públicos – aunque formalmente tuviesen una situación peculiar – pero no se les apliquen las mismas condiciones que a los restantes empleados de la Administración afectada.

En todo caso, como se ve la subrogación garantiza el mantenimiento de condiciones, aunque no absoluto pues nunca existe esa garantía absoluta – ni en el sector privado ni en el público -, pero no necesariamente en todos los casos una total equiparación de condiciones con los empleados públicos.

Dicho todo lo anterior, queda volver al inicio.

La decisión que al respecto se tome ha de estar presidida por criterios de oportunidad y eficiencia y debe ser meditada, tomando en consideración todos los elementos que entran en juego y buscando siempre una mayor eficiencia económica, de calidad del servicio y de calidad del empleo de los trabajadores que vayan a prestar el servicio recuperado para la gestión directa por la propia Administración.

Si lo anterior no está garantizado o al menos ofrece una seguridad jurídica suficiente (que difícilmente será absoluta sin cambios legislativos), lo más aconsejable es pensar con mucha calma si se emprende una vía que puede fracasar, producir conflictividad laboral, y no ofrecer los resultados deseados. Explorar otras alternativas puede ser en ese caso una mejor opción para el gestor público en la búsqueda de la conciliación de los intereses públicos y privados – especialmente los de los ciudadanos destinatarios del servicio y los de los trabajadores afectados -, conciliación de intereses que debe presidir cualquier solución que se adopte.

NOTAS:

(1). A los problemas planteados por la cuestión me he referido en numerosas ocasiones desde el año 2015, constituyendo este trabajo una profundización en las ideas que expuse en diversas ponencias y en el artículo publicado a principios de 2016 “La reversión de la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las Entidades Locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, Revista de Derecho Social, nº 73, 2016, págs. 25 a 44.

(2). Al respecto puede verse el Informe elaborado en mayo de 2012 por encargo de la Federación Sindical Europea de los servicios públicos a la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich (en lo sucesivo Informe Greenwich).

La versión traducida del citado informe puede verse en http://www.epsu.org/IMG/pdf/remunicipalizacion_y_servicios_municipales_DH-2.pdf

(3). Este es un problema esencial en estos procesos – prioritario además para las organizaciones sindicales – como resalta el Informe Greenwich, págs. 7 a 10.

(4). En el ámbito europeo se ha señalado que la remunicipalización de servicios ha venido facilitada, entre otros aspectos y además de por el vencimiento de numerosas concesiones al sector privado, por razones como: mala calidad del servicio privatizado; menor coste y mayor eficiencia cuando se presta mediante gestión directa; mejor obtención de la finalidad del servicio público mediante la gestión directa; eliminación de los costes de licitación y supervisión; mejores posibilidades de inversión y financiación; obtención de mayores beneficios en los servicios prestados con precio. Sobre la cuestión véase el Informe Greenwich, págs. 6 y 7. En todo caso no puede generalizarse y desde luego el peso fuerte lo juega una opción ideológica por la recuperación de la gestión directa.

(5). Al respecto Colomer i Missé, J., “La remunicipalización de la gestión de servicios municipales”, *Ecología política*, nº 49, 2015, pág. 108.

(6). La Disposición, que establece en su número tres su carácter básico para todas las Administraciones, en sus restantes números establece lo siguiente:

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos, quedando sujeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

(7). En todo caso, al respecto, como mi aproximación será muy breve, me remito a otros trabajos que se han ocupado de estas cuestiones y especialmente a los distintos publicados en el número 58-59, 2016, de la Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, concretamente a Tornos Más, J. “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”; Gimeno Feliu, J. M^a, “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”; Castillo Blanco, F.A. “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”; y, Villar Rojas, F.J. “Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales”. También pueden citarse otros como, por ejemplo, Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M^a, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2016, pp. 31 a 62, versión electrónica BIB 2016/3226.

(8). Como expone Colomer i Missé, J., “La remunicipalización de la gestión de servicios municipales”, op. cit. pág. 109, las razones que pueden justificar normalmente la reversión del servicio serían esencialmente las siguientes: vencimiento del contrato; reversión del servicio; resolución de mutuo acuerdo; expediente sancionador por infracciones en la prestación del servicio; renuncia al contrato.

Las dos primeras son, sin duda, las más normales.

(9). En el mismo sentido Colomer i Missé, J., “La remunicipalización de la gestión de servicios municipales”, op. cit. pág. 110.

(10). STC de 3 de marzo de 2016, dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad 1792/2014.

(11). Esta es la opinión que ya sostuve en el trabajo que cité y es la que mayoritariamente sostiene la doctrina y como se verá también algunas sentencias. En la doctrina, por ejemplo, se rechaza la posibilidad de integración como fijos entendiendo que, en su caso procedería como indefinidos no fijos, De la Puebla

Pinilla, A. “Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos”, Trabajo y Derecho, nº 17, 2016, versión electrónica (smarterca), pág. 4; Nores Torres, L.E. “La reversión de contratos en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, Revista de Jurisprudencia El Derecho, 2016, versión electrónica EDB 2016/31303p. cit. pág. 5 (versión electrónica); Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M^a, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, op. cit. pág. 17, versión electrónica.

En contra de estas opiniones y sosteniendo que la conciliación entre las normas laborales y los principios constitucionales de acceso al empleo público debería implicar mantener la fijeza de aquellos trabajadores que ya la tuviesen ganada en el sector privado, puede verse: Castillo Blanco, F. A. “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, op. cit. págs. 93 y 94.

Las soluciones judiciales en muchos casos no se plantean la cuestión – y en otros muchos no les llega el problema porque nadie impugna –, pero en general cuando se detienen en la misma como se aprecia en las sentencias que posteriormente se citan apuntan a que la integración se hará, en su caso, como personal indefinido pero no fijo.

(12). Ya he citado trabajos, además del mío, que abordan estos problemas como, especialmente, los de Ortega Bernardo, J. y De Sande Pérez-Bedmar, M^a; el de Castillo Blanco, F.A.; el de De la Puebla Pinilla, A.; y el de Nores Torres, L.E.; a ellos puede añadirse algún otro como el de Rodríguez Escanciano, S. “La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales”, en Seminari sobre Relacions Col·lectives, Federació de Municipis de Catalunya, 2016, págs. 137 a 179, disponible en versión electrónica en <http://doczz.es/doc/716900/src-a4-2015.indd---formaci%C3%B3-fmc>

A todos ellos hago remisión.

(13). El artículo 1.1.c) de la misma establece literalmente: “La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva.”

(14). Por todas STS 21/04/2015, Rec. 91/2014, STS 19/05/2015, Rec. 358/2014, STS 09/02/2016, Rec. 400/2014 y STS 16/06/2016, Rec. 2390/2014

En la doctrina de suplicación se entiende igualmente que la mera recuperación del servicio para prestarlo con medios y personal propios o de nueva contratación, no constituiría transmisión de empresa ni obligaría a asumir la plantilla de la entidad privada que previamente lo viniese prestando. Por todas, por ejemplo, STSJ Castilla-La Mancha 02/07/2014, Rec.386/2014, o STSJ Andalucía/Granada 07/05/2014, Rec. 603/2014, o por citar alguna más, entre las muchas que existen en igual sentido, STSJ Madrid 02/06/2014, Rec.102/2014 y STSJ Andalucía/Sevilla 14/01/2016, Rec. 76/2015. Lo mismo lógicamente se resuelve como puede verse en algunas de esas sentencias si no hay continuidad en la prestación del servicio aunque las instalaciones reviertan a la entidad pública, específicamente así lo resuelven SSTSJ País Vasco 02/02/2016 y 12/04/2016, Rec. 68/2016 y 567/2016, respectivamente.

En todo caso alguna sentencia más reciente entiende que la reversión de instalaciones, si hay continuidad de la actividad y con la misma clientela aunque se preste con personal propio, no excluye la obligación de subrogación como entiende STSJ Castilla y León/Burgos 22/06/2016, Rec.360/2016 y en alguna otra sentencia se entiende en relación con una sociedad mercantil pública que si se le entregaron los medios materiales y evidencia una voluntad de continuar con la actividad, la mantuvo un mes y luego hizo dos convocatorias públicas que quedaron desiertas, acordando finalmente no prestar la actividad, ello fue una decisión exclusiva suya que no puede exonerarle de su obligación de subrogación STSJ Madrid 29/04/2016, Rec. 1/2016 – nótese que se trata de una sociedad mercantil pública -.

(15). Por ejemplo STS 30/05/11, Rec. 2192/2010, servicio municipal de retirada de vehículos o STS 26/01/12, Rec. 917/2011 en un servicio público asistencial.

La doctrina judicial sigue igual criterio, incluso con sentencias interesantes, como STSJ Andalucía/Granada,

02/07/2015, Rec. 1019/2015, que analiza el caso de una reversión del servicio pero asumiendo los medios materiales, destacando la sentencia que no solo los aportados por la entidad pública y parte de la plantilla, por lo que se ha producido una auténtica transmisión de empresa en los términos del art. 44 ET. O, también, y con amplio estudio de la jurisprudencia y casuística al respecto al que hago expresa remisión, STSJ Islas Canarias/Las Palmas 31/03/2015, Rec. 706/2014. En parecidos términos STSJ Islas Canarias/Las Palmas 30/06/2014, Rec. 319/2014, con recuperación del servicio, de los medios cedidos para su realización y de una parte de la plantilla correspondiente a una de las actividades del servicio, pero no del resto correspondiente a otras actividades. Igualmente, entre otras muchas, aludiendo a la recuperación de los medios materiales SSTJ Castilla-La Mancha 19/09/2013, Rec. 641/2013 y 06/02/2014, Rec. 547/2013, en relación con la recuperación de determinados servicios educativos.

(16). No son infrecuentes las soluciones judiciales que han admitido la aplicación del artículo 44 ET aunque la transmisión de elementos patrimoniales consistía en la recuperación de los puestos a disposición por la propia Administración. En este sentido, por ejemplo, las ya citadas STSJ Islas Canarias/Las Palmas 31/03/2015, Rec. 706/2014, que analiza la recuperación de las instalaciones deportivas cedidas que eran de titularidad pública; STSJ Islas Canarias/Las Palmas 30/06/2014, Rec. 319/2014, con recuperación de los medios cedidos para el servicio de salvamento, rescate y vigilancia del litoral; y, entre otras, SSTJ Castilla-La Mancha 19/09/2013, Rec. 641/2013 y 06/02/2014, Rec. 547/2013, en relación con la recuperación de determinados servicios educativos y de los medios materiales para los mismos que la entidad pública se había comprometido a aportar o STSJ Castilla y León/Valladolid 17/09/2016, rec. 1280/2015, sobre recuperación de un complejo de ocio y deportivo. Muy interesante la STSJ País Vasco 22/03/2016, Proceso en instancia nº 39/2014 que considera suficiente que la reversión del servicio conlleve la vuelta a la entidad pública de las instalaciones de tratamiento de aguas – que eran de su propiedad y de las que disponía el concesionario para la realización del indicado servicio – para entender que el supuesto queda dentro del art. 44 ET, aunque la entidad pública no recibiese los restantes medios materiales propiedad del concesionario que eran de valor limitado y accesorios a las instalaciones.

(17). STJUE 26/11/2015, C-509/14, asunto ADIF.

(18). ATS de 11/06/2015, Rec. 1418/2014.

(19). Por todas, por ejemplo, STJCE 26/09/2000, C-175/99, asunto Mayeur; STJUE 29/07/2010, C-151/09, asunto UGT/FSP. Aunque también se ha entendido que dicha Directiva no se aplica al supuesto en el que una entidad pública se limita a finalizar una contrata y pasa a prestar directamente el servicio con personal propio o contratado, sin transmisión de elementos patrimoniales, coincidiendo así con la solución de la jurisprudencia española. Al respecto STJUE 20/01/2011, C-463/09, asunto CLECE.

(20). STS (Contencioso-Administrativo) 30/04/2014, Rec. 1416/2013.

(21). Por todas STS (Contencioso-Administrativo) 16/03/2015, Rec. 1009/2014.

(22). Aunque cabe la posibilidad de sostener una interpretación interesante, sobre la que volveré, que hace alguna sentencia, como STSJ Islas Canarias/Las Palmas 30/06/2014, Rec. 319/2014, que, analizando la cuestión expone literalmente que no hay ningún problema para la admisión del personal como fijo aunque “ la integración de los trabajadores en la plantilla se produjera sin haber superado el correspondiente proceso selectivo, ya que la subrogación no comporta el ingreso ex novo como personal laboral de la Administración, sino la pervivencia del inicial vínculo jurídico con la concesionaria con la novación subjetiva en la persona del empresario que comporta la sucesión legal ex Art. 44 ET”. En alguna otra sentencia como la citada STSJ Castilla y León/Burgos 22/06/2016, Rec. 360/2016 se matiza lo anterior pero coincidiendo en que la obligación de subrogación existe si bien eso no significa que los empleados pasen a ser personal de plantilla fija de la Administración. Se diferencia así entre unos empleados cuyo empleador habría pasado a ser la Administración por obligación subrogatoriaperó que se mantendrían diferenciados sin formar parte propiamente de la plantilla del organismo en cuestión. Como se verá posteriormente abundaré en esta posibilidad.

(23). Al respecto, STS 04/02/2016, Rec. 2638/2014.

(24). SSTS 18/09/2014, Rec. 2320 y 2323/2013 – son dos sentencias distintas -.