

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA



**Máster Oficial en Derecho y Administración Local.
ANÁLISIS DE LA SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN
EL ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL.
CASUÍSTICA Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.**

AUTOR: Álvaro González Pérez

TUTOR: María Luisa Gómez Jiménez

FECHA DE DEFENSA: Julio 2020

ÍNDICE

- 1.** Introducción.
- 2.** Servicios públicos y Administración Local. Aspectos conceptuales.
 - 2.1** Intervención local en la actividad económica.
 - 2.2.** Servicio público local. La problemática en su delimitación conceptual.
 - 2.2.1** Modalidades de gestión de los servicios públicos.
 - 2.2.2** Tendencias actuales de los modelos de gestión
- 3.** En particular: La subrogación de personal laboral en la Administración Local.
 - 3.1** Acceso al empleo público. La excepcionalidad de la subrogación.
 - 3.2** Casuística de la subrogación de personal en el sector público.
 - 3.2.1** Sucesión de empresas y sucesión de plantilla. Notas diferenciadoras.
 - 3.2.2** Subrogación ex convenio colectivo.
 - 3.2.3** Cesión ilegal de trabajadores.
 - 3.2.4** Obligación contemplada en los pliegos de contratación.
 - 3.2.5** Contratos de asistencia técnica. Límites para evitar la instrumentalización de contratación laboral.
 - 3.3** Consecuencias de la subrogación de personal en el sector público.
 - 3.3.1** La figura del personal laboral indefinido no fijo.
 - 3.3.2** Efectos en la Relación de Puestos de Trabajo de la entidad local.
 - 3.3.3** Impacto en la tasa de reposición.
- 4.** Conclusiones.
- 5.** Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

El Estado de bienestar, tal y como señalaba Amartya Kumar Sen, supone la prestación por parte del sector público de determinados servicios para ofrecer protección a aquellas personas que no son capaces de tener un nivel de vida mínimo sin ayuda del estado¹. La fluctuación entre los diferentes modelos de gestión de estos servicios que contempla nuestro ordenamiento jurídico, tales como la externalización o la remunicipalización, genera diversas casuísticas de índole laboral que pueden provocar el fenómeno de la subrogación de personal, tal y como se analizará a lo largo de este trabajo de investigación. Factores como la crisis económica, la oscilación entre la externalización y remunicipalización de servicios públicos, la reducción de ofertas de empleo público, el aumento de la precariedad laboral en el sector privado, así como de las diferencias entre este último y el personal que presta servicios en el sector público, hacen de esta institución jurídica una cuestión importante a la que prestar atención en la actualidad, puesto que se trata de una forma de acceso irregular a la tan codiciada función pública.

Hasta ahora, la actividad investigadora se ha centrado en el estudio de la sucesión empresarial como causa de subrogación², pero existen varias causas que no han sido analizadas con detenimiento, como la cesión ilegal de trabajadores y la instrumentación de relaciones laborales con trabajadores autónomos mediante la contratación administrativa, supuestos en que pueden suponer la subrogación de personal dependiendo de cómo delimiten las relaciones público-privadas o de cómo se realicen funcionalmente los servicios contratados.

La finalidad de este Trabajo de Fin de Máster es el análisis actualizado de esta institución jurídica, desde una perspectiva teórico-práctica, para poder delimitar correctamente que actuaciones debe evitar el sector público para no incurrir en la subrogación de personal, así como para una correcta protección de los

¹ KUMAR SEN, A. *El futuro del estado de bienestar*. Revista La Factoría, número 8-2, 1999.

² BLANCO HIGUERA, A. L. *Reversión con subrogación: cuatro anomalías y una contradicción*. Revista Auditoría Pública, número 70, 2018, páginas 101-108.

LÓPEZ CUMBRE, L. *Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público*. Revista Galega de Dereito Social, número 3, 2017, pp. 101-147.

derechos reconocidos en la legislación laboral, que es la finalidad última por la que se ha regulado la subrogación de trabajadores.

La metodología adoptada para la investigación va a ser la sincrética-interdisciplinar puesto que, dependiendo de la tipología del trabajo, debe aplicarse un método u otro. Así, el método más común será el sistemático, para relacionar las disposiciones de forma homogénea respecto al resto del ordenamiento jurídico, debiendo hacer uso de otras metodologías como la jurisprudencial de conceptos e intereses para delimitar conceptualmente las instituciones jurídicas que se analicen y su correcta aplicación de la norma desde una perspectiva fáctica.

A la vista de lo anterior, esta investigación sobre la casuística de la subrogación de trabajadores en el sector público se dividirá principalmente en dos partes. En la primera parte se analizará de forma sucinta, puesto que no es el objeto principal de la investigación, la intervención local en la actividad económica municipal, así como la delimitación y modalidades de gestión de los servicios públicos locales y su evolución actual. Una vez quede claro el modo de actuación del sector público al respecto, se delimitará conceptualmente la institución de la subrogación de trabajadores, el marco normativo aplicable, y un análisis sobre las causas que pueden provocar su aplicación, así como las consecuencias que tiene este fenómeno en el sector público local.

2. SERVICIOS PÚBLICOS Y ADMINISTRACIÓN LOCAL. ASPECTOS CONCEPTUALES.

2.1 Intervención de la administración local en la actividad económica.

La Constitución Española de 1978 (En adelante CE) se ha denominado en reiteradas ocasiones, tanto por nuestro Alto Tribunal como por la doctrina, como una 'Constitución Económica' puesto que varias de sus disposiciones tienen contenido económico e incluso dedica su Título VII 'Economía y Hacienda' a tal naturaleza. Esto supone una novedad en el constitucionalismo histórico en nuestro país, que se limitaba a regular otros aspectos al margen de la actividad económica. Al respecto, cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 1/1982 de 28 de enero, en la que se delimita el concepto de Constitución Económica, entendida como el conjunto de 'normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento

de la actividad económica'. La constitución económica posee unos rasgos característicos³ tales como la abundancia de disposiciones de contenido económico, destacando especialmente los principios rectores de la política económica y social; la amplitud y flexibilidad de los preceptos, que consiguen un régimen constitucional abierto que no determine un modelo económico único; así como la dualidad interpretativa de las disposiciones constitucionales.

Una de las disposiciones emblemáticas del carácter económico de nuestro texto constitucional es el artículo 38 CE, contenido en el Capítulo II del Título I, que consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y exige a los poderes públicos que garanticen y protejan su ejercicio. Para delimitar el alcance y el contenido de este derecho debemos acudir a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, puesto que nuestra Constitución se pronuncia en un sentido amplio y no determina el contenido esencial de este⁴. Mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 89/2017 de 4 de julio se define la libertad de empresa como 'el derecho a desarrollar una actividad empresarial en condiciones de igualdad' si bien este derecho no alcanza a cualquier actividad⁵, tal y como se indica en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 83/1984 de 8 de abril, sino a aquellas permitidas por el ordenamiento jurídico. En tal sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 18/2011 de 3 de marzo, recordando que el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado, sino que se encuentra sujeto a límites. Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/1986 de 1 de julio señala que, del contenido del artículo 38 CE, emana 'la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales' haciendo mención expresa a la necesaria defensa de la competencia. Para la delimitación funcional de la defensa de la competencia se remite al contenido de su Sentencia 71/1982 de 30 de noviembre, que señala que la misma 'comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales

³ RUIZ-NAVARRO PINAR, J.L. *Sinopsis del artículo 38 de la Constitución Española de 1978*. Página web del Congreso de los Diputados. Abril, 2004.

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 37/1981 de 16 de noviembre.

⁵ LENCE REIJA, C. *La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas*. Revista General de Derecho Administrativo, número 46, octubre 2017. Iustel.

para el desarrollo de la competencia en el mercado, siendo su objetivo la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia’.

El artículo 128 CE guarda una estrecha relación con la disposición analizada en el párrafo anterior puesto que, no solo reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, sino que contempla la posibilidad de restringir unas actividades para que únicamente se puedan gestionar por el sector público y la de acordar la intervención de empresas por motivos de interés general. A primera vista, se puede apreciar cierta incongruencia en el mismo cuerpo normativo puesto que, si bien el artículo 38 CE declara la libertad de empresa en una economía de mercado, el artículo 128 CE permite restringir ese derecho⁶. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto recordando que el derecho a la libertad de empresa no tiene un carácter absoluto y que son legítimas las limitaciones contenidas en el artículo 128 CE. Asimismo, cabe destacar que el apartado segundo de la disposición referida no establece límite alguno a la iniciativa pública en la actividad económica si bien, de conformidad con el artículo 103 CE, esa iniciativa pública debe limitarse a la prestación del servicio por interés general, de manera que se justifique la intervención pública en la actividad económica.⁷

En el ámbito local, cabe traer a colación el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que confiere a las Entidades Locales la posibilidad de ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, previa tramitación del expediente oportuno y siempre que se garantice el cumplimiento de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera. Cabe destacar que no toda actividad de la administración local puede calificarse como un servicio público, sino que se debe diferenciar entre la prestación de un servicio público y el desarrollo de actividades económicas en sentido estricto, una tarea que, como veremos a continuación, no resulta nada sencilla. Las primeras versiones de la Ley 7/1985, de 2 de abril,

⁶ FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M.M. *Sinopsis del artículo 128 de la Constitución Española de 1978*. Página web del Congreso de los Diputados. Abril, 2004.

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=128&tipo=2>

“Hubo autores que ya, cuando el proyecto de Constitución se filtró a la prensa en 1977, pensaron que el artículo 128, especialmente en lo que se refiere a la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, era radicalmente contrario o al menos entraba en tensión con el artículo 38 que consagra la libertad de empresa en una economía de mercado”.

⁷ Ídem.

Reguladora de las Bases del Régimen Local (En adelante LRBRL) y el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (En adelante TRRL) usaban estos conceptos indistintamente, y las reformas legislativas que se llevaron a cabo no terminaron de dilucidar esta problemática. A título de ejemplo, cabe destacar el artículo 96 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, cuyo tenor literal es el siguiente: 'La iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes'. La disposición contenida en el artículo 96 TRRL alude al término iniciativa económica local en un sentido amplio, de manera que engloba tanto los denominados servicios públicos económicos, que como veremos pueden prestarse en régimen de libre mercado o en monopolio, como las actividades económicas que no tienen tal carácter, y que deben prestarse en régimen de mercado, lo que puede generar cierta confusión⁸. De la misma forma, el artículo 95 TRRL se refiere a los servicios públicos locales, integrando expresamente en los mismos las actividades económicas derivadas de la iniciativa pública regulada en el artículo 86 LRBRL al indicar que 'los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, podrán ser gestionados directa o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercidos por gestión directa'.

A grandes rasgos, y sin hacer un análisis exhaustivo de la materia al no ser el objeto principal de este estudio, algunos autores entienden que podemos diferenciar dos grandes modalidades de prestaciones públicas con contenido

⁸ DEL GUAYO CASTIELLA, I. *Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. Reala nº2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

<https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/download/10190/10668>

"No utiliza la expresión iniciativa económica local en el sentido que tiene en este trabajo, más reducido, como la iniciativa que se lleva a cabo fuera del ámbito de los servicios públicos. Sólo a partir de ese sentido amplio se entiende que el precepto añade lo siguiente: «(...) cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes». Lo que quiere decir el artículo es que la iniciativa propia de los servicios públicos sólo puede recaer en actividades susceptibles de ser reservadas, mientras que la otra iniciativa puede recaer en cualquier actividad de utilidad pública, pero ha de llevarse a cabo en régimen de libre concurrencia."

económico: La actividad económica en ámbitos no reservados al sector público, en la que las entidades locales deben competir en igualdad de condiciones con el resto de los agentes del mercado; y la actividad económica en ámbitos reservados, que reciben el nombre de servicios públicos en sentido estricto. En este sentido se pronuncia DEL GUAYO CASTIELLA⁹, que enumera las características esenciales de 'las actividades económicas que puede llevar a cabo la entidad local como consecuencia de la iniciativa económica' las cuales son que 'no son actividades tasadas, nunca podrán implicar un monopolio y no son auténticos servicios públicos'. En aplicación de esta tesis, para saber cuándo nos encontramos ante una actividad económica local en sentido estricto, debemos conceptualizar lo que se entiende por servicio público, en tanto que toda prestación pública que no sea calificada como servicio público, a sensu contrario, será una actividad económica pública en sentido estricto. De esta forma, se hace patente la estrecha relación que existe actualmente entre la actividad económica y el servicio público, concepto este último que se encuentra en constante litigio como se analizará a continuación.

2.2. Servicio público local. La problemática en su delimitación conceptual.

El concepto de servicio público no se encuentra delimitado ni definido con claridad en nuestro ordenamiento jurídico, extremo en el que coinciden tanto nuestro sector doctrinal¹⁰ como el jurisprudencial¹¹. PARRA MUÑOZ enumera múltiples causas que dificultan una correcta conceptualización del término¹²:

- La propia falta de un concepto legal unitario;

⁹ Ídem.

¹⁰ PARRA MUÑOZ, J.F. *Naturaleza de los ingresos percibidos por empresas concesionarias y por empresas mixtas prestadoras de los servicios municipales de abastecimientos, saneamiento y depuración de aguas y legalidad del cobro o recaudación por parte de dichas entidades*. Revista digital CEMCI, número 24, 2014. <https://revista.cemci.org/numero-24/pdf/tribuna-3-naturaleza-de-los-ingresos-percibidos-por-empresas-de-servicios-municipales-de-abastecimiento-saneamiento-y-depuracion-de-aguas.pdf>

"La legislación española, a pesar del preeminente puesto en que coloca a la institución del servicio público y su exhaustiva regulación, sobre todo en lo que al servicio público se refiere, no se ha atrevido a formular no ya una definición, sino ni siquiera un concepto del servicio público local."

¹¹ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de mayo de 1997, número de recurso 6813/1991, que señala que el "concepto de servicio público, calificado frecuentemente como polisémico, no es ciertamente una categoría dogmática unívoca. En sentencia de 24 de octubre de 1989, este Tribunal, advierte que ningún texto legal da un concepto de servicio público."

¹² Por remisión de MELLADO RUIZ, L. *Materiales docentes de la asignatura "Gestión de servicios públicos locales"*. Universidad de Almería. Almería, 2020.

- Las múltiples concreciones de las actividades consideradas de servicio público;
- La confusión legal y doctrinal entre el servicio público y el ejercicio de actividades económicas por las Administraciones Públicas;
- La hipertrofia de las actividades consideradas y amparadas en el concepto de servicio público, y su consiguiente regulación legal, sin que técnicamente puedan ser consideradas como tal;
- La revisión de la noción tradicional de servicio público; y
- La carga ideológica que subyace en las distintas nociones de servicio público y la dialéctica política subyacente.

El artículo 85.1 LRBL califica como servicio público local todo el que presten las entidades locales en el ámbito de sus competencias lo que, a priori, parece sencillo y clarificador. No obstante, por otro lado, el artículo 25.1 LRBL legitima a los municipios para que promuevan tanto actividades como servicios públicos, siempre que se desarrollen en el ámbito de sus competencias. De esta forma, si el criterio delimitador entre la actividad económica local, en sentido estricto, y el servicio público fuese el carácter competencial de la prestación llevada a cabo por el municipio, como se desprende del artículo 85.1 LRBL, el contenido del artículo 25.1 LRBL carecería de sentido, puesto que toda prestación realizada por la entidad local debería desarrollarse dentro del ámbito competencial y, por ende, gozaría de la calificación de servicio público.

Al respecto se pronuncia PARRA MUÑOZ¹³, quién destaca esta confusión legal e intenta sentar un criterio diferenciador entre competencia y servicio público, indicando que 'el legislador, dada la expresión utilizada en los artículos 25.1 y 85.1 de la LRBL, puede inducir al error consistente en confundir e identificar los servicios públicos locales con las competencias municipales, o al menos con su concreción porque, si el artículo 85.1 nos dice que son servicios públicos los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, y acudimos a la fuente en donde se concretan estas competencias locales, que es el artículo 25.1 de la LRBL, su número 2 establece un listado de competencias locales sobre materias muy diversas de las que unas pueden ser consideradas

¹³ PARRA MUÑOZ, J.F. *Competencias y servicios públicos antes y después de la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril producida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local*. Revista digital CEMCI, número 28, 2015.

<https://revista.cemci.org/numero-28/pdf/tribuna-3-competencias-y-servicios-publicos-antes-y-despues-de-la-modificacion-de-la-ley-7-1985-de-2-de-abril-producida-por-la-Ley-27-2013.pdf>

servicios públicos pero otras no, con lo que podemos llegar a la conclusión de que todas aquellas constituyen servicios públicos en sentido técnico cuando no es así'. En apoyo a esta tesis se pronuncian diversos autores como DEL GUAYO CASTIELLA¹⁴, que defiende que 'hay una identidad conceptual entre servicios públicos y servicios esenciales reservados'; o PAREJO ALFONSO¹⁵, quién afirma que el concepto de servicio público abarca 'el conjunto de actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general, entiendo por reserva la publicatio de la correspondiente actividad con atribución de su titularidad a la Administración Pública, sin perjuicio de que ésta pueda abrir la gestión del mismo a la propia iniciativa privada'. También se ha pronunciado en esta línea el Tribunal Supremo, que entiende que es la reserva de la titularidad de la actividad a la Administración Pública la que dota a la misma de la condición de servicio público, y no el ámbito competencial de la entidad local.¹⁶

Por otro lado, y a la vista de que la doctrina considera que el criterio competencial es insuficiente, si se intenta utilizar el régimen de prestación, concurrencia en el libre mercado o monopolio, como criterio para delimitar el concepto de servicio público y el de actividad económica local en sentido estricto, nos encontramos con que las actividades económicas consecuencia de la iniciativa pública reconocida en el artículo 86.1 LRBRL deben prestarse, en todo caso, bajo el régimen de la libre concurrencia, mientras que los servicios públicos pueden prestarse en ambos sistemas dependiendo de si están reservados o no¹⁷. Así las cosas, y a la vista de las afirmaciones vertidas por los autores referidos anteriormente, podemos asegurar que toda actividad reservada al sector público tendrá la consideración de servicio público en puridad. No obstante, de esta

¹⁴ DEL GUAYO CASTIELLA, I. *Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. Reala nº2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

<https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/download/10190/10668>

¹⁵ PAREJO ALFONSO, L. *Servicios públicos y servicios de interés general: La renovada actualidad de los primeros*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/20.pdf>

¹⁶ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989.

¹⁷ Al respecto, la Sentencia de 29 de octubre de 2010 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares se pronuncia sobre el servicio público de cementerio y el de actividades funerarias distinguiendo entre ambos, puesto que el primero puede prestarse en régimen de monopolio mientras que el segundo se encuentra liberalizado y, por lo tanto, debe moverse "bajo el respeto absoluto al criterio de actividad de libre mercado dada la liberalización del servicio", sin que pueda "irrogarse una actitud monopolística". A pesar de que se prestan en regímenes diferentes, ambos son servicios públicos al encontrarse reconocidos expresamente como competencias municipales en el apartado k) del artículo 25.2 LRBRL.

forma no se establece un criterio lo suficientemente específico como para discernir, en el caso de que una actividad se preste en libre concurrencia, si se trata de un servicio público o no, puesto que puede incardinarse dentro de las competencias municipales pero no ser un servicio público en sentido estricto¹⁸.

Por todo ello, se hace evidente la dificultad a la hora de delimitar correctamente cualquier prestación por parte del sector público local como actividad económica local o servicio público puesto que la legislación aplicable no define los mismos y, tanto la doctrina como la jurisprudencia muestran su disconformidad con el criterio expuesto por el legislador en el artículo 85.1 LRRL. No obstante, esta odisea no afecta al objeto principal de este estudio, puesto que lo que interesa para abordar la subrogación de trabajadores en el sector público local es, entre otras cosas, la fluctuación entre las modalidades de gestión las cuales, de conformidad con el apartado 1 del artículo 95 TRRL afectan a los servicios públicos locales y a la actividad económica pública por igual.¹⁹

2.2.1 Modalidades de gestión de los servicios públicos.

Las entidades locales tienen reconocida la potestad para constituir, organizar, modificar, y suprimir los servicios públicos que sean de su competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (En adelante RSCL). Al respecto, la jurisprudencia viene reconociendo a las corporaciones locales un 'importante espacio de discrecionalidad en el ámbito de las potestades de autoorganización de los servicios públicos'²⁰. La legislación local, regula dos grandes modalidades de

¹⁸ PARRA MUÑOZ, J.F. *Competencias y servicios públicos antes y después de la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril producida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local*. Revista digital CEMCI, número 28, 2015.

<https://revista.cemci.org/numero-28/pdf/tribuna-3-competencias-y-servicios-publicos-antes-y-despues-de-la-modificacion-de-la-ley-7-1985-de-2-de-abril-producida-por-la-Ley-27-2013.pdf>

"La actividad de servicio público constituye un ámbito de competencia de las entidades locales, pero no todas las competencias de éstas quedan constreñidas a aquel."

¹⁹ A título de ejemplo, cuando se analicen las causas de subrogación de personal como consecuencia de la sustitución de empresario, será indiferente que la prestación sea un servicio público en puridad (servicios reservados, como el transporte público de viajeros) o que tenga la consideración de iniciativa económica en la actividad local (siguiendo el criterio marcado por la doctrina, podría ser la gestión de instalaciones deportivas municipales).

²⁰ Por todas, Sentencia de la Sección 3ª de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana nº 2031/2002 del 11 de diciembre de 2002, número de recurso 829/1999.

gestión de los servicios públicos que analizaremos de forma sucinta: La gestión directa y la gestión indirecta.

Respecto a la gestión directa, el artículo 85.2 LRBRL muestra todas las formas de gestión que abarca este grupo, distinguiendo entre las siguientes:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

De esta forma, es la corporación local la que ejerce sin intermediarios y de manera exclusiva, la gestión y realización del servicio mediante funcionarios de plantilla y personal laboral de la administración. Es la denominada gestión directa sin organización especializada, que el RSCL reserva obligatoriamente a los servicios que impliquen ejercicio de autoridad²¹.

A su vez, dentro de esta modalidad, el RSCL reconoce en su artículo 70 la posibilidad de gestionar el servicio por la propia entidad local mediante una organización especializada que carece de personalidad jurídica propia, sin que pueda utilizarse esta forma para la prestación de servicios públicos que requieran ejercicio de autoridad, y que contará con una sección presupuestaria propia dentro del Presupuesto Municipal. La organización especializada estará dirigida por un Consejo de Administración, presidida por un miembro de la Corporación y cuyos miembros serán nombrados por el Pleno. Asimismo, el Alcalde-Presidente nombrará un gerente propuesto por el Consejo de Administración, que puede ser funcionario o, de lo contrario, en persona 'especialmente capacitada', de conformidad con el artículo 74.2 RSCL. El nombramiento tendrá una duración máxima de 10 años, pudiendo prorrogarse al término de este. Respecto a la temporalidad de las funciones, se ha reconocido

b) Organismo autónomo local.

La Corporación Local puede crear una entidad con personalidad jurídica propia, sujeta al Derecho administrativo, a la que le encomienda la gestión del servicio público, que queda adscrita a una concejalía, área o equivalente de la entidad local. A pesar del carácter autónomo de estas entidades, el carácter instrumental de los organismos autónomos descarta cualquier idea de desvinculación respecto de la entidad local, por lo que la autonomía de estos

²¹ Véase artículos 68 a 70 RSCL.

organismos es únicamente funcional dentro del ámbito limitado por las directrices de la entidad local a la que se encuentra adscrito²².

La competencia para su creación, modificación o supresión corresponde al Pleno de la entidad local, que debe aprobar los Estatutos del mismo respetando el contenido expuesto en el apartado 2 del artículo 85 bis LRBRL. El organismo autónomo local contará con un Consejo Rector, cuya regulación se concretará en los Estatutos de la entidad. La dirección de la entidad recaerá sobre un empleado público, funcionario o laboral, titulado superior, o sobre un profesional del sector privado que, además de titulado superior, cuenta con más de 5 años de experiencia profesional. A pesar de esta potestad que se reconoce a la Corporación, la jurisprudencia viene priorizando la elección de empleados públicos frente a los profesionales del sector privado, de manera que debe justificarse las características especiales que hacen preferible seleccionar al profesional del sector privado frente a empleados públicos municipales²³.

c) Entidad pública empresarial local.

La Corporación Local puede, siempre y cuando quede acreditado que no resulta sostenible ni eficiente financieramente las dos formas de gestión anteriores, constituir un ente público empresarial para gestionar servicios públicos susceptibles de contraprestación.

Si bien la legislación regula varios aspectos de forma similar respecto a los organismos autónomos locales (aprobación, composición, inventario, recursos humanos) dando lugar a confusión en algunos casos²⁴, la diferencia principal es que este tipo de ente instrumental se rige por Derecho Privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas, a diferencia de los organismos autónomos, que se rigen por Derecho Administrativo. Además, mientras que la

²² Sentencia de la Sección 2ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 15 de marzo de 2000, número 265/2000, número de recurso 1557/1997.

²³ Por todas, Sentencias de la Sección 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2020, número de recurso 1060/2000 y de 07 de diciembre de 2005, número de recurso 90/2004.

²⁴ BARRERA VILÉS, F. *Un tipo de organismo público: La entidad pública empresarial local*. Revista Electrónica CEMCI número 2, 2009.

<https://revista.cemci.org/numero-2/documentos/doc1.pdf>

“La LOFAGE (actualmente derogada por la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público) integra los OO. AA y las EPE en una categoría común, la de Organismos Públicos. Sin embargo, las diferencias entre unos y otras no quedan suficientemente claras, lo que produce el desdibujamiento de una y otra categoría”.

figura de los Organismos Autónomos se configuró para la prestación de actividades de fomento y administrativas, las Entidades Públicas Empresariales tienen como finalidad principal la realización de servicios o bienes susceptibles de contraprestación económica²⁵. Sin embargo, las entidades públicas empresariales se consideran entidades de Derecho Público, de conformidad con el artículo 103.1 LRJSP²⁶.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

El artículo 89.1 LRBRL reconoce la posibilidad expresa de gestionar directamente los servicios públicos mediante la constitución de una empresa, sujeta al régimen de Derecho Privado, con forma de responsabilidad limitada o de sociedad anónima, cuyo capital social sea de la entidad local. Esta forma de gestión directa, a diferencia de lo que sucede con las empresas municipales, no produce personificación pública alguna, por lo que no goza del carácter de Administración Pública²⁷. Sobre la naturaleza de los entes instrumentales de la Administración, configurados como sociedades mercantiles sometidas al Derecho privado, el Tribunal Constitucional²⁸, entiende que la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conectan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica.

La dirección y administración de las sociedades privadas municipales será asumida por la Junta General, cuyas funciones serán asumidas por la Corporación Local; el Consejo de Administración y la Gerencia. Respecto a estos últimos, su

²⁵ Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

²⁶ Resulta de aplicación por la remisión contenida en el apartado 1 del artículo 85 bis “*La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resultase de aplicación*”.

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife con fecha de 18 de julio de 1997, número de recurso 1477/1995.

²⁸ Sentencia número 14/1986 del Tribunal Constitucional de 5 de marzo de 1986.

nombramiento y funciones se determinarán mediante los Estatutos de la empresa.

Asimismo, cabe destacar que el apartado segundo del artículo 85 LRBRL exige que el servicio debe de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, pudiendo acudir a la forma de entidad pública empresarial local y a la de sociedad mercantil local únicamente cuando haya quedado acreditado que sean más sostenibles y eficientes que la prestación por la propia entidad o mediante organismo autónomo local. Si bien esta limitación puede considerarse una vulneración al principio de autonomía local el Consejo de Estado, en su Dictamen nº338/2014 con fecha de 22 de mayo de 2014, explica que el hecho de priorizar unas formas de gestión directa sobre otras no supone una vulneración de la potestad de autoorganización municipal en forma contraria a la autonomía local. También considera que existe justificación suficiente en los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera ya que 'la autonomía local no puede amparar la elección de modalidades de gestión directa de los servicios públicos locales menos eficientes o sostenibles que otras igualmente contempladas en el ordenamiento jurídico. La elección de una u otra forma de gestión directa es, a la postre, una decisión instrumental en la prestación del servicio a la que no pueden resultar ajenas las consideraciones de racionalidad económica.'

En cuanto a la gestión indirecta de los servicios públicos, el artículo 85.2 b) LRBRL nos remite a la figura del contrato de gestión de servicios públicos regulado en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Cabe destacar que este texto normativo fue derogado tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (En adelante LCSP), que suprime la figura del contrato de gestión de servicios públicos y la sustituye por la nueva modalidad del contrato de concesión de servicios.

El contrato de concesión de servicios se define por la LCSP en su artículo 15.1 'aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida

venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio'. El elemento más característico de esta modalidad contractual, que sirve a su vez para diferenciarlo del contrato de servicios²⁹, es la transferencia del riesgo operacional, que ha sido delimitada tanto legal como jurisprudencialmente. Así, el artículo 14.4 in fine LCSP determina que 'se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable'. De esta forma, la administración mantiene la titularidad del servicio público pero la gestión efectiva se realiza por la concesionaria, bajo la supervisión de la administración titular.

2.2.2 Tendencias actuales de los modelos de gestión: ¿Remunicipalización o externalización?

El debate sobre la remunicipalización y la externalización de servicios públicos se ha ideologizado de manera que, a grandes rasgos, se relaciona la remunicipalización con el sector socialdemócrata y la externalización con el sector liberal. Este fenómeno de relación inmediata ha bloqueado de facto el debate sobre las diferentes modalidades de gestión de los servicios públicos puesto que, como viene ocurriendo desde hace tiempo, los sectores políticos se muestran cada vez más inamovibles en su discurso y no existe un diálogo real entre ellos. De esta forma se impide el análisis pormenorizado de cada servicio público que, dependiendo de sus características propias y contexto, podría ser más eficiente. Así, un mismo servicio público podría resultar más eficiente dependiendo del tamaño del municipio donde radica, pero la realidad es que la forma de gestión se decide en la mayoría de las ocasiones por el espectro político de la Corporación Local. Sin embargo, esta decisión debería tomarse de forma racionalizada,

²⁹ Informes 26/2009 y 23/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

atendiendo a criterios objetivos, sin perjuicio de la ponderación necesaria respecto a otros intereses sociales³⁰.

En el primer tercio del siglo XX, tras el 'Crack del 29', a la vista de las consecuencias propiciadas por el sistema económico liberal, el legislador comenzó a regular una postura más intervencionista por parte del estado en la economía. Así, se priorizaba la municipalización de los servicios frente a la externalización³¹. En España, tras la Guerra Civil y la instauración del régimen franquista, el intervencionismo por parte del sector público encontró su momento de auge y se asumió la prestación directa de los servicios que hasta ese momento se encontraban concesionados a entidades privadas. A finales del siglo XX, se produce en nuestro país una fuerte tendencia hacia la privatización de este tipo de servicios, que duró hasta la crisis económica sufrida durante la primera década del siglo XXI.

En los últimos años se ha hecho notoria la desconfianza que tiene la ciudadanía sobre los mecanismos de gestión indirecta de los servicios públicos, a pesar de que, en teoría, suponen un ahorro económico frente a los servicios gestionados directamente. Asimismo, la población se muestra un tanto escéptica ante la pérdida de calidad en la prestación del servicio, el incumplimiento contractual, los casos de corrupción y la falta de transparencia en la gestión. Ante este malestar generalizado, en toda Europa se ha consolidado la tendencia hacia la remunicipalización de los servicios públicos³².

3. EN PARTICULAR: LA SUBROGACIÓN DE PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

La fluctuación entre las diferentes modalidades de gestión de los servicios públicos da lugar a situaciones que pueden provocar la absorción de trabajadores por las entidades locales y su postulación como empleados públicos en sentido

³⁰ GAMERO CASADO, E. *Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales*. Revista General de Derecho Administrativo. Iustel, octubre 2019.

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1510094>

³¹ MAGALDI MENDAÑA, N. *La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos; en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín*. Revista Aragonesa de Administración Pública, número 34-40, 2012

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4078240.pdf>

³² FERNÁNDEZ CASADEVANTE, J.L. *Regreso al futuro. Apuntes sobre los procesos de remunicipalización de servicios públicos en Europa*. Revista Papeles, número 129, 2015, pp. 141-147.

https://www.fuhem.es/papeles_articulo/regreso-al-futuro-apuntes-sobre-los-procesos-de-remunicipalizacion-de-servicios-publicos-en-europa/

amplio. Así, toda relación jurídica público-privada debe seguir unas pautas para evitar la aplicación de esta institución motivada por la vulneración efectiva de los derechos de los trabajadores.

Si bien la medida más eficaz para evitar esta situación es la gestión directa de todos los servicios públicos y su prestación mediante el uso exclusivo de medios municipales³³, la realidad es que no se pueden obviar los beneficios, e incluso la necesidad en ocasiones, de la gestión indirecta y la prestación de servicios mediante medios externalizados. Asimismo, reducir el criterio para la elección del tipo de gestión teniendo en cuenta únicamente este factor, resultaría simplista e ignoraría otros elementos a tener en cuenta, tales como la calidad del servicio, la rentabilidad social o la sostenibilidad financiera.

Por lo tanto, sin perjuicio de los beneficios y desventajas que aporta cada modelo de gestión, y a la vista de que los mecanismos de colaboración público-privada en sentido amplio³⁴ para la prestación de los servicios públicos son inevitables, debe analizarse cada situación para delimitar legalmente la relación y evitar así, la mala praxis derivada de estas relaciones.

3.1 Acceso al empleo público. La excepcionalidad de la subrogación.

El acceso al empleo público se rige por los principios constitucionalmente consagrados de igualdad, mérito y capacidad³⁵. Estos principios han sido objeto de varios pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional, entre los que cabe destacar los siguientes:

- El Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de acudir al recurso de amparo cuando se vulnere el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, diferenciándolo expresamente del derecho de acceso al cargo público (político, electo) al que no se le reconoce tal privilegio³⁶.

³³ En el artículo 30.3 LCSP se muestra cierta prioridad a la prestación directa de los servicios públicos, permitiendo al sector público acudir a la externalización, en sentido amplio, únicamente cuando carezca de medios suficientes y lo justifique en el expediente.

³⁴ En alusión tanto a la gestión indirecta en puridad, concesiones administrativas, como a la prestación a través de medios externalizados, sirviendo como ejemplo los contratos de servicios.

³⁵ Artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española de 1978.

³⁶ Entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional nº 42/1981 22 de diciembre de 1981 rec. 221/1981; nº 10/1983 21 de febrero de 1983 rec. 144/1982; y nº 71/1989 de 22 de mayo de 1989 rec.1096/1987.

- Igualmente, ha reconocido que el derecho de igualdad respecto al acceso a la función pública será predeterminado por las leyes, lo que supone una garantía material que evitará actuaciones arbitrarias por parte de las Administraciones Públicas, y permitirá el posterior control jurisdiccional en su caso³⁷.
- La normativa que regule el proceso selectivo debe asegurar la igualdad de todos los aspirantes, evitando el carácter discriminatorio de los criterios de selección³⁸. De esta forma, la fijación ex ante de los requisitos para el acceso al empleo público, dotan de garantías a todos los aspirantes y limita, previamente al desarrollo del proceso de selección, el ejercicio del derecho a aquellos que cumplan los requisitos, evitando así la arbitrariedad³⁹.
- Asimismo, se prohíbe la práctica de pruebas restringidas para el acceso a la función pública. No obstante, se ha aceptado esta práctica en casos excepcionales en los que 'la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de desigualdad de trato'⁴⁰.

Al respecto, esta última indica: *“La primera consideración que procede hacer es la dirigida a identificar cuál es el derecho fundamental realmente cuestionado, pues los demandantes hacen referencia generalizada a los derechos del art. 23 CE, sin advertir que en este precepto, en cuyo núm. 2 se distinguen “funciones” y “cargos” públicos, se reconocen, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales a través del cual se despliega un aspecto de la participación de los ciudadanos en las instituciones públicas que tienen su conexión propia en los principios que, según el art. 103 CE, deben regir la organización y funcionamiento de la Administración y, de otro lado, dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 CE.”*

³⁷ Sentencia nº 30/2008 del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2008.

³⁸ Sentencia nº 67/1989 del Tribunal Constitucional de 19 de mayo de 1989.

³⁹ Sentencia nº 48/1998 del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1998.

⁴⁰ Sentencia nº 27/1991 del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1991, rec. 2265/1989;1359/1986 *“En este sentido, debe tenerse en cuenta que las disposiciones impugnadas contemplan medidas de carácter transitorio y excepcional para resolver una situación singular y derivada de un proceso único e irreplicable de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad de adscribir, de forma inmediata, a personal en régimen de Derecho administrativo, cuando, ni existían plantillas de funcionarios, ni había tiempo para poder acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera.”*

- En relación con la valoración de méritos se establecen límites, sin que puedan hacerse referencias personales o concretas a un individuo⁴¹. Respecto a la valoración por servicios prestados en la administración, el Alto Tribunal ha entendido que no existe discriminación puesto que se realiza en atención a unos fines constitucionalmente legítimos y ha admitido que suponga un máximo del 45% de la puntuación total⁴².

Sin embargo, a pesar de la reiterada regulación y jurisprudencia que blinda el acceso a la función pública defendiendo a capa y espada los principios de igualdad, mérito y capacidad, en numerosas ocasiones se ha producido el acceso a la función pública por vía judicial como consecuencia de la aplicación del Derecho laboral. En palabras de CHAVES GARCÍA⁴³ la "Administración es cosa de todos y por tanto debe haber igualdad de oportunidades y otorgar prioridad al más capacitado (...) Asimismo, el Derecho laboral protege a quien de buena fe presta servicio a un empleador (sea público o privado) cuando éste incumple la normativa laboral en cuanto a forma exigible o condiciones de la modalidad temporal". Por ello, y en aras de proteger los derechos laborales de los trabajadores, se ha considerado que la aplicación de la legislación laboral al sector público se encuentra fuera de toda duda⁴⁴, si bien las consecuencias de la subrogación, tal y como se analizará posteriormente, son diferentes a las que se producen en el sector privado.

⁴¹ Sentencia nº60/1994 del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 1994, rec. 569/1991.

"A todo ello hay que añadir que, en las anteriores convocatorias a la plaza de Letrado asesor, no se había establecido este requisito complementario, así como tampoco en la convocatoria inmediatamente posterior a la examinada, esto es, en la Orden de 8 de noviembre de 1990, en la que se cambia de criterio y se elimina toda referencia al citado requisito, lo que constituye un indicio de que las reglas señaladas en la Orden impugnada para el acceso a la Función Pública se establecieron en aquella ocasión mediante términos que no eran generales y abstractos, sino atendiendo a determinadas referencias singulares que favorecieron a personas concretas sin una fundamentación objetiva y suficiente. En este sentido, puede afirmarse que la convocatoria supuso un beneficio para un grupo de personas (contratados o interinos en la Administración Autonómica o Central) respecto de otros sujetos, que no reunían tal condición, y a los que se impidió a limine demostrar su mérito y capacidad para acceder a la función pública, por razones no suficientemente justificadas que suponen una diferencia de trato irracional y arbitraria entre los opositores o concursantes".

⁴² Por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional nº 67/1989 de 18 de marzo de 1989 y nº 185/1994 de 20 de junio de 1994.

⁴³ CHAVES GARCÍA, J.R. *Jaque judicial al acceso laboral a las sociedades públicas*. Blog El rincón jurídico de José R. Chaves, delajusticia.com. 05/06/2009.

<https://delajusticia.com/2009/06/05/laborales-por-la-puerta-falsa-de-las-sociedades-de-capital-publicofijos-indefinidos-indeterinos/>

⁴⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R. *¿Empleados públicos 'indefinidos subrogados'?* Blog La mirada institucional. 14 de octubre de 2019.

<https://rafaeljimenezasensio.com/2019/10/14/empleados-publicos-indefinidos-subrogados/>

3.2 Casuística de la subrogación de personal en el sector público.

La prestación de servicios por parte del empleado tiene un carácter personalísimo, por lo que no se puede sustituir. No obstante, desde la perspectiva del empleador si es posible el cambio de titularidad, ya sea por la sustitución por otra empresa o por la cesión de los trabajadores.

El cambio de titularidad de la empresa, del centro de trabajo o de la unidad productiva, no extingue la relación laboral, sino que se obliga al nuevo empresario a subrogar al personal. También es habitual que, sobre todo en el sector público, se subcontrate la realización de actividades con las consiguientes obligaciones que veremos a continuación. Por otra parte, como se ha indicado anteriormente, también es importante delimitar la prestación externalizada, en sentido amplio, para evitar la cesión de trabajadores, que la ley únicamente habilita a las Empresas de Trabajo Temporal.

A continuación se analizarán, de forma pormenorizada, las diferentes causas que pueden dar lugar a la subrogación de personal, con especial incidencia en las entidades locales.

3.2.1 Sucesión de empresas y sucesión de plantilla. Notas diferenciadoras.

La sucesión de empresas es una institución legal que se regula en la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, y posteriormente se transpone al ordenamiento jurídico español mediante la redacción del artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (En adelante, ET). La finalidad que persigue el legislador es la protección de los derechos de los trabajadores por cuenta ajena en los casos en los que se produzca la transmisión⁴⁵. Esta protección, aunque se regule en la legislación laboral, es aplicable también al sector público⁴⁶. Aunque actualmente no exista duda alguna

⁴⁵ Así se reconoce en la propia Directiva 2001/23/CE, que considera que *“son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos”*. En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº C-458/2005 de fecha de 13 de septiembre de 2007 y nº C-463/2009 de 20 de enero de 2011.

⁴⁶ Al respecto, la Directiva 2001/23/CE, en su art.1.1 C), extiende su ámbito de aplicación *“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”*.

al respecto, inicialmente se dieron diferencias entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo. Como indica BALLINA DÍAZ⁴⁷, el Tribunal Supremo rechazaba aplicar la sustitución de empresa cuando la transmisión se reducía a medios personales, entendiendo que para que resultase de aplicación debía darse la transmisión de elementos materiales necesarios para la realización de la actividad. Por otro lado, el criterio que usaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea era la continuidad de la actividad, otorgando más relevancia a esta que a la transmisión de medios. Actualmente, no existe controversia al respecto, entendiéndose que lo decisivo para que concurren los requisitos para la aplicación de la sucesión de empresas, es que la transmisión afecte a un ente que realice una actividad económica, independientemente de que se preste por interés público o privado⁴⁸. De esta forma la transferencia puede ser bidireccional teniendo lugar desde el sector privado al público⁴⁹ o viceversa⁵⁰. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea defiende que es de aplicación la institución de la sucesión de empresa cuando se transmite un ente económico manteniendo su identidad, definiendo el ente económico como una organización de personas y medios que permite la realización de una actividad económica para perseguir un objetivo propio⁵¹. Sin embargo, cuando la transmisión relevante es la de mano de obra y no la de medios materiales, se califica la misma como sucesión de plantilla, una nueva modalidad de la sucesión de empresas creada jurisprudencialmente con unos requisitos específicos para su aplicación. En palabras de CALL PADRÓS⁵², “esta modalidad de sustitución en la figura del

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias nº C- 175/1999 de 26 de septiembre de 2000, nº C-151/2009 de 29 de julio de 2010 y nº C-463/2009 de 20 de enero de 2011.

⁴⁷ BALLINA DÍAZ, D. *La sucesión de empresas en las Administraciones Locales*. Revista Cuadernos de Derecho Local, número 30, 2012, pp. 111-118

http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1354/11_Ballina_Sucesion_111_118.pdf?sequence=1

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2004.

⁴⁹ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº C-175/1999 de 26 de septiembre de 2000. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 17 de junio de 2011.

⁵⁰ Así, se ha entendido de aplicación la sustitución de empresa cuando una entidad económicamente independiente gestionada por un organismo público se transfiere a una empresa en régimen de concesión administrativa. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº C-343/1998 de 14 de septiembre de 2000.

⁵¹ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº C-13/1995 de 11 de marzo de 1997, nº C-340/2001 de 20 de noviembre de 2003, n C-232/2004 de 15 de diciembre de 2005.

⁵² CALL PADRÓS, M. *La sucesión de empresa por sucesión de plantillas*. Revista IUSLabor número 1, 2017, p. 1-11, ISSN 1699-2938.

https://www.upf.edu/documents/3885005/8337152/MartaCall_editado.pdf/6d2985f3-f92c-7035-795f-80de8c87e177

empresario existe en aquellos casos donde el factor relevante no es la transmisión de los elementos materiales constitutivos de la empresa –como entidad económica- sino que lo es la transmisión de trabajadores, integrantes del elemento fundamental de la compañía. De este modo, como se verá, la sucesión de plantillas se produce en aquellos sectores de servicios en los que su principal activo se encuentra constituido por el capital humano”.

Para determinar la existencia de la sucesión, tanto de empresa como de plantilla, es necesario analizar cada caso concreto por la variedad casuística que puede darse. Se debe valorar conjuntamente todos los elementos que se transmiten, pudiendo variar estos en función de la actividad o de los métodos de explotación⁵³. Como criterio delimitador la jurisprudencia⁵⁴ entiende que han de concurrir los siguientes requisitos:

- Subjetivo: debe existir la sustitución de un empresario por otro, sin necesidad de que exista una relación contractual entre ambas partes⁵⁵.
- Objetivo: es necesario que exista una transmisión real de todos los elementos productivos esenciales⁵⁶ de la empresa de manera que se asegure la continuidad técnica organizativa y patrimonial o, en su defecto, la transferencia de medios susceptibles de constituir una unidad productiva autónoma⁵⁷. De esta forma se produce una cesión de una serie de servicios que constituyen el negocio, una entidad económica con identidad propia que cuenta con un conjunto de medios organizados⁵⁸. No es necesario que la entidad económica constituya la actividad esencial, pudiendo ser accesoria⁵⁹ aunque manteniendo su operatividad autónoma⁶⁰. Respecto a la sucesión de plantillas, su aplicación es más compleja en las Administraciones Públicas. Se ha estimado en algunos sectores económicos en los que la actividad económica depende fundamentalmente de la mano de obra y el resto de medios materiales pertenecientes a la estructura productiva, son mínimos, tales como en los

⁵³ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº C-46/2009 de 20 de enero de 2011, nº C-232/2004 de 15 de diciembre de 2005, y Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2009.

⁵⁴ Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2012.

⁵⁵ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012.

⁵⁶ Se ha entendido que cobra especial relevancia la transferencia de elementos inmateriales tales como la clientela (Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2009).

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2005.

⁵⁸ Por todas, Sentencias de Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2010 y de 23 de octubre de 2009.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2010.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2013.

sectores de limpieza y mantenimiento⁶¹; servicios auxiliares de peonaje, jardinería y control de circulación⁶²; de vigilancia y seguridad⁶³, de atención al cliente y control de tránsito⁶⁴. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, indicando que la sustitución de plantilla no tendrá efectos "si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario"⁶⁵ y que, por el contrario, es aplicable "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"⁶⁶. El requisito de incorporar una parte de los trabajadores para que concurren los requisitos de la sucesión de plantilla limita enormemente su aplicación práctica en el ámbito local, puesto que el acceso a la función pública de ese personal se debería realizar mediante procesos selectivos regidos por los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que supone, per sé, la falta de aplicación inmediata ope legis de la institución.

Respecto a la forma de la transmisión de empresa el tribunal supremo viene reconociendo que se pueden adoptar diversas figuras mercantiles tales como el traspaso, la compraventa, la permuta, el arrendamiento, la subasta judicial, la fusión de empresas o la cesión contractual⁶⁷. Por otro lado, en cuanto a la fecha efectiva de la transmisión se entiende que es el momento en el que surte efecto el negocio jurídico originario sin que pueda quedar al arbitrio de las partes⁶⁸.

La sucesión de empresas, y de plantillas, genera consecuencias tanto para los trabajadores como para las empresas. No obstante, puesto que la finalidad del trabajo es analizar las situaciones en las que resultan de aplicación las

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio de 2010 y Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2010.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013 y 5 de marzo de 2013; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 1 de diciembre de 2010.

⁶⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2014 y de 12 de marzo de 2015.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2015.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2013.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2009.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº C-478/2003 de 26 de mayo de 2005.

instituciones jurídicas que pueden dar lugar a la subrogación de personal, nos limitaremos a tratarlo de forma concisa. La consecuencia principal es la obligación de la empresa entrante de subrogarse en la relación laboral que mantienen los trabajadores con la empresa cedente, produciéndose una novación subjetiva contractual. La subrogación empresarial surte efecto automáticamente *ope legis*, sin que sea necesario acuerdo entre las empresas ni con los trabajadores afectados⁶⁹. Asimismo existe una garantía genérica de conservación del contrato en tanto que la empresa cesionaria se subroga en los derechos y obligaciones vigentes en el momento en el que el cambio de titularidad surte efecto, sin que la subrogación suponga expectativa legal o futura⁷⁰. A título de ejemplo, se mantiene al trabajador la antigüedad generada anteriormente a la sucesión, no alterando el régimen contractual aplicable en la empresa originaria⁷¹. También se mantienen las retribuciones que venían percibiendo los trabajadores de la empresa saliente, aunque suponga una situación de desigualdad respecto a los trabajadores de la empresa entrante⁷². De la misma forma el convenio colectivo aplicable será el que estuviese en vigor en el momento en que se hizo efectiva la transmisión que ha dado lugar a la subrogación⁷³. La sustitución de empresa no supone por sí misma la modificación de las condiciones contractuales de los trabajadores de manera, que una vez surte efecto la transmisión, los trabajadores subrogados no pueden ver vulnerados sus derechos por el simple hecho de que la cesionaria sea una Administración Pública⁷⁴.

Una vez hemos delimitado la figura de la sucesión de empresa, y analizado las dificultades que tiene la aplicación prácticas de la sucesión de plantilla en la función pública, procede analizar los supuestos más frecuentes que pueden darse en el ámbito local.

En primer lugar, a la vista de la tendencia externalizadora en el sector público local, es frecuente que la actividad, que hasta entonces se ha venido realizando con medios propios y de forma directa, se preste a través del sector

⁶⁹ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº C-362/1989 de 25 de julio de 1991, nº C-499/2004 de 9 de marzo de 2006, nº C-561/2007 de 11 de junio de 2009. En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2009, 5 de marzo de 2013, 9 de diciembre de 2014, 12 de marzo de 2015 y 7 de junio de 2016.

⁷⁰ Sentencias del Tribunal Supremo son de 7 de diciembre de 2009, de 15 de marzo de 2002 y de 14 de marzo de 2005.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2009.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2011.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2013.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea nº C-317/2018 de 13 de junio de 2019.

privado, tanto en régimen de gestión indirecta, mediante un contrato de concesión de servicios, como de gestión directa con uso de medios externos mediante un contrato de servicios. A título de ejemplo, la creación de una sociedad municipal o la formalización de una concesión administrativa para la prestación del servicio municipal de gestión de residuos⁷⁵ o la licitación de un contrato de servicios para externalizar la prestación de servicios auxiliares en instalaciones deportivas municipales. En estos supuestos puede ser de aplicación la sustitución de empresa si concurren los requisitos referidos anteriormente. Cabe traer a colación la obligación contenida en el artículo 130.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (En adelante, LCSP). Esta disposición obliga al órgano de contratación a indicar expresamente en los pliegos de la licitación la obligación del adjudicatario de subrogar a los trabajadores que hasta entonces venían prestando el servicio, siempre y cuando se imponga por vía legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. No obstante, como reconoce BALLINA DÍAZ⁷⁶, resulta de difícil aplicación dado que en estos casos el convenio colectivo aplicable al personal es el de la propia administración, no siendo habitual que se contengan disposiciones en el mismo sobre la subrogación, sino que se aplica de conformidad con el artículo 44 ET⁷⁷. Esto obliga a la administración a analizar y a pronunciarse previamente sobre si resulta de aplicación la subrogación, no por el convenio colectivo aplicable, sino por la concurrencia de requisitos de la sucesión de empresas. A juicio del autor y en aras de la seguridad jurídica “resulta imprescindible que se manifieste en los pliegos, de forma expresa, si la sucesión tiene lugar o no; y, si tiene lugar, que contratos han de ser subrogados”, de manera que los licitadores conozcan las obligaciones económicas y laborales relacionada con la ejecución del contrato antes de licitar.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de octubre de 2003.

⁷⁶ BALLINA DÍAZ, D. *La sucesión de empresas en las Administraciones Locales*. Revista Cuadernos de Derecho Local, número 30, 2012, pp. 111-118

http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1354/11_Ballina_Sucesion_111_118.pdf?sequence=1

⁷⁷ El Convenio Colectivo aplicable al personal de la entidad municipal puede prever la permanencia en la plantilla municipal del personal adscrito al servicio, de manera que se limite su subrogación por la empresa externa. Al respecto, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de abril de 2008.

En segundo lugar, el supuesto más habitual es aquel en el que al finalizar un contrato, ya sea de servicios o de concesión de servicios, se licita nuevamente para la continuidad en la prestación del servicio. Lo primero es analizar si resulta de aplicación la subrogación de personal ex convenio colectivo y, de ser así, señalarlo en los pliegos de la licitación. En caso de que el convenio no se pronuncie, es recomendable, al igual que en el supuesto anterior analizar si se cumplen los requisitos para que opere la sucesión de empresas⁷⁸. Si bien no es una obligación por ministerio de ley, es recomendable para que los licitadores conozcan de antemano los gastos inherentes a la ejecución contractual puesto que, podría darse el caso de que operase la subrogación por sucesión de empresa y causara anomalías en la prestación del servicio contratado.

En tercer y último lugar, puede ocurrir que el servicio, hasta entonces externalizado, sea asumido nuevamente por la administración. Cabe traer a colación el artículo 130.3 LCSP que dispone la obligación de las Administraciones Públicas de subrogar al personal adscrito a la prestación del servicio cuando se produzca la reversión de este para su prestación directa, siempre y cuando lo establezca una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. En este supuesto de reversión del servicio, al igual que en los dos anteriores, pueden cumplirse los requisitos para la aplicación de la sustitución de empresa⁷⁹, debiendo analizar al detalle cada caso. No obstante, al contrario que en los anteriores supuestos, no puede resultar de aplicación la obligación de subrogación de personal ex convenio colectivo para las entidades locales, en tanto que no han formado parte en la negociación colectiva⁸⁰. Hay que tener especial cautela con la reversión en los supuestos en los que la actividad no se basa exclusiva o mayoritariamente en mano de obra⁸¹, sino que requiere de medios materiales determinados para realizar el servicio. A título de ejemplo, se ha entendido que opera la sucesión de empresas en la reversión del

⁷⁸ BALLINA DÍAZ, D. *La sucesión de empresas en las Administraciones Locales*. Revista Cuadernos de Derecho Local, número 30, 2012, pp. 111-118

http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1354/11_Ballina_Sucesion_111_118.pdf?sequence=1

⁷⁹ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo nº249/2019 de 26 de marzo de 2019, que indica que “*el hecho de que una administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del artículo 44 ET*”

⁸⁰ Véase el apartado 3.2.2 ‘Subrogación ex convenio colectivo’.

⁸¹ Pues de lo contrario, la sucesión se calificaría como ‘de plantilla’ y la administración gozaría, como hemos visto anteriormente, de una exención de facto.

servicio de restauración colectiva en acuartelamientos militares, puesto que la misma ha conllevado la transmisión de medios materiales esenciales para la realización de la actividad tales como utensilios de cocina industrial⁸². Asimismo, se ha determinado que resulta de aplicación la institución analizada independientemente de que los elementos materiales no fuesen propiedad de la empresa saliente, sino que fueran puestos a su disposición temporalmente por la administración, en el supuesto de un Ayuntamiento que venía externalizando el servicio de comedor de escuelas infantiles hasta que decide prestar directamente el servicio, con los mismos medios materiales que fueron utilizando, sucesivamente, las anteriores contratistas y que eran propiedad municipal⁸³. En el mismo sentido se han pronunciado los tribunales cuando un ayuntamiento recupera la gestión directa del servicio público de centro residencial de mayores continuando con la prestación del servicio⁸⁴.

Por el contrario, como se ha explicado anteriormente, no existe sucesión cuando se revierten servicios que dependen fundamentalmente de la mano de obra y no se asume a trabajadores de la cedente, en tanto que no concurren los requisitos para la aplicación de la modalidad de sucesión de plantilla. Sirva de ejemplo el caso en que un Ayuntamiento revierte la prestación del servicio de gestión de residuos externalizada hasta ese momento sin que exista transmisión de medios materiales ni personales, requisitos sine qua non para que opere la institución⁸⁵.

3.2.2 Subrogación ex convenio colectivo.

La subrogación convencional opera cuando el convenio colectivo aplicable contempla la obligación de subrogar al personal, ampliando la protección de los trabajadores al aumentar la estabilidad del empleo. De estar contemplando convencionalmente, en caso de que no se cumpliesen los requisitos para que operase la subrogación legal detallada en el apartado anterior, podría acudir a esta figura para aplicar la institución subrogatoria. Como se viene explicando anteriormente, en los supuestos de reversión de actividad en las Administraciones Públicas y de conformidad con el artículo 130.3 LCSP, opera la obligación de subrogación de personal cuando así se establezca en una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia

⁸² Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2017 y del 19 de septiembre de 2017.

⁸³ Sentencia nº249/2019 del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2019.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012.

⁸⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 y de 11 de julio de 2011.

general, por lo que habrá que analizar cada caso independientemente. Si bien se ha analizado la subrogación legal, calificando como tal a la sucesión de empresas, la cuestión planteada ahora es si resulta aplicable la subrogación convencional, cuando se produce una reversión del servicio a la Administración titular de este. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, negando la posibilidad de imponer a la Administración la obligación de subrogar al personal.

Así se entendió cuando un Ayuntamiento reversionó el servicio de limpieza viaria que se venía prestando de forma externalizada para prestarlo de forma directa, con sus propios medios y personal. Al no existir transmisión de medios, no operaba la sustitución de empresa, por lo que se solicitó la subrogación convencional, entendiendo el Tribunal que "el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado art. 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación en el que solo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio"⁸⁶.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal ante el supuesto de reversión del servicio de cafetería sita en un edificio propiedad de la Administración General del Estado que, ante la solicitud de subrogación por vía convencional, negaba su aplicación en tanto que "entre los pactantes de la normativa de cuya aplicación se trata fueron diversas asociaciones empresariales de hostelería y varias organizaciones sindicales, estando ausente representación alguna de las Administraciones Públicas, que obviamente no pueden quedar vinculadas por los pactos y acuerdos a que aquellas partes hubiesen llegado (...)"⁸⁷.

Por lo tanto, el motivo por el que no suele operar la subrogación convencional es que la administración no ha participado en el proceso de negociación colectiva y, por ende, no se encuentra vinculada al convenio colectivo. El supuesto contrario solo sucederá en casos muy concretos.

Al respecto, cabe traer a colación un pronunciamiento sobre una situación de hecho peculiar en la que se estimó la aplicación de la subrogación

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015. En idéntico sentido, Sentencia de 19 de mayo de 2015.

convencional a una entidad local⁸⁸. Varios municipios se unen y crean la Mancomunidad de Servicios de Huelva que, a su vez, crea una empresa pública para la gestión de residuos y de agua. La entidad cuenta con un convenio colectivo, que contempla la subrogación de personal. Uno de los Ayuntamientos que componían la Mancomunidad decide recuperar el servicio y volver a externalizarlo fuera de la entidad supramunicipal por lo que, de conformidad con el convenio colectivo aplicable, parte del personal de la entidad instrumental pasaría a formar parte de la plantilla municipal y el nuevo adjudicatario debería subrogar al personal que hasta entonces venía prestando el servicio a través de la empresa pública, extremo al que se este último se negó. Explica la sentencia que no opera la sustitución legal al no existir transmisión de medios ni la subrogación ex convenio colectivo sectorial, puesto que la entidad local en cuestión no ha participado en la negociación colectiva. No obstante, estima la aplicación del convenio colectivo de la empresa pública, señalando que las Entidades Locales no son terceros a los que resulte de inaplicación el convenio, puesto que integran la Mancomunidad que creó la empresa pública y que, a su vez, participó en la negociación colectiva. Cabe destacar que, al final, fue la adjudicataria la que se vio obligada a asumir al personal, extremo que no podía haberse cumplido de no haber estimado la subrogación de personal en el Ayuntamiento, que sirvió de puente para esta.

3.2.3 Cesión ilegal de trabajadores.

La externalización en la prestación de servicios supone una descentralización productiva, que es lícita cuando consiste en que la administración contratante se limite a recibir el resultado de la prestación efectuada por el contratista, encargándose este último de aportar los medios personales y materiales, y haciendo uso de las funciones inherentes a su condición de empresario. De lo contrario podría incurrirse en una cesión ilegal de trabajadores en la que, de facto, asume la posición de empresario quien formalmente no la ostenta⁸⁹. Esta práctica supone la degradación de las condiciones laborales de los trabajadores cuando la empresa cedente, que

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018.

⁸⁹ Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012, 14 de julio de 2012 y 4 de marzo de 2008.

formalmente consta como empresa, se muestra insolvente o cuando el convenio colectivo aplicable es menos beneficioso⁹⁰.

La cesión ilegal de trabajadores se encuentra regulada en el artículo 43.2 ET que entiende que se incurre en esta práctica “cuando se produzca alguna 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”.

Puesto que la externalización de servicios en el sector público es habitual, es frecuente encontrar casos en los que haya operado esta institución en el ámbito de las administraciones públicas. Así, se han visto envueltas en litigios de esta índole todo tipo de Administraciones Públicas tales como el Ministerio de Defensa⁹¹, la Comunidad Autónoma de Madrid⁹², el Ayuntamiento de Zaragoza⁹³, el Ayuntamiento de Talavera La Real⁹⁴, diferentes organismos autónomos⁹⁵ o la Universidad de Santiago de Compostela⁹⁶. Incluso, se ha llegado a entender que se ha incurrido en cesión ilegal de trabajadores entre Administraciones Públicas⁹⁷. Esto ha supuesto en muchas ocasiones el acceso irregular al empleo público, situación que ya denunciaba el Tribunal de Cuentas en el año 2000⁹⁸ sin

⁹⁰ En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2011, 19 abril de 2011, y 2 de junio de 2011.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 13 de octubre de 2010.

⁹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 1 de julio de 2011.

⁹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 8 de julio de 2005.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 31 de marzo de 2011.

⁹⁵ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de enero de 2011 y de 21 de marzo de 2011; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife de 24 de marzo de 2011.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de julio de 2009.

⁹⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2016, que interpreta que “no concurre el fenómeno de cesión ilegal de trabajadores, cuando lo que se produce es una colaboración reglada entre entidades públicas, sin finalidad interpositaria; lo cierto es que, en el presente caso, no estamos ante un supuesto de colaboración entre Administraciones Públicas reglada sin finalidad interpositaria, sino ante una situación que ha de calificarse de cesión ilegal de trabajadores”.

En sentido contrario, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 22 de diciembre de 2010, afirma que “se ha venido admitiendo jurisprudencialmente que no tienen carácter de cesión ilegal los supuestos de puesta a disposición de trabajadores o circulación de mano de obra en el seno de un grupo de empresas. Y, de forma análoga, ha de admitirse la legalidad de los supuestos de cesión de trabajadores entre Administraciones u órganos administrativos, exceptuando tales supuestos de la regulación del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores”

⁹⁸ Informe del Tribunal de Cuentas con fecha 30 de noviembre de 2000 sobre la fiscalización de determinados contratos de equipamiento y sistemas informáticos por la Seguridad Social.

que apenas tuviera repercusión⁹⁹. Por ello, se dictó el mandato contenido en la Disposición Adicional 1º del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que obligaba a las entidades que forman el sector público a dictar “las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.” Sin embargo, fueron pocas las instrucciones que se dictaron al efecto, por lo que la Subsecretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas emitió el 28 de diciembre de 2012 las Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, de aplicación a todas las Administraciones Públicas¹⁰⁰.

Ante la variada casuística que se puede presentar ha de valorarse cada caso específicamente. Incluso, se ha llegado a entender que pueden concurrir en una misma contrata trabajadores que se encuentren cedidos ilegalmente mientras que otros no¹⁰¹. El Tribunal Supremo ha entendido que se incurre en esta práctica cuando se da alguna de las siguientes circunstancias¹⁰²:

⁹⁹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Instrucciones para evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública y minimizar los efectos de los incumplimientos por parte de los contratistas de sus obligaciones sociolaborales*. El Consultor de los Ayuntamientos, número 6, ref. 600/2013, pp. 600, 2013.

<https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNLCzNDC7WY1KLizPw8WYMDQ2MDYyMDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPFgq3U1AAAAWKE>

¹⁰⁰ Instrucciones del 28 de diciembre de 2012 del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, de aplicación a todas las Administraciones Públicas.

<http://femp.femp.es/files/566-1363-archivo/28%2012%2012%20Instrucc%20%20SEAP-SEPG%20Gestion%20contratos%20servicios.pdf>

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 10 de febrero de 2010; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de noviembre de 2009.

¹⁰² Sentencias del Tribunal Supremo del 2 de noviembre de 2016 y del 26 de octubre de 2016.

- Cuando la empresa cedente no realiza las funciones propias de su condición de empleador de manera que no dirige la prestación del servicio ni lo gestiona, limitando la relación con la cesionaria a una puesta a disposición de medios personales¹⁰³.
- La empresa cedente no goza de actividad u organización propia, ni cuenta con los medios necesarios para prestar el servicio. Se ha considerado que nos encontramos ante una simulación contractual y que procede aplicar la doctrina del levantamiento de velo para calificar como empresario al que goza de tal condición, al menos, funcionalmente¹⁰⁴.
- La empresa cedente se limita al suministro de la mano de obra, sin aportar los medios que componen la estructura empresarial de la cedente y sin organizar la ejecución del servicio, lo que puede ocurrir independientemente del carácter ficticio o real de la misma¹⁰⁵.

Cabe destacar que la facultad que tiene el empresario para dirigir la prestación del trabajo no debe confundirse con las prerrogativas que tiene reconocida la Administración en materia de contratación pública, y que le permite dar instrucciones a la adjudicataria y vigilar la ejecución contractual. De esta forma se ha reconocido que la Administración puede dar directrices y llevar un control de resultados para verificar el cumplimiento de la contrata siempre y cuando no se asuma de forma exclusiva la dirección directa de la prestación de trabajo¹⁰⁶.

3.2.4 Obligación contemplada en los pliegos de contratación.

Es habitual que al finalizar un contrato, ya sea de servicios o de concesión de servicios, se licite nuevamente para la continuidad en la prestación del servicio. Es posible que, a pesar de que no opere la sustitución legal ni la convencional, se recoja en los pliegos de la contratación la obligación de subrogar al personal con el que se venía prestando el servicio. El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

¹⁰³ Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2008, de 11 de mayo de 2011 y de 2 de junio de 2011.

¹⁰⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2012 y de 25 de enero de 2012.

¹⁰⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, del 11 de diciembre de 2008 y de 7 de abril de 2009 y de 2 de junio de 2011. Al respecto, esta última señala que *“el error de la sentencia de contraste consiste en identificar cesión con una determinada forma de cesión fraudulenta y en este sentido señala que la contratista no es una empresa ficticia y añade, aunque ello resulte más discutible, que hay que excluir los propósitos de orden fraudulento.”*

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2011.

de Contratos del Sector Público (En adelante TRLCSP), regulaba en su artículo 120 la obligación del órgano de contratación de indicar en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación. No obstante, de su desafortunada redacción se desprendía la posibilidad de establecer mediante los pliegos que rigen la licitación la obligación de subrogar al personal, al disponer que "en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales". De esta forma, se daba a entender que el órgano de contratación gozaba de una potestad que extralimitaba sus funciones, tal y como reconoció la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado¹⁰⁷, que entendía que "la obligación de subrogación no tiene su origen en los documentos contractuales por cuanto éstos establecen los derechos y obligaciones que derivan de la relación contractual para las partes, pero, lógicamente, no pueden contener estipulaciones que afecten a los derechos y obligaciones de terceros, como son en este caso los trabajadores afectos al servicio objeto del contrato. La obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo 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 el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales¹⁰⁸, que evalúa el alcance y el contenido del artículo 120 TRLCSP, indicando que "la cláusula de subrogación empresarial, excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos –Administración contratante y adjudicatario–, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social". Asimismo, explica que el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 120 TRLCSP no impide que opere la

¹⁰⁷ Informe 58/09 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 26 de febrero de 2010.

¹⁰⁸ Resolución nº 379/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de abril 2018.

subrogación si está convencionalmente contemplada, señalando que “el hecho de que en el pliego no se contemplen específicamente las distintas obligaciones impuestas por la normativa correspondiente no significa que las mismas no hayan de ser cumplidas. En fin, señalamos que la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista, que en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, no surge del artículo 44 del ET (...) sino de la exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate.” Sin embargo, algunos autores como CRUZ VILLALÓN entienden que la Administración tiene la potestad de imponer la subrogación en los pliegos, siempre y cuando goce de justificación suficiente¹⁰⁹.

El artículo 130 de la LCSP, actual reguladora de la contratación del sector público goza de una redacción más completa, señalando expresamente que la obligación de subrogar al personal debe venir impuesta por vía legal o convencional. Así, tal y como reconoce el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales¹¹⁰, “la prescripción de los pliegos relativa a que el adjudicatario del contrato tiene que subrogarse en el personal, no es conforme a derecho, con fundamento en el artículo 130 de la LCSP, que exige que dicha obligación de subrogación se encuentre establecida en una norma legal, en un convenio colectivo o en un acuerdo de negociación colectiva”.

3.2.5 Contratos de asistencia técnica. Límites para evitar la instrumentalización de contratación laboral.

Es habitual que las entidades locales, especialmente las que tienen menos recursos, externalicen la realización de algunas gestiones propias, tales como la elaboración de determinados informes. Esta relación se articula mediante la formalización de contratos de servicios, comúnmente conocidos como contratos de asistencia técnica, definidos en el artículo 17 LCSP como “aquellos que cuyo

¹⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, J. *Claves laborales de la participación privada en la actuación pública*. Revista Temas Laborales número 135/2016, pp. 13-48.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5793424.pdf>

‘ha de partirse de la premisa de que la Administración no puede libremente imponer estos requisitos si no tienen una justificación, bien lo sea en clave de calidad del servicio a prestar o bien lo sea en clave de calidad del empleo generado por las empresas que gestionan servicios o actividades públicas, dado que la premisa es la de la libertad de selección por parte de las empresas privadas. Con ello en modo alguno queremos concluir que la Administración no pueda exigir este tipo de condiciones en los pliegos de licitación, pero sí que necesita un fundamento razonable y proporcionado para imponerlo.’

¹¹⁰ Resolución nº 910/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de octubre 2018

objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario". Cabe recordar que el artículo 11.1 LCSP excluye de su ámbito de aplicación las relaciones laborales y administrativas de los empleados públicos, por lo que no se puede formalizar este tipo de relación mediante el uso de la contratación administrativa. En el mismo sentido se pronuncia la disposición contenida en el artículo 308.2 LCPS, que prohíbe taxativamente la instrumentalización de contratación laboral y la posterior consolidación como personal municipal de los trabajadores adscrito a la prestación mediante un contrato de servicios. Esta limitación tiene como finalidad plasmar de forma clara la imposibilidad de acudir a la figura del contrato de servicios para la contratación de personal de forma encubierta¹¹¹. Así, se reitera que el personal de la Administración debe evitar realizar funciones propias de la empresa, para evitar convertir la relación administrativa en una con naturaleza laboral. RECUERDA GIRELA¹¹² distingue tres consecuencias negativas derivadas de esta práctica, tales como la sustracción de los derechos de los trabajadores, que prestan servicios de forma autónoma a pesar de que, funcionalmente, se da una relación de ajenidad; la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a la función pública; y, si se contrata la realización de funciones reservadas al personal funcionario, la vulneración de la reserva legal respectiva. RODRÍGUEZ ESCANCIANO¹¹³ reconoce que este tipo de contratos se han usado como cajón desastre ante la falta de una limitación legal, mediante la que se prohibiese celebrar estos contratos cuando se realizasen tareas propias de los empleados públicos.

Cuando se formalizan este tipo de contratos, la prestación debe encontrarse perfectamente definida, de manera que lo contratado sea "un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma"¹¹⁴. De esta forma, solo

¹¹¹ Informe 112/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

¹¹² RECUERDA GIRELA, M.A. *Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario*. Revista General de Derecho Administrativo, número 32. Iustel, 2013.

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1500353>

¹¹³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias*. Aranzadi Social, número 42, 2010.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009.

pueden realizarse este tipo de contratos para contratar la realización de un trabajo, servicio o actividad específico del que se pueda evaluar su resultado¹¹⁵.

Asimismo, la abundante jurisprudencia es clara al respecto, entendiendo que existe relación de naturaleza laboral, a pesar de la formalización mediante contrato administrativo cuando, además de desarrollar un servicio ajeno a la evaluación de objetivos, la prestación se realiza bajo el control de la administración contratante, con medios facilitados por esta, en sus propias dependencias, en el horario determinado por la esta, y con una retribución fija mensual por los servicios prestados¹¹⁶. Incluso, se ha llegado a declarar la relación de naturaleza laboral en una concatenación de becas en la que el ente público obtiene mayor utilidad por el trabajo realizado por el beneficiario de la beca que el interés educativo de la relación¹¹⁷.

En cuanto al plazo para la apreciación de la naturaleza laboral de la relación, puede solicitarse mientras esta se mantenga vigente, no una vez se haya resuelto¹¹⁸.

A pesar de las similitudes que puede presentar esta modalidad con la cesión ilegal de trabajadores, puesto que ambas responden al ejercicio de potestades inherentes al empresario por parte de quien no ostenta formalmente dicha condición, la diferencia esencial entre ambas se encuentra en el número de intervinientes. Mientras que la cesión ilegal de personal presupone la concurrencia de tres partes (empresa cedente, administración pública cesionaria y empleados cedidos), la contratación administrativa de naturaleza laboral requiere solo dos partes (administración pública y adjudicatario).

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2006.

¹¹⁶ Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2008; de 26 de marzo de 2014 y de 7 de junio de 2016; 23 de junio de 2015. Sirva de ejemplo esta última, en la que se aprecia la relación de carácter laboral al encontrarse la demandante *“plenamente integrada en el círculo rector y organicista de la Consejería demandada, recibiendo instrucciones del Jefe de servicio de informática y del jefe del departamento de explotación y que desarrollaba su trabajo con los medios materiales puestos a su disposición por la administración demandada, que le facilitaba las claves de acceso a los programas informáticos, siendo su horario coincidente con el del resto del personal funcionario del servicio de 08:00 a 15:00 horas, de lunes a viernes, coordinándose con el resto del personal para el disfrute de las vacaciones y permisos.”*

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de octubre de 2019, que explica que *“la contratación laboral debe prevalecer cuando no cabe en principio apreciar en la actividad becada un interés educativo con relevancia para definir la naturaleza del vínculo, siendo, por el contrario, clara la utilidad que del trabajo obtiene la (empresa) y, consiguientemente, la finalidad retributiva de ese trabajo que cumplen las cantidades abonadas como beca”*

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2009.

3.3 Consecuencias de la subrogación de personal en el sector público.

3.3.1 La figura del personal laboral indefinido no fijo.

La subrogación de personal en el ámbito del sector público no goza de las mismas consecuencias que en el sector privado. Así, mientras que en el sector privado la subrogación provoca una novación subjetiva contractual que mantiene los términos del contrato originario y, en el caso de la cesión ilegal¹¹⁹, los trabajadores tienen derecho a adquirir la condición de fijos de conformidad con el artículo 43.4 ET, cuando surte efectos en una Administración Pública se califica la relación laboral con un carácter indefinido no fijo¹²⁰. El personal laboral indefinido no fijo es una figura de creación jurisprudencial¹²¹ mediante la que se trata de conciliar la protección de los derechos de los trabajadores que han sido objeto de contratación laboral irregular en la Administración Pública con los principios de acceso a la función pública consagrados constitucionalmente y que obligan a realizar procesos selectivos en condiciones de igualdad, evaluando objetivamente los méritos y capacidad de los aspirantes.

Cabe destacar que el reconocimiento como personal laboral indefinido no fijo de la administración se debe producir mediante sentencia judicial, sin que sea posible el reconocimiento por parte de la Administración Pública, limitación impuesta por la Disposición Adicional cuadragésimo-tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que se encuentra vigente en la actualidad.

Una vez calificada la relación y obtenida por el trabajador la condición como personal laboral indefinido no fijo, ostenta los mismos derechos que un trabajador fijo, con las salvedades respecto a la extinción de la relación laboral

¹¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998; 27 de diciembre de 2002; 11 de noviembre de 2003.

¹²⁰ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017, que explica que *“la calificación de contrato indefinido no fijo comporta la previa existencia de irregularidades en el desarrollo temporal de ese vínculo con la Administración, en la que a pesar de esas irregularidades no cabe alcanzar la condición de fijo, como ocurriría en la empresa privada, por las razones relacionadas con los principios de acceso a puestos públicos.”*

¹²¹ Creada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de octubre de 1996.

que son inherentes a la naturaleza del contrato¹²². Así, se ha reconocido al personal laboral indefinido no fijo el derecho a participar en procedimientos de promoción interna y convocatoria de traslados¹²³, manteniendo su condición de indefinido no fijo en todo caso¹²⁴; y el derecho a mantener las condiciones retributivas similares a las de los trabajadores que ostentan la condición de fijos¹²⁵. Sin embargo, se ha rechazado el derecho a la excedencia voluntaria por el carácter provisional de la relación laboral¹²⁶, salvo en los casos en los que el motivo de la excedencia sea la incompatibilidad y no sea voluntaria ¹²⁷.

3.3.2 Efectos en la Relación de Puestos de Trabajo de la entidad local.

La Relación de Puestos de Trabajo, comúnmente denominada RPT, es el instrumento mediante el que las Administraciones Públicas organizan los puestos de trabajo según las necesidades del servicio y determinan las condiciones retributivas de cada uno así como los requisitos para su desempeño. En palabras de ARROYO YANES¹²⁸ "las relaciones se caracterizan por reunir en un único texto o documento los rasgos más distintivos de cada uno de los puestos existentes, que pasan a quedar ordenados y ordenar las sucesivas provisiones por los funcionarios adecuados a los mismos". CORRAL VILLALBA¹²⁹ destaca su versatilidad indicando que según el enfoque que se use para su elaboración puede mejorar la productividad o cambiar el conjunto de prestaciones.

En caso de que se declare la condición de personal laboral indefinido no fijo de un trabajador, debemos diferenciar si las funciones que viene desarrollando el trabajador son estructurales o si, por el contrario, no gozan de tal carácter.

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2007; y de 26 de enero de 2009. Al respecto, esta última indica que "*la única diferencia entre los fijos y los indefinidos -no fijos- viene determinada por el modo de acceso a la plaza que ocupan*".

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2018.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2009.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2013; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de diciembre de 2018; y, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Málaga de 8 de mayo de 2019.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de marzo de 2019.

¹²⁸ ARROYO YANES, L.M. *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994.

¹²⁹ CORRAL VILLALBA, J. *Manual de Gestión del Personal de la Administración Local*. Civitas, 2000.

En el primer supuesto, el trabajador seguirá en activo hasta que su contrato se extinga al cubrir el puesto de trabajo que viene ocupando a través de los procedimientos legalmente establecidos¹³⁰. Al respecto, la Disposición Adicional Decimoquinta del ET indica expresamente que “el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”. Para ello, la administración deberá crear y dotar presupuestariamente la plaza lo que supone, necesariamente, la modificación de la plantilla de personal¹³¹ junto a la de la Relación de Puestos de Trabajo de la entidad, previa convocatoria de la Mesa General de Negociación¹³². Una vez realizada la adscripción del personal a nivel organizativo y presupuestario, la administración está obligada a la provisión regular del puesto de trabajo¹³³.

Por otro lado, si las funciones llevadas a cabo por el personal calificado como indefinido no fijo, no tienen carácter estructural, la Administración puede optar por amortizar la plaza. Sin embargo, para amortizar la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo no basta con la modificación de la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, sino que hay que acudir a los procedimientos de despido colectivo o, en su caso, de procedimiento por causas objetivas¹³⁴. No obstante, la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo puede tener cierto valor probatorio para justificar las causas que motivan la amortización de la plaza¹³⁵. Así, se ha entendido que la amortización de la plaza sin acudir al procedimiento de despido colectivo es nulo de pleno derecho¹³⁶.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2015

¹³¹ Artículo 126.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local “*La modificación de las plantillas durante la vigencia del Presupuesto requerirá el cumplimiento de los trámites establecidos para la modificación de aquel*”.

¹³² Artículo 38 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹³³ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2002.

¹³⁴ Véase DA 16º del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017.

3.3.3 Impacto en la tasa de reposición.

La tasa de reposición es un instrumento destinado a limitar la incorporación de nuevo personal en el sector público. En palabras de NÚÑEZ LOZANO¹³⁷, "es la ratio que determina el número de efectivos que se pueden incorporar a una Administración en función de las bajas producidas en el año anterior". El artículo 19.1.7 de la, actualmente vigente, Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 determina que "para calcular la tasa de reposición de efectivos, el porcentaje de tasa máximo fijado se aplicará sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios en cada uno de los respectivos sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo. A estos efectos, se computarán los ceses en la prestación de servicios por jubilación, retiro, fallecimiento, renuncia, declaración en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo o en cualquier otra situación administrativa que no suponga la reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la Administración en la que se cesa. Igualmente, se tendrán en cuenta las altas y bajas producidas por los concursos de traslados a otras Administraciones Públicas."

Para algunos autores como FONDEVILLA ANTOLÍN¹³⁸, la tasa de reposición ha sido una de las causas principales de las contrataciones irregulares que han provocado la subrogación de personal en el sector público, en tanto que "ha supuesto la imposibilidad de que las administraciones pudieran regularizar las convocatorias obligadas de puestos de trabajo sometidos a la fórmula de contrato interino, las consecuencias ahora son más graves, pues la herencia dejada son miles de contrataciones laborales bajo la condición de "indefinido no fijo", con

¹³⁷ NÚÑEZ LOZANO, M. C. *La tasa de reposición*. Jornadas de la Comisión Sectorial de la CRUE de Secretarios Generales de las Universidades Españolas. 2013.

[http://jornadascoseg.ugr.es/pages/latasadereposicion_pro/!](http://jornadascoseg.ugr.es/pages/latasadereposicion_pro/)

¹³⁸ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de "indefinidos no fijos"*. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha (Gabilex), 1 de marzo de 2018, nº 13.

<https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/algunas-propuestas-para-una-necesaria-revision-de-la-cuestionable-doctrina-judicial-del>

graves problemas de gestión, pues recordemos que su régimen jurídico se está construyendo a golpe de sentencia y es objeto de una permanente revisión judicial, y además, va a originar con seguridad un argumento más a las organizaciones sindicales para la defensa de procesos restringidos de acceso al empleo público, que a mi juicio resultan claramente inconstitucionales”.

Respecto a las implicaciones que tiene la subrogación de personal y la consiguiente calificación como personal laboral indefinido no fijo en la tasa de reposición, el propio artículo 19.1.7 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 señala que “no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna y las correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial.”

4. CONCLUSIONES

La subrogación de personal laboral en el ámbito del sector público da lugar a un debate de plena actualidad, tanto a la hora de delimitar la aplicación de las instituciones que la provocan, como para regular los efectos derivados de la misma. Así, las relaciones entre las entidades del sector público local y el sector privado para la prestación de servicios son estables en el tiempo, aunque puede variar su intensidad, y pueden dar lugar a la subrogación de trabajadores dependiendo de como se delimiten y ejecuten esas relaciones.

Por ello, es fundamental que a la hora de elegir la modalidad de gestión de los servicios públicos, los gestores de lo público se aparten de motivaciones puramente ideológicas y responda a criterios técnicos y objetivos. Si bien es lógico que pueda darse cierta preferencia a priori por motivos políticos, debe realizarse un análisis objetivo de las circunstancias que rodean a cada caso, y abandonar la inamovilidad propia de la política nacional actual. El criterio a la hora de determinar si se municipaliza o externaliza un servicio público, con las consecuencias económicas, sociales y prestacionales que conlleva dicha elección, no puede reducirse únicamente al espectro político al que pertenezca la Corporación Local, puesto que cada municipio tiene sus características propias y deben tenerse en cuenta.

La externalización, en sentido amplio, de la prestación de servicios públicos puede provocar situaciones que deriven en la subrogación de personal.

En general, esta institución opera para evitar que se vulneren los derechos reconocidos en la legislación laboral y queda patente que es algo habitual, incluso en el sector público. Asimismo, al surtir efecto esta institución, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, se vulneran los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a la función pública consagrados constitucionalmente. Por ello, es esencial delimitar correctamente cuando puede acudir a medios externos para la prestación de servicios públicos y los términos en los que debe ejecutarse la prestación contratada.

Resulta fundamental para evitar la subrogación de personal en el sector público, en términos muy resumidos, eludir la transmisión de medios materiales esenciales para la realización de la actividad cuando se produzca la reversión de un servicio público hasta entonces externalizado, evitar el ejercicio de funciones inherentes a la figura del empleador por parte de la entidad contratante y delimitar la prestación contratada como la realización de un trabajo, servicio o actividad específico del que se pueda evaluar su resultado, no pudiendo limitarse a contratar una puesta a disposición del prestador externo.

La figura del personal laboral indefinido no fijo necesita de la actuación del legislador para su regularización. Cabe destacar que se trata de una figura que fue creada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de octubre de 1996 y que, hasta la actualidad, no se ha regulado normativamente, sino "a golpe de sentencia". Resulta, como poco, llamativo que no se haya actuado frente a una figura que nace como consecuencia de la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores que prestan servicios, directa e indirectamente, para las Administraciones Públicas y que, a su vez, provoca la vulneración de principios consagrados constitucionalmente. Para cohesionar el orden social y administrativo de manera que no se vulnere ninguno, el legislador podría regular mecanismos de compensación a los trabajadores que se encuentren incursos en estas situaciones que den lugar a la subrogación por parte de las Administraciones Públicas sin llegar a hacer efectiva la misma o, de surtir efecto esta, establecer un plazo obligatorio para la provisión de la plaza o la amortización de esta. Esta obligación no tiene por qué suponer la vulneración del principio de autonomía local. Al respecto, podría resultar de aplicación de la doctrina reflejada por el Consejo de Estado, en su Dictamen nº338/2014 con fecha de 22 de mayo de 2014, que señala que "la autonomía local no puede amparar la elección de modalidades de gestión directa de los servicios públicos locales menos eficientes o sostenibles que otras igualmente contempladas en el

ordenamiento jurídico. La elección de una u otra forma de gestión directa es, a la postre, una decisión instrumental en la prestación del servicio a la que no pueden resultar ajenas las consideraciones de racionalidad económica.' De igual forma, se podría entender que la falta de iniciativa de las administraciones para regularizar la situación de los indefinidos no fijos que se hayan visto obligados a absorber, no pueden suponer una vulneración de los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera y de los principios consagrados constitucionalmente.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY EGUIDAZU, JESÚS., *La reinternalización de los servicios públicos locales en relación a las modalidades contractuales*. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha (Gabilex), 1 de marzo de 2019, nº Extra. 1

- ALFONSO MELLADO, C.L., *La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales*. Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, número 69, Iustel, mayo 2017.

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507872>

- ARROYO YANES, L.M. *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994.

- BALLINA DÍAZ, D. *La sucesión de empresas en las Administraciones Locales*. Revista Cuadernos de Derecho Local, número 30, 2012, pp. 111-118

http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1354/11_Ballina_Sucesion_111_118.pdf?sequence=1

- BLANCO HIGUERA, A. L., *Reversión con subrogación: cuatro anomalías y una contradicción*. Revista Auditoría Pública, número 70, 2018, páginas 101-108.

- CALL PADRÓS, M. *La sucesión de empresa por sucesión de plantillas*. Revista IUSLabor número 1, 2017, p. 1-11, ISSN 1699-2938.

https://www.upf.edu/documents/3885005/8337152/MartaCall_editado.pdf/6d2985f3-f92c-7035-795f-80de8c87e177

- CORRAL VILLALBA, J. *Manual de Gestión del Personal de la Administración Local*. Civitas, 2000.

- DEL GUAYO CASTIELLA, I. *Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. Reala nº2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

<https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/download/10190/10668>

- ESTEVE PARDO, J., *El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas*. Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, número 69, Iustel, mayo 2017.

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507833>

- FERNÁNDEZ CASADEVANTE, J.L. *Regreso al futuro. Apuntes sobre los procesos de remunicipalización de servicios públicos en Europa*. Revista Papeles, número 129, 2015, pp. 141-147.

https://www.fuhem.es/papeles_articulo/regreso-al-futuro-apuntes-sobre-los-procesos-de-remunicipalizacion-de-servicios-publicos-en-europa/

- FERNÁNDEZ-SANTA CRUZ, M.M. *Sinopsis del artículo 128 de la Constitución Española de 1978*. Página web del Congreso de los Diputados. Diciembre, 2003.

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=128&tipo=2>

- FONDEVILA ANTOLÍN, J., *Algunas propuestas para una necesaria revisión de la cuestionable doctrina judicial del reconocimiento, al personal laboral temporal y funcionarios interinos, de la condición de "indefinidos no fijos"*. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha (Gabilex), 1 de marzo de 2018, nº 13.

<https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/algunas-propuestas-para-una-necesaria-revision-de-la-cuestionable-doctrina-judicial-del>

- GAMERO CASADO, E. *Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales*. Revista General de Derecho Administrativo. Iustel, octubre 2019.

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1510094>

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, E., *La sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2019, «Correia Moreira» ¿Un nuevo golpe al principio de mérito y capacidad?* Revista de Jurisprudencia El Derecho, 13 de noviembre de 2019, nº 1, pg. 2

- GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La reversión por la administración de las contrata: perspectiva desde el derecho del trabajo*. Gestión y Análisis de Políticas Públicas, número 11, 2019, pp. 41-60.

<https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10553/11502>

- KUMAR SEN, A., *El futuro del estado de bienestar*. Revista La Factoría, número 8-2, 1999.

- LAGO NÚÑEZ, G., *La tercera reforma del Régimen Local en España*. Revista El Consultor de los Ayuntamientos, número 24, 2014.

<https://elconsultor.laley.es/content/DocumentoDos.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIj9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcpVmVdZhZAZ02dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fB8/IorZ7LONb3bo2ds52Hlw8Asv87opquVnezu7+zu7O/fwQXF+/bSavrle5Z+dZ2WT/8J8UIVvg/d+f9P+/wF5q0y+UQAAAA==WKE>

- LÓPEZ CUMBRE, L., *Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público*. Revista Galega de Dereito Social, número 3, 2017, pp. 101-147.

- LLUCH CORELL, F.J., *Jurisprudencia reciente en materia de sucesión de contratas. Respuesta de los tribunales*. Revista de Jurisprudencia El Derecho, 7 de abril de 2017, nº 1.

<https://elderecho.com/jurisprudencia-reciente-en-materia-de-sucesion-de-contratas>

- MAGALDI MENDAÑA, N. *La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos; en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín*. Revista Aragonesa de Administración Pública, número 34-40, 2012.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4078240.pdf>

- MALARET GARCÍA, E. (2011). *Servicio Público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades en la esfera local?* Revista De Estudios De La Administración Local Y Autonómica, número 291, 2003.

<https://doi.org/10.24965/reala.vi291.9190>

- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Instrucciones para evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública y minimizar los efectos de los incumplimientos por parte de los contratistas de sus obligaciones sociolaborales*. El Consultor de los Ayuntamientos, número 6, ref. 600/2013, pp. 600, 2013.

<https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAEMtMSbF1CTEAAkNLCzNDC7Wy1KLizPw8WyMDQ2MDYyMDkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPFgq3U1AAAAWKE>

- MELLADO RUIZ, L. *Materiales docentes de la asignatura 'Gestión de servicios públicos locales'*. Universidad de Almería. Almería, 2020.

- MESTRE DELGADO, J. F., *La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre*. Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Nº. 74, 2018.

- NÚÑEZ LOZANO, M. C. *La tasa de reposición*. Jornadas de la Comisión Sectorial de la CRUE de Secretarios Generales de las Universidades Españolas. 2013.

[http://jornadascoseg.ugr.es/pages/latasadereposicion_pro/!](http://jornadascoseg.ugr.es/pages/latasadereposicion_pro/)

- PAREJO ALFONSO, L. *Servicios públicos y servicios de interés general: La renovada actualidad de los primeros*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/20.pdf>

- PARRA MUÑOZ, J.F. *Naturaleza de los ingresos percibidos por empresas concesionarias y por empresas mixtas prestadoras de los servicios municipales de abastecimientos, saneamiento y depuración de aguas y legalidad del cobro o recaudación por parte de dichas entidades*. Revista digital CEMCI, número 24, 2014.

<https://revista.cemci.org/numero-24/pdf/tribuna-3-naturaleza-de-los-ingresos-percibidos-por-empresas-de-servicios-municipales-de-abastecimiento-saneamiento-y-depuracion-de-aguas.pdf>

- PARRA MUÑOZ, J.F. *Competencias y servicios públicos antes y después de la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril producida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local*. Revista digital CEMCI, número 28, 2015.

<https://revista.cemci.org/numero-28/pdf/tribuna-3-competencias-y-servicios-publicos-antes-y-despues-de-la-modificacion-de-la-ley-7-1985-de-2-de-abril-producida-por-la-Ley-27-2013.pdf>

- RECUERDA GIRELA, M.A. *Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario*. Revista General de Derecho Administrativo, número 32. Iustel, 2013.

<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1500353>

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. *Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias*. Aranzadi Social, número 42, 2010.

- ROQUETA BUJ, M.R., *Las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público en materia laboral*. Revista de Jurisprudencia El Derecho, 15 de noviembre de 2018.

<https://elderecho.com/las-principales-novedades-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico-en-materia-laboral>

- RUIZ-NAVARRO PINAR, J.L. *Sinopsis del artículo 38 de la Constitución Española de 1978*. Página web del Congreso de los Diputados. Abril, 2004.

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>