

2018 - 10 - 24

# Revista española de Derecho Administrativo

2018

Núm. 193 (Julio-Septiembre 2018)

Estudios

4. Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos (EVA M<sup>a</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN)

## 4 Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos

EVA M<sup>a</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora Titular y Catedrática acreditada de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo*

ISSN 0210-8461

Revista española de Derecho Administrativo 193  
Julio - Septiembre 2018

### Sumario:

- I. Perspectiva adoptada
- II. La complejidad del marco jurídico aplicable: una diversidad de normas a tomar en consideración
  - 1. El Derecho Comunitario y el importante papel del TJUE en la materia
  - 2. La sucesión de empresa del art. 44 del ET y su aplicación por el Tribunal Supremo
  - 3. Consecuencias derivadas de la racionalización y reestructuración del sector público
  - 4. El intento del legislador de poner freno a la subrogación de personal a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 (RCL 2017, 839)
  - 5. ¿Es posible una interpretación de la LCSP (RCL 2017, 1303) compatible con la normativa laboral y la doctrina del Tribunal Supremo?
- III. Recapitulación
- IV. Bibliografía

### RESUMEN:

En los últimos tiempos asistimos a lo que ha dado

### ABSTRACT:

In recent times, the so-called «return to public

en llamarse una «vuelta a lo público» en la gestión de los servicios públicos, especialmente en el sentido de su reversión. Ello unido a la reducción de entes del sector público, a efectos de cumplir con el objetivo de déficit público, ha provocado cambios que han llevado a problemas laborales, entre los que cabe destacar la posible aplicación de la sucesión empresarial –propia del Derecho del Trabajo- al ámbito del sector público, en lo que ha tenido una posición destacada la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Sin embargo, el tema trasciende una mera visión laboralista del asunto, siendo imprescindible tener en cuenta una multitud de normas propias del Derecho Administrativo, que tienen incidencia en la materia y que ponen de manifiesto la complejidad que subyace a todo ello.

**PALABRAS CLAVE:** Servicios públicos - Remunicipalización - Sucesión de empresa - Contratos - Racionalización del sector público y subrogación de personal

management» in public services -specially regarding reversion-, together with the reduction of entities in public sector in order to accomplish deficit restrictions, are producing changes that imply labor problems. Among them is the application of Labour Law's construction regarding managerial succession to public sector, mainly led by the Social section of Supreme Court. Nevertheless, the issue transcends a pure labour view as it is essential to take into account a great deal of Administrative Law regulations. The underlying complexity is demonstrated hereby.

**KEYWORDS:** Public services - Managerial succession - Remunicipalization - Contracts - Public sector rationalization and staff subrogation

## I. PERSPECTIVA ADOPTADA

Mucho se ha hablado en los últimos tiempos de la llamada «remunicipalización» de los servicios públicos<sup>1)</sup>, sin embargo, este trabajo ha obviado emplear dicho término en su propio título de forma deliberada. Y es que debo comenzar explicando cuál va a ser su contenido y la perspectiva que se pretende adoptar en líneas venideras.

Pues bien, varias son las cuestiones a tener en cuenta. Especialmente, que me referiré a supuestos muy diversos en los que un cambio en la forma de gestión de los servicios públicos conlleva o implica repercusiones de tipo laboral, sin ceñirme en exclusiva al ámbito local, por más que en el mismo se producen particularidades reseñables.

Como ya se ha avanzado, la diversidad de supuestos que encajan en esta cuestión es intensa, pero además la complejidad viene dada también por la variedad de normas a tener en cuenta, no siempre fácilmente conciliables entre sí.

Y es que, como bien ha señalado algún autor, en el tratamiento de este problema hay que tener en cuenta tanto normativa de Derecho Público como de Derecho Privado, no siendo siempre sencillo armonizar el principio propio del Derecho Laboral de estabilidad en el empleo del personal fijo de los servicios, con los principios que presiden el acceso al empleo público<sup>2)</sup>.

## II. LA COMPLEJIDAD DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE: UNA DIVERSIDAD DE NORMAS A TOMAR EN CONSIDERACIÓN

Como ya se ha dicho, la tipología de supuestos es muy amplia, de ahí también que el marco jurídico sea de gran complejidad, por ello resulta necesario hacer una dicción de esa panoplia normativa que evite que las distintas normas aplicables entren en colisión o se contradigan o, en caso, de ser imposible, ponerlo de manifiesto con la finalidad de hallar respuestas más coherentes al tema.

A mi juicio, a pesar de la dificultad que esta tarea entraña, creo que, en línea de principio, no resulta absolutamente imposible encontrar un punto de confluencia en que las diversas perspectivas presentes se armonicen. Y no olvidemos que hay que tener en cuenta no solo la normativa laboral, sino también la [Ley 3/2017, de 27 de junio](#), de Presupuestos Generales del Estado para 2017, modificada por la [Ley 6/2018, de 3 de julio](#) (en adelante LPGE/2017), el [Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público](#), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante TREBEP), la [Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), las normas de racionalización del sector público, la [Ley 7/1985, de 2 de abril](#), de Bases de Régimen Local (en adelante LBRL), la [Ley 40/2015, de 1 de octubre](#), de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), etc.

## 1. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL IMPORTANTE PAPEL DEL TJUE EN LA MATERIA

Una primera cuestión crucial, aunque, a mi juicio, no resuelta con claridad, es el ámbito de aplicación de la [Directiva 2001/23/CE](#) del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

La misma, dice literalmente que «se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión». Y que, a tales efectos, se entenderá que se produce dicho traspaso cuando el mismo sea el de «una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio».

Tampoco se puede perder de vista que la misma norma excluye expresamente la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas.

De este modo, la primera cuestión que a mi juicio debe tenerse en cuenta en la interpretación de la [Directiva](#), por mucho que el propio TJUE haya querido flexibilizar su campo de actuación, es la finalidad de la propia norma, es decir, la razón por la que la misma contiene la citada previsión.

Y a este respecto es la propia [Directiva](#), como bien recuerda el TJUE en diversas sentencias sobre la materia<sup>3)</sup>, la que en su considerando 3 precisa que su objetivo es proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, manteniendo sus derechos.

Partiendo de ello, resulta necesario hacer una primera reflexión. Y es que, a mi juicio, no puede equiparse con carácter general una sucesión de empresa en el ámbito privado, es decir, un cambio de empresario, donde tiene lógica que se mantengan los derechos de los trabajadores, es decir, que el cambio de empresario si se mantiene la «empresa» –como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio–, no implique poder dejar en peor situación de la que estaban a los trabajadores, que lo que es en puridad la decisión de la Administración de cambiar la forma de gestionar un servicio público. Pues, como ya se ha visto, es el propio ordenamiento jurídico –si bien en la actualidad con mayores restricciones<sup>4)</sup>–, el que concede esa potestad de elección a la Administración.

Entiendo pues, que se trata de dos cuestiones distintas con dos normativas diferentes, por

más que en algún supuesto puedan confluír o asemejarse. Partir de la premisa de que en cuanto se produce un cambio en el sujeto que presta un servicio público a la ciudadanía – o incluso un servicio a la propia Administración–, son aplicables la [Directiva](#) y el [art. 44 del ET](#), a mi juicio, supone desconocer que, en efecto, muchas de las instituciones que cuentan en el Derecho Administrativo con una normativa específica, tienen su origen o encuentran semejanzas con instituciones similares en el Derecho Privado, pero que, no obstante, disponen de su propia normativa por la necesaria adaptación a las peculiaridades de la Administración<sup>5)</sup>.

A mi juicio, esta premisa es fundamental, porque, como ya he avanzado, no cualquier cambio en el sujeto que presta un servicio va a suponer necesariamente una sucesión de empresa del [art. 44](#) del ET. Empezando porque la Administración no actúa por regla general, como una empresa, sino que es una persona jurídica cuya finalidad es estar al servicio de la comunidad, no realizar una actividad económica, por más que en determinados supuestos pueda ser así.

No olvidemos que cuando la propia [Directiva](#) define el traspaso al que la misma es aplicable, habla de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

Y la Administración, como ya se ha dicho, no tiene por finalidad realizar una actividad económica, sino que debe garantizar la prestación de ciertos servicios a los ciudadanos, lo que puede hacer con sus propios medios o mediante la gestión indirecta por vía contractual.

En esta línea, debemos atender a lo que el propio TJUE ha dicho respecto al concepto de «actividad económica», dado que mantiene que se aplica a cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado, excluyendo por principio las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, mientras que los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, pueden ser calificados de «actividades económicas» a efectos del [art. 1](#) de la Directiva<sup>6)</sup>.

Por tanto, de aquí ya podemos extraer una serie de consecuencias, en primer lugar, que no todo tipo de servicio puede considerarse actividad económica, quedando claramente excluidos aquellos que suponen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, que, por otro lado, precisamente no pueden ser gestionados de forma indirecta mediante la adjudicación de un contrato<sup>7)</sup>.

Sin embargo, de otro lado, surge una duda en relación a qué tipo de actividad o servicios se está refiriendo el TJUE cuando exige que se trate de servicios que se presten «en competencia con los ofrecidos por otros operadores». Si se refiere solo aquellos que están liberalizados, en los que la Administración puede intervenir a través de empresas públicas, que se someten a las mismas reglas o, por el contrario, encajarían también los servicios públicos en sentido clásico, siempre que sean susceptibles de explotación económica por los particulares, en términos del propio [art. 284.1](#) de la LCSP.

Aunque de las palabras empleadas por el propio TJUE la cuestión no queda clara, sí parece que de sus resoluciones puede deducirse la aplicación a ambos tipos de supuestos, si bien cada sentencia es preciso analizarla en el contexto que se produce<sup>8)</sup>. Y tener en cuenta que al Derecho Comunitario le es ajeno nuestro concepto clásico de servicio público.

De todo ello se desprende la complejidad del tema y la dificultad de saber con certeza a qué tipo de actividades económicas se refiere la [Directiva](#) y el TJUE. Más cuando, como ocurre a mi juicio, el propio TJUE ha venido flexibilizando su propia postura al respecto<sup>9)</sup>.

En todo caso, entiendo igualmente importante una serie de matizaciones que, en línea de conseguir clarificar el ámbito de aplicación de la norma, hace el TJUE, si bien en el seno de cuestiones prejudiciales.

Y es que dicho Tribunal, entre otras cuestiones, ha afirmado que la mera cesión o traspaso de la actividad no implica estar ante un supuesto del [art. 1](#) de la Directiva, es decir, el hecho de que la actividad ejercida por distintos sujetos sea similar o incluso idéntica no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica, dado que la misma no puede reducirse a la actividad que se ha encomendado, sino que ha de resultar de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que se dispone<sup>10)</sup>.

Otro aspecto importante a tener en consideración, es la referencia que puede encontrarse en la jurisprudencia comunitaria a que no se excluye necesariamente la aplicación de la [Directiva](#) por el hecho de que el cesionario sea un organismo de Derecho Público, pero, no es menos cierto, que también afirma que hay que atender, entre otras circunstancias, al tipo de empresa de que se trate<sup>11)</sup>.

Resulta, por tanto, imprescindible analizar todos los aspectos del caso concreto, y no extrapolar sin más algunas afirmaciones contenidas en las resoluciones del TJUE a cualquier tipo de cambio en la forma de gestión. Así, los supuestos que podemos encontrar son variados e, incluso, creo que puede afirmarse que las soluciones dadas por el TJUE también lo son<sup>12)</sup>.

Otra cuestión respecto a la jurisprudencia comunitaria que considero es esencial para encuadrar el tema, es la referente a que el TJUE en sus sentencias deja claro que para existir identidad en la sucesión debe atenderse al conjunto de elementos del caso concreto y a que dicho vínculo entre los diversos factores ha de ser funcional, es decir, que permite al cesionario utilizar éstos para desarrollar una actividad idéntica o análoga aun cuando con posterioridad estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente<sup>13)</sup>. Lo determinante es el cumplimiento del requisito de identidad<sup>14)</sup>.

Si bien hay supuestos en que ha reconocido que no es imprescindible la transferencia de importantes activos materiales, cuando se trata de actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra<sup>15)</sup>.

A mi juicio, lo determinante es ver en cada caso si con el conjunto de elementos que se transfiere es suficiente para desarrollar la actividad de forma autónoma, es decir, en el sentido funcional, ya indicado.

Otra cuestión es el elemento causal de la transmisión, que a mi juicio también ha sido interpretado de forma flexible, por cuanto realmente la [Directiva](#) se limita a mencionar la cesión contractual o la fusión<sup>16)</sup>, pero son muchos otros los supuestos en los que el TJUE ha admitido esa transmisión, imponiéndose además, desde el primer momento, la interpretación finalista de la norma<sup>17)</sup>, por lo que viene a admitir, incluso, que no es necesario vínculo contractual entre cedente y cesionario<sup>18)</sup>.

De otro lado, no es desdeñable la referencia a la actividad económica que le es propia, surgiendo a mi juicio a este respecto dos dudas en el ámbito de las Administraciones. En

primer lugar, si cabe entender realmente que cuando una Administración rescata o revierte a ella un servicio público podemos entender que al prestarlo de forma directa realmente estamos ante una actividad económica que le es propia, por las razones ya antes expuestas.

Y, de otra parte, mayores dificultades, sin duda, pueden encontrarse cuando de lo que hablamos es del rescate o reversión de un servicio que no se presta a los ciudadanos, sino que se trata de servicios a la propia Administración, que mediante un contrato se han externalizado temporalmente.

Es más, no olvidemos que en supuestos de este tipo que se han planteado ante el TJUE, éste ha venido entendiendo que no se produce la sucesión, es el caso de la [sentencia CLECE CLECE](#) (TJCE 2011, 4), aunque, al contrario, el TS en una reciente [sentencia, de 24 de enero de 2018](#) (RJ 2018, 552), sí ha aceptado la aplicación del [art. 44](#) del ET ante la reversión de un contrato de servicios, en este caso, de restauración colectiva que incluía, entre otras prestaciones, la limpieza.

## 2. LA SUCESIÓN DE EMPRESA DEL ART. 44 DEL ET Y SU APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Por lo que se refiere al [art. 44](#) del ET, tras la modificación oportuna, se adapta a lo dicho en la [Directiva](#) y prevé literalmente que «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente».

A tales efectos «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria». Y que, como bien ha indicado el TJUE, se trata de una entidad económica organizada de forma estable y no para una obra determinada<sup>19)</sup>, que le permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio y que sea suficientemente estructurada y autónoma<sup>20)</sup>.

Para comprender la posible aplicación de esta norma a las Administraciones, a mi juicio, es esencial partir de la premisa ya indicada, en cuanto a que la finalidad de la Administración no es desarrollar una actividad económica, la prestación de servicios no es necesariamente la actividad propia de ésta y además existen muchos matices diversos en la gestión directa e indirecta y, sin duda, en los servicios que se le prestan a la misma.

Teniendo en cuenta esto, es oportuno analizar la interpretación que ha hecho el TS de dicho precepto con carácter general, así como, en particular, en cuanto a su aplicación en el sector público.

Así, en primer lugar, todo apunta, como ha indicado algún autor, a que la normativa laboral mencionada<sup>21)</sup>, ha optado por un concepto de «empresa-organización» y no de «empresa actividad», lo que conlleva que no sea suficiente la transferencia de la actividad sino también que se transmitan los elementos que caracterizan o suponen la base de actuación de la entidad<sup>22)</sup>. En conclusión, se trata de que si lo transmitido posee enjundia bastante como para arrastrar consigo al trabajador, éste ha de verse protegido<sup>23)</sup>.

Este primer aspecto es determinante, por cuanto ello implica que de por sí una

modificación en la forma de gestión de un servicio o un cambio del contratista que lo presta no tiene porqué conllevar una sucesión de empresa, pues en esos supuestos puede tratarse únicamente de la transferencia de una actividad<sup>24</sup>.

Lo que se transmita debe ser una unidad de producción susceptible de actividad separada, un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de explotación económica independiente y capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado<sup>25</sup>, como ha venido determinando la jurisprudencia, que se produzca la entrega real de todos los factores esenciales de la empresa o centro de actividad, capaces de asegurar la continuidad del conjunto de sus elementos, tanto el técnico como el organizativo y patrimonial, o cuanto menos, conlleve el traspaso de elementos susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional<sup>26</sup>, lo que habrá que examinar en cada caso concreto<sup>27</sup>, de ahí que –aunque es cierto que la tendencia en la jurisprudencia es hacia una cierta flexibilización<sup>28</sup>–, en ocasiones las soluciones diversas no se deben a un cambio de criterio sino a las circunstancias distintas de cada supuesto.

Y es que, podemos encontrar sentencias en las que una reversión del servicio ha sido considerado como una sucesión de empresa<sup>29</sup> y otras en las que no<sup>30</sup>, aunque, insisto, ello no necesariamente implica un cambio de parecer, aunque también en ocasiones lo sea, sino la apreciación de circunstancias diversas en ambos casos.

En lo que aquí interesa, puede resumirse la postura del TS en que lo determinante para saber si se produce o no una sucesión empresarial, con independencia de que exista o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad<sup>31</sup>.

A tales efectos, además, viene sosteniendo el TS que en aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior<sup>32</sup>.

A mi juicio lo relevante debe ser poder contestar afirmativamente a la siguiente cuestión ¿con lo transmitido, es suficiente para desarrollar la actividad en cuestión que le es propia, en el sentido de ofrecer servicios en el mercado?

Será, por tanto, imprescindible tanto conocer y comprobar en el caso concreto si los elementos transmitidos suponen el mantenimiento de la identidad y con ellos puede prestarse la actividad, así como qué es en su caso lo que aporta la cesionaria, por ejemplo, la organización, el *know how*, etc., sin que sea suficiente que continúe con la actividad, por ejemplo, cuando hablamos de sucesión de contratistas con la Administración<sup>33</sup>. Además, del tema, nada sencillo, de los medios aportados por la propia Administración –al que me referiré más adelante–, pues recuérdese que la postura general de la jurisprudencia, tanto comunitaria como española, es prescindir del tema de quién es propietario de los mismos<sup>34</sup>.

De otro lado, en cuanto al tema de estar la Administración presente, podría afirmarse, a mi juicio, que, en la mayor parte de los casos, ese dato no es relevante para el TS, quien analiza en cada supuesto si se produce, a su juicio, la transmisión. Así, hay casos en que, en efecto, ha entendido que la misma no se produce, por ejemplo, la  [STS de 12 de julio](#)

[de 2016](#) (RJ 2016, 3391), rec. 349/15, o la de [9 de diciembre de 2016](#) (RJ 2017, 206), rec. 1674/15, en cuanto a ayuda de comedor en colegio público que pasa a ser asumida por el propio centro. Sin embargo, en otros sí aprecia que se dan los requisitos y, por ende, la sucesión<sup>35)</sup>.

De otra parte, entiende que por regla general ni la contrata ni la concesión administrativa son por sí mismas unidades productivas a efectos del [art. 44](#) del ET, sino que dependerá de que en el caso concreto se produzca la transmisión efectiva<sup>36)</sup>, o lo imponga la normativa o el convenio correspondiente<sup>37)38)</sup>, no así, como ya queda claro, el Pliego<sup>39)</sup>.

Con carácter general, puede decirse que para el TS ni la sucesión de contratos o concesiones administrativas, ni la reversión por sí solas constituyen sucesión de empresa, sino van acompañadas de la transmisión de elementos patrimoniales y de personal necesarios para que encaje en el [art. 44](#) del ET<sup>40)</sup>.

No obstante, a mi juicio, uno de los mayores problemas que se plantean es el tema de que precisamente un indicio de ello sea el traspaso de medios que hace la propia Administración<sup>41)</sup>, pues no debe olvidarse, como más tarde se verá, que en ocasiones es consustancial a las concesiones la puesta a disposición de bienes de la Administración, que revierten a la misma, tras finalizar el contrato.

Además, como expondré al hablar de la [LPGE/2017](#), el propio ordenamiento jurídico parece prohibir a la Administración la subrogación voluntaria del personal, con lo que realmente quedaría desactivada la sucesión de empresa del [art. 44](#) del ET, salvo que se confunda la causa con la consecuencia, como luego diré.

### 3. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA RACIONALIZACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Una vez examinado el marco general de la cuestión desde la perspectiva del Derecho Laboral, es imprescindible tener en cuenta otras normas, propias del Derecho Administrativo, donde se prevé el tema, no siempre en la misma dirección ya indicada.

Así, las propias normas que reorganizan el sector público prevén las consecuencias en el ámbito laboral –con las dificultades propias del ámbito local<sup>42)</sup>–, optando en algunos casos por la integración del personal, si bien con diferentes consecuencias y de distinto modo en función del tipo de personal de que se trata y también del tipo de entidades.

No obstante, la tónica general es la previsión del respeto en esa integración de los principios de igualdad, mérito y capacidad, algo ratificado por el TC en su [sentencia 236/2015, de 19 de noviembre](#) (RTC 2015, 236)<sup>43)</sup>. Integración que, por otro lado, en ocasiones se remite al propio [art. 44](#) del ET, pero, a mi juicio, no tanto por entender que en puridad es una sucesión de empresa, como en cuanto que la remisión se refiere a que la integración se hará en las condiciones establecidas en tal precepto, es decir, en el sentido de respetar los derechos de los trabajadores en los términos que la norma laboral establece<sup>44)</sup>.

La diferenciación de opciones o consecuencias en función del tipo de personal y de entes puede apreciarse fácilmente en dichas normas, basta, por ejemplo, con leer la [Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre](#), por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público fundacional y empresarial.

Como regla general, en todas ellas se menciona la integración de personal, en su caso, siguiendo los principios de igual, mérito y capacidad, especialmente cuando se trata de entes de distinta naturaleza, por tanto, no se trata de una subrogación sin más. Recuérdese que eso es precisamente lo que se sostiene aquí, es decir, que no es lo mismo que se integre personal proveniente de una empresa pública a una Administración instrumental o a la propia Administración matriz, que cuando el cambio se produce entre entidades de naturaleza similar o en las que el proceso de acceso del personal se rige por las mismas normas<sup>45)</sup>.

La tónica general es también que cuando se procede a la integración de personal proveniente de ese tipo de entidades que no se someten a las mismas reglas en cuanto al acceso del personal en organismos públicos, no podrán adquirir la condición de empleado público sin pasar las pruebas selectivas correspondientes. Haciéndolo, en otro caso, incluso con la condición de «a extinguir»<sup>46)</sup>.

Cuestión distinta es, como aquí se ha expuesto y se sostiene, la integración de personal de determinados organismos a otros que ya han superado unas pruebas selectivas para acceder a los mismos, en cuyo caso podrán mantener como regla general la condición que ya tenían<sup>47)</sup>.

En todo caso, estos supuestos se refieren a cambios en la entidad instrumental o interpuesta a través de la cual la Administración presta el servicio, mientras que la gestión indirecta –en que interviene una empresa a través de un contrato es un supuesto muy diferente y para el que hay que acudir principalmente a la [LCSP](#), pero también a otras normas como la [LPGE/2017](#), a las que seguidamente me referiré.

Antes, no obstante, es imprescindible a mi juicio mencionar otra disposición del ET, como es la Disposición Adicional Decimosexta<sup>48)</sup>, que prevé el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público<sup>49)</sup>, y a la que se remiten algunas normas de reestructuración del sector público<sup>50)</sup>, sin perjuicio de que no pueda desarrollarse en este trabajo por razones de espacio.

En fin, como ya se ha visto, el TS viene entendiendo que cuando se produce realmente la transmisión de un conjunto de medios organizados, es decir, elementos materiales y personales –en línea con lo indicado al analizar la interpretación judicial del [art. 44](#) del ET y sin hacer matizaciones importantes por el hecho de tratarse de Administraciones–, se produce una sucesión de empresa<sup>51)</sup>.

#### 4. EL INTENTO DEL LEGISLADOR DE PONER FRENO A LA SUBROGACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2017

Antes de proceder a analizar con cierta exhaustividad la normativa de contratos, por lo que se refiere, evidentemente, a la gestión indirecta de los servicios públicos e, incluso, a los contratos de servicios a la propia Administración, resulta de interés mencionar otra norma que va en la misma línea, aunque no exenta de ciertas dudas.

Me refiero a las previsiones contenidas en las [Disposiciones Adicionales Vigésimo Sexta](#) y [Trigésimo Cuarta](#) de la LPGE/2017<sup>52)</sup>, por cuanto se inclina, aunque no sin incurrir en cierta contradicción –hoy a mi juicio superada por la modificación de la [Ley 6/2018, de 3 de julio](#), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (en adelante LPGE/2018) al respecto–, por la no subrogación<sup>53)</sup>.

En particular, la primera [Disposición mencionada](#) lleva por título precisamente «Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público», y precisa que las Administraciones Públicas del [artículo 2](#) del TREBEP, no podrán considerar como empleados públicos de su [artículo 8](#), ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de Derecho Público ni a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el [artículo 2.3](#) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos; ni al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Si bien es cierto que la duda surgía cuando acto seguido especificaba que al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresa contenidas en la normativa laboral. Sin embargo, a mi juicio, con buen criterio, dicha mención ha sido suprimida por la [Disposición final Cuadragésima Segunda](#) de la LPGE/2018, recientemente aprobada.

Una primera conclusión que podría extraerse es que, de igual modo que hacen las normas ya mencionadas de racionalización y reestructuración del sector público –si bien en supuestos de cambios dentro de las modalidades de gestión directa–, la citada [LPGE/2017](#) parte de la imposibilidad de que el personal de empresas que han sido contratistas de la Administración adquieran la condición de empleado público en la misma, y no debe olvidarse que el precepto del [TREBEP](#) al que se refiere expresamente incluye dentro de las diversas categorías de empleados públicos a los indefinidos no fijos<sup>54</sup>.

La misma conclusión se extiende para el caso de tratarse de personal de sociedades mercantiles públicas, fundaciones, consorcios o personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en la Administración. A este respecto, ya hemos visto, que las citadas normas de racionalización del sector público también hacen esta distinción, es decir, cuando se trata de asumir el servicio por la Administración cuando hasta el momento lo prestaba a través de una entidad con personalidad jurídica propia que actúa como medio propio, dan un trato diferenciado a aquellos que provienen de entidades de Derecho Público, sometidas por tanto al [TREBEP](#), y que coincide que es a las que se les aplica esta Disposición, y aquellas que no, es decir, principalmente las fundaciones o sociedades que aunque sean mayoritariamente o íntegramente públicas, son entidades de Derecho Privado y quedan fuera del [art. 2](#) del TREBEP.

La diferencia es lógica y evidente, por cuanto en el primer caso el personal habrá pasado procesos selectivos regidos por el [TREBEP](#) y en los segundos no.

Por tanto, de nuevo la regla general es que cuando se trata de personal, sobre todo fijo, que ha pasado las pruebas correspondientes de acceso pueden integrarse en la Administración matriz que asume la prestación del servicio, por el contrario, cuando los trabajadores provienen de una empresa contratista o de sociedades, fundaciones u otras entidades de Derecho Privado, por más que sus acciones, patrimonio fundacional, etc., sea público, no pueden integrarse como empleados públicos de ningún tipo en la Administración, salvo que previamente se realicen las pruebas selectivas oportunas.

Finalmente, esta disposición también prevé otro supuesto concreto, que en principio quedaría fuera del ámbito de aplicación a que se refiere el apartado uno, pues recuérdese que se ciñe a las Administraciones Públicas del [art. 2](#) del TREBEP, es decir, no incluye a las sociedades mercantiles públicas, pues ni se encuentran en el citado campo de aplicación del [TREBEP](#) ni son Administración.

A ellas se refiere en el apartado segundo, cuando establece que «en aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos».

Es decir, se está refiriendo a supuestos en que se produce el paso de una gestión indirecta a través de contratista a una gestión directa mediante una sociedad mercantil pública, es decir, una empresa pública que sea medio propio de la Administración<sup>55</sup>), opción a la que me referiré más detenidamente al hablar de la [LCSP](#), pero que cabe ya apuntar, que la nueva norma exige que sea una sociedad de capital íntegramente público y que sea poder adjudicador.

En ese caso, y a pesar de que hablamos de sociedades que no se someten al [TREBEP](#), la Ley exige para su incorporación la superación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, siendo, por tanto, más restrictiva y exigente que las propias normas de racionalización. No obstante, también reconoce la norma que esa integración se puede producir excepcionalmente por vía de sentencia judicial.

En conclusión, para la [LPGE/2017](#), el personal que provenga de empresas contratista o de entidades de Derecho Privado no podrá integrarse como empleados públicos de ningún tipo, ni siquiera como personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, en una de las Administraciones del [art. 2](#) del TREBEP, es decir, ni en la Administración General del Estado, ni en las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, ni en las Administraciones de las entidades locales, ni en los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, ni en las Universidades Públicas.

Y cuando se trate de los trabajadores de empresas contratistas de un servicio que pase a una sociedad mercantil pública, podrán integrarse siguiendo un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad o, excepcionalmente, en cumplimiento de una resolución judicial.

De otro lado, cuando la norma reconoce la posibilidad de integrar personal proveniente de una empresa contratista en sociedades mercantiles públicas excepcionalmente por sentencia judicial, viene a reconocer que eso está sucediendo en los tribunales, con independencia de lo que diga la normativa, si bien puede estar pensando en juicios ya iniciados con anterioridad.

Aunque bien es cierto que ese supuesto es el que menos problemas en principio daría, pues no debemos olvidar que las empresas públicas están excluidas del [TREBEP](#), es decir, el acceso del personal a las mismas no se somete a los mismos procedimientos que las Administraciones porque no lo son. Mientras que por vía judicial se está aceptando

incluso la integración en una Administración.

Además, al limitar la exclusión de la tasa de reposición a esos supuestos, *a sensu contrario*, parece que la integración de personal en cualquier otro caso sí se computa a tales efectos, lo que pone de manifiesto la colisión de derechos, pues, de un lado, está la protección de los trabajadores, pero, de otro, el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad y el perjuicio que puede ocasionarse a quienes aspiran a dicho acceso cuando se ocupa la tasa de reposición con trabajadores provenientes de una subrogación. O realmente la norma parte de que no se puede producir esa integración en otros supuestos.

De otro lado, y para concluir con el estudio de la [LPGE/2017](#), es preciso hacer mención a la [Disposición Adicional Trigésima Cuarta](#), donde se hace referencia a otra cuestión –a mi juicio muy conectada–, me refiero a la propia exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.

Bien es cierto que en teoría lo que prevé es una serie de medidas para prevenir una contratación fraudulenta, pero no lo es menos que, en el estado actual de la jurisprudencia no está de más tener en cuenta las previsiones contenidas en esta Disposición.

Así, en primer lugar, establece la obligación de que los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones se hagan correctamente y cumpliendo los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, lo que ya a mi juicio impide al acceso por esta vía de personal que no ha superado esas pruebas.

Pero a mayor abundamiento y aquí viene lo relevante, en el punto dos, determina que «los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su sector público instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa y, en especial, velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Asimismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial»<sup>56</sup>).

Por lo que aquí interesa hay dos cuestiones de máxima relevancia, de un lado, se está diciendo que incluso puede incurrir en responsabilidad quien dentro de la Administración reconozca la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, o si se trata de personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva. El primer supuesto en puridad se refiere a algo distinto a lo aquí analizado, pero por sorprendente me parece oportuno mencionarlo, pues realmente lo que está diciendo es que aún en el caso en que proceda la conversión en indefinido no fijo, por ejemplo, por una contratación en cadena fraudulenta, no se le puede en vía administrativa reconocer tal condición<sup>57</sup>), siendo la carga del trabajador que deberá acudir a los tribunales para obtener tal reconocimiento.

El segundo supuesto ahonda en lo dicho hasta ahora, no solo es que la normativa no prevea la integración del personal de empresas contratistas en la Administración, sino que la norma en cuestión prohíbe tal posibilidad expresamente, incurriendo incluso en responsabilidad quien así lo haga<sup>58</sup>).

Pero de otro lado, el legislador es consciente de que en vía judicial se puede lograr el

efecto que pretende evitarse con esta previsión, así podemos encontrar sentencias al respecto<sup>59</sup>). Lo que parece claro es que la subrogación tendrá que venir de una resolución judicial pero no de la propia Administración, razón por la cual, ya apunté con anterioridad, que la subrogación voluntaria de un Ayuntamiento que asume el personal de una empresa contratista, como era el caso de la [STJUE de 29 de julio de 2010](#) (TJCE 2010, 241)<sup>60</sup>), no sería viable en estos momentos.

A mi juicio, esto no es lo deseable, pues si el ordenamiento jurídico no permite la subrogación no debería ser posible conseguirla ante los tribunales, vinculados como están por todo el ordenamiento jurídico, y si lo que se pretende es establecer una cautela para que no se produzca un fraude al integrar voluntariamente la Administración a estos trabajadores, no parece que este mecanismo sea el más adecuado. A salvo, claro está, que realmente esa referencia se ciña a quienes lo obtengan por haber iniciado la reclamación con anterioridad a la propia norma.

En todo caso, es claro que estas disposiciones no están exentas de polémica y dudas, que habrá que ver si resuelve el TC, dado que se ha planteado recurso de inconstitucional frente a las mismas<sup>61</sup>). Aunque, a mi juicio, la mayor de todas ellas ha quedado solventada por la modificación operada por la [LPGE/2018](#).

Además, no debemos olvidar que, en principio, para hablar de sucesión de empresa debe darse la transmisión de un conjunto organizado de medios, materiales y personales, lo que ya no es posible que se produzca voluntariamente en la Administración, pues la norma indicada lo prohíbe. Volviendo a surgir la duda de si la subrogación del personal es la causa o la consecuencia de la sucesión empresarial.

Otra cuestión distinta es que, en lugar de tratarse de una sucesión de empresa, en algunos supuestos, a mi juicio, se está ante una cesión ilegal de trabajadores.

Y de otro lado, está por ver que la citada [LPGE/2017](#) supere el filtro de la [Directiva 2001/23/CE](#), pues parece que podría entrar en colisión con la misma y la interpretación que de ella hace el TJUE.

## 5. ¿ES POSIBLE UNA INTERPRETACIÓN DE LA LCSP COMPATIBLE CON LA NORMATIVA LABORAL Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO?

Una norma destacada desde el punto de vista del Derecho Administrativo en la materia es la [LCSP](#), evidentemente cuando hablamos de gestión indirecta. A este respecto cabe recordar simplemente la regulación que en esta materia hace también la [LBRL](#), cuando en su [art. 85](#) enumera las distintas formas de gestión de los servicios públicos a que ya me he venido refiriendo<sup>62</sup>).

Como ya he venido apuntando, la [LCSP](#), con mayor intensidad –aunque también su predecesora–, se hace eco de este problema y lo afronta siguiendo la línea apuntada. Y es que no olvidemos que tanto las Directivas como esta norma, regulan la opción perfectamente legal, desde hace mucho tiempo, de acudir a la contratación externa para hacer frente a diversas necesidades.

No obstante, no es menos cierto que, a mi juicio, es imprescindible tomar en consideración una comprensión global del ámbito, por otro lado, tan complejo, de la contratación pública, y de las diversas previsiones contenidas en el mismo.

Así, en primer lugar, es evidente que a esta cuestión responden las previsiones de los [art. 85](#)

[arts. 308.2](#) y [312, f\)](#). Aunque llama la atención que ambos se refieren al contrato de servicios y no a la concesión de servicios, donde en los últimos tiempos se viene generando también el problema<sup>63)</sup>.

El [art. 308.2](#) de la LCSP prevé dos cuestiones fundamentales, en primer lugar, y teniendo en cuenta precisamente que hasta la nueva norma una de las características de estos contratos era el ser instrumentales, se determina que en ningún caso se puede instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los menores.

Esta previsión es clave a mi juicio, pues, de un lado, responde al problema de la contratación fraudulenta de personal por esta vía, que en gran medida dio lugar a la creación de la figura del «indefinido no fijo de plantilla», me refiero al contratista persona individual con el que se conciertan contratos de este tipo de forma sucesiva para cubrir necesidades constantes, cuando realmente debe acudir a la contratación laboral o a dotar en la plantilla de una plaza de funcionario.

Pero de otro lado, considero que en ese supuesto pueden encontrarse también casos como el analizado en la sentencia ya citada del TS de 20 de diciembre de 2018, es decir, que lo que no cabe es acudir a un contrato de servicios con una empresa para cubrir necesidades de personal. Aunque a este respecto cuanto menos me surge la duda de que en ese caso no se produzca más bien una cesión ilegal de trabajadores del [art. 43](#) del ET.

Por desgracia, no es absolutamente extraño encontrar las llamadas «plantillas paralelas» creadas por esta vía, máxime cuando en los últimos tiempos las normas de estabilidad presupuestaria han fijado importantes límites al incremento de plantillas y, por ende, a la masa salarial. No obstante, a este respecto cabe recordar que esta otra opción, además de ilegal no evita que el gasto que supone el contrato de servicios sea tenido en cuenta a efectos del cálculo del déficit público<sup>64)</sup>.

En todo caso, está claro que este contrato sigue generando, por ese carácter instrumental del que algunas de las prestaciones que engloba tienen, dudas desde el punto de vista de cuándo puede acudir a él y cuándo a la contratación de personal.

No obstante, a mi juicio, tiene que ser viable un empleo correcto del mismo, o su regulación no tendría sentido, y no olvidemos que es la propia Unión Europea la que lo regula en las Directivas de contratos.

La segunda precisión que hace el precepto examinado, es que expresamente dice que a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante, a cuyo fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponde a la empresa contratista.

Ratifica de este modo la [LCSP](#) lo dicho por la [LPGE/2017](#), lo que a mi juicio tiene una clara consecuencia. Y es que o bien en aquellos casos en los que, como la citada STS<sup>65)</sup> o la del TSJ de Asturias<sup>66)</sup>, se entiende que procede la sucesión de empresa y, por ende, la subrogación del personal, debemos entender que la Administración no cumplió lo prescrito en el citado [art. 308.2](#) de la LCSP<sup>67)</sup>, o de lo contrario existe una incompatibilidad entre lo previsto en la normativa de contratación pública y el [ET](#) o una extensión excesiva por vía judicial del [art. 44](#) del ET, sin tener en cuenta otras

normas como la [LCSP](#) o la [LPGE/2017](#).

Por todo ello, no sólo la Administración debe abstenerse de llevar a cabo actuaciones respecto al personal de la empresa contratista de las que pudieran deducirse la existencia de indicios de laboralidad, sino que además deberá en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el expediente de contratación, justificar, como por otro lado la norma le exige<sup>68</sup>, la existencia de una necesidad a cubrir por esta vía y la idoneidad del contrato elegido para ello.

Cumpliendo con estas exigencias no debería reconocerse en el ámbito judicial la sucesión de empresa –por lo que a la Administración se refiere–, al producirse la finalización del contrato de servicios, sea por reversión, rescate o cumplimiento del contrato, o de otro modo se estaría obviando lo que estas normas.

En la misma línea apunta el [art. 312, f\)](#), que regula algunas particularidades del contrato de servicios cuando éste conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

En este caso, prevé una serie de medidas con la intención de evitar la confusión de plantillas de la Administración y de la empresa contratista, como resulta evidente para eludir las consecuencias de una reclamación de integración de ese personal a la conclusión del contrato<sup>69</sup>.

Nuevamente, se debe entender que de cumplirse las mismas, la reversión del servicio o la finalización del mismo, no puede conllevar la subrogación del personal del contratista en la Administración.

De otro lado, y aunque no encontremos una previsión similar en la regulación que la [LCSP](#) hace del contrato de concesión de servicios, se debe considerar necesarias las mismas cautelas.

Una novedad importante de la [LCSP](#), que se introdujo además en la tramitación parlamentaria, es la redacción final del [art. 130](#), relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. A este respecto, la normativa anterior también regulaba esta cuestión, pero, a mi juicio, en la nueva Ley se introducen dos cuestiones novedosas e importantes, una en relación a la información cuando se produce una subrogación del personal entre la empresa contratista anterior y la nueva –donde realmente se suceden dos empresas–, y otra, de mayor calado aún, cuando prevé la posibilidad –aunque a mi juicio con escasa aplicación práctica–, de que al producirse una reversión del servicio, es decir, que pase la Administración a prestarlo, pueda producirse una subrogación.

A mi juicio, se trata más bien de una declaración sin grandes consecuencias prácticas, pues se limita a prever tal opción cuando así lo exija una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación de eficacia general. Si bien cabe plantearse si es compatible con lo dicho en otras normas donde se establece que no es posible esa subrogación, como las ya analizadas.

Por lo dicho hasta el momento, es fácil concluir que la trascendencia real del precepto es mínima, pues ya sabemos que las normas que hacen previsiones, al menos hasta el momento, de este tipo, como son las de racionalización del sector público, se refieren a otro tipo de supuestos, es más, la [LPGE/2017](#) parece inclinarse claramente por la no integración e, incluso, la prohibición de actuación de la Administración en esta dirección, aunque con las incoherencias de las que adolece, ya señaladas con anterioridad. Y de otro

lado, se debe tener en cuenta que la vía de los convenios colectivos es también residual, pues debe tratarse de supuestos en que sea de aplicación a la Administración en cuestión – tal y como ha dicho el propio TS<sup>70</sup>–, lo que resulta harto complicado.

La otra cuestión novedosa a que me he referido, se trata de la obligación de información que en cuanto a la subrogación de personal entre empresas que, en su caso, proceda. Y es que ahora esa información se instrumenta a través del órgano de contratación, siendo además necesario que se refleje en el Pliego, como es lógico, pues ese dato debe conocerse para poder hacer la oferta económica de forma adecuada<sup>71</sup>.

Esta diferencia, a mi juicio, puede conllevar importantes consecuencias, puesto que desde el momento que se incluye en los Pliegos y la suministra el órgano de contratación, entiendo que se hace responsable de las consecuencias que puedan derivarse de errores, por más que a su vez la información provenga del contratista anterior. Y es que, aunque la Ley prevé la acción directa frente a esa empresa por la nueva contratista, considero que ello no exime de toda responsabilidad a la Administración, por cuanto el Pliego es la Ley entre las partes, es donde se fijan las reglas del juego y vincula a todas ellas.

Finalmente, en cuanto a la subrogación entre empresas, debe recordarse que, tal y como preveía el [TRLRHC](#), la nueva norma sigue partiendo de que el Pliego se hace eco de una obligación ya preexistente, es decir, la subrogación vendrá impuesta por la normativa aplicable – [art. 44](#) del ET principalmente–, el convenio colectivo o el acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, pero no por los Pliegos. A este respecto la jurisprudencia contencioso-administrativa y social están de acuerdo<sup>72</sup>, así como las resoluciones de los Tribunales de recursos contractuales<sup>73</sup>.

Es más, entre los diversos aspectos que se han incluido en la nueva [LCSP](#), y viene aceptando la jurisprudencia y los Tribunales de recursos contractuales, como aspectos sociales o laborales a poder valorar en las ofertas no se encuentra –ni es posible–, el compromiso de subrogación, es decir, solo cabe si lo exigen las normas o los convenios o acuerdos, sin que pueda ni imponerse, ni valorarse en los Pliegos<sup>74</sup>.

No obstante, a mi juicio, el precepto que realmente prevé la subrogación entre empresas concesionarias o contratistas de la Administración o, en general, de poderes adjudicadores, es el [art. 98](#) de la LCSP. Y es que el [art. 130](#) se refiere a la subrogación cuando concluye el contrato bien por cumplimiento bien por resolución, siendo posible que haya subrogación o no, para lo cual hay que acudir a la normativa, los convenios o acuerdos, no obstante, existen otros supuestos menos dudosos, como es la sucesión en la persona de contratista durante la vigencia del contrato, que en puridad sería el caso que más se adecúa al [art. 44](#)<sup>75</sup>, y al que ya me he referido.

De otro lado, hay que tener en cuenta que la [LCSP](#), aunque lo haga desde otra perspectiva cuando se refiere a estas cuestiones, entiendo que debe ser de aplicación preferente, me explico.

Hay que tener cuenta que la [LCSP](#), como otras normas que contienen previsiones específicas en la materia, se trata de una norma especial, que contiene particularidades para este ámbito, ejemplo de ello es que el [art. 130.6](#), en cuanto a las obligaciones de la empresaria cesionaria respecto de los salarios impagados y cotizaciones a la seguridad social de los trabajadores subrogados no prevé –a diferencia del [art. 44](#) para algún supuesto (3 años en transmisión ínter vivos)– la responsabilidad solidaria, sino solo del contratista inicial, es decir, de quien no procedió a cumplir con sus obligaciones, pudiendo

a tales efectos la Administración no devolver la garantía de definitiva. Incluso se prevé ese impago como causa de resolución del contrato, novedad importante.

Siendo éstas las cuestiones que más directamente afectan al tema objeto de este trabajo, aún creo que quedan otros aspectos conexos relevantes de la [LCSP](#), en particular, el tema de la reversión de bienes, la opción de los encargos a medios propios que quedarían fuera de esta norma y la desaparición de los diversos tipos de gestión indirecta, aunque se mantiene la sociedad de economía mixta en una Disposición Adicional de la [LCSP](#).

Finalmente mencionar a este respecto la importancia que en la [Directiva](#) y, por ende, la [LCSP](#), se da a que los Estados están obligados a velar porque los contratistas cumplan las obligaciones laborales con sus trabajadores, por ejemplo, con las previsiones de nuestra Ley sobre prohibiciones para contratar: [art. 71. b\)](#), valor estimado: [art. 101](#), obligación Pliego: [art. 122](#) –que bloquea el descuelgue salarial<sup>76)</sup>–, ofertas anormalmente bajas: [art. 149](#), criterios de adjudicación: [art. 145](#), condiciones especiales de ejecución: [art. 202](#), o resolución del contrato por impago del [art. 211.1. i\)](#), donde están legitimados los representantes de los trabajadores.

No obstante, todo ello, aunque resulta de interés, desborda el objeto de este estudio, por lo que cabe ceñirse exclusivamente a aquellas cuestiones imprescindibles en el asunto, como es a mi juicio, el tema de la titularidad de los bienes.

Y es que considero que resulta de interés tener en cuenta que una consecuencia de la finalización de una concesión es la reversión de ciertos bienes a la Administración, previsión que se establece, como ahora se verá, tanto en el [art. 291](#) para la concesión de servicios, como en el [art. 312. b\) in fine in fine](#) para el contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a la ciudadanía. Es decir, en todos aquellos casos que, con o sin riesgo operacional, de lo que se trata es de prestar un servicio a los ciudadanos y no de cubrir necesidades internas de la Administración. En esta línea puede verse también el [art. 115](#) del [RSCL](#).

Así, el citado [art. 291.1](#) de la LCSP, establece que, finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. De igual modo el [art. 312. b\)](#) fija dentro de las obligaciones del contratista la de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Es, por tanto, una consecuencia habitual de la reversión de una concesión de servicios, o de un contrato de servicios a la ciudadanía, la entrega del contratista a la Administración de ciertos bienes empleados para la prestación de los mismos, que, en muchos casos son bienes que la propia Administración ha puesto a disposición del contratista para ejecutar el contrato, en otros, son obras que lleva a cabo el contratista que quedan afectas al servicio público<sup>77)</sup>.

Lo dicho debe tenerse en cuenta, por tanto, a mi juicio, cuando los tribunales analizan si concurren en la reversión del servicio a la Administración los requisitos para hablar de sucesión de empresa, pues de apreciar, como ocurre en algún caso<sup>78)</sup>, que al transferirse los medios materiales, aunque fueran puestos a disposición por la Administración al contratista, se considera que se cumple con la transmisión de un conjunto organizado de medios a efectos de estimar que se da la identidad exigida en el [art. 44](#) del ET, debe

tenerse en cuenta que de tratarse de la reversión de bienes propia de las concesiones o contratos de servicios, en el sentido de la [LCSP<sup>79\)</sup>](#), se está ante otra figura, es decir, a mi juicio, en esos casos no se puede entender que se trata de una transmisión de una empresa o centro de actividad o trabajo, sino de la reversión de bienes a que se refiere la [LCSP](#), si bien, como se ha visto, no es la postura ni del TJUE ni del TS, siguiendo al anterior<sup>80)</sup>.

A mi juicio, sin embargo, entiendo que habría que analizar en el caso concreto en que se transfieran medios materiales, si se trata de la reversión de los arts. 291 y 312, o realmente de una transferencia de un conjunto organizado de medios para realizar una actividad en el sentido del [art. 44](#) del ET.

Todo ello conecta, de forma determinante, con otro contrato administrativo especial, cuando se trata, por ejemplo, de la explotación de una cafetería en un edificio público, o un colegio mayor. Supuestos que, por otro lado, se aproximan considerablemente al caso de la [STS de 24 de enero de 2018](#) (RJ 2018, 552), que era un contrato de servicios de restauración completa.

Y es que, en estos casos, se califica como contrato administrativo especial, precisamente porque su objeto comprende el propio de una concesión de servicios y una concesión de dominio público, al emplear en la prestación del primero dominio público de la Administración contratante, es decir, por su propia definición se trata de la prestación o explotación de un servicio a los ciudadanos, utilizando el dominio público de la Administración, en muchos casos, sus propias dependencias.

Por tanto, o no se entiende en esos supuestos que se dé la sucesión de empresa o quizás deba plantearse que ese tipo de contratos no caben, salvo en unas condiciones concretas. Me refiero a que, si la empresa contratista solo pone el personal, más en actividades donde el componente humano es determinante, quizás lo que deba hacerse es acudir a la contratación de personal.

Puesto que lo que resulta evidente es que cuando se trata de que la Administración pase a prestar un servicio que hasta ese momento tenía externalizado a través de un contrato, del tipo que sea, la regla general, salvo que una norma, convenio o acuerdo de carácter general aplicable al caso concreto fije la obligación de subrogar, es la no integración del personal de la empresa contratista en la Administración, de acuerdo con la propia [LCSP](#) y la [LPGE/2017](#).

Aunque bien es cierto que el TS viene aceptando que de darse la transmisión del conjunto organizado de medios que encaja en el [art. 44](#) del ET, se trata de una sucesión de empresa. No obstante, teniendo en cuenta la normativa aplicable ya examinada y, en particular, desde la [LPGE/2017](#), difícilmente puede darse el requisito de la transferencia de la plantilla, pues, al menos, con carácter voluntario, la Administración no puede asumirla.

### III. RECAPITULACIÓN

Aunque hay distintos problemas de tipo laboral que pueden derivar de ciertos cambios en la forma de gestión de los servicios públicos, quizás uno de los más destacados es el referente a la sucesión de empresa.

La jurisprudencia del TS ha venido reconociendo la aplicación de esta figura y, en concreto, del [art. 44](#) del ET, al sector público, cuando, a su juicio, se da el supuesto de hecho de la norma, es decir, cuando se transmite un conjunto organizado, no solo

componentes aislados, con el que se pueda realizar la acción económica propia.

En línea de principio, no parece que para la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –siguiendo la estela del TJUE–, deba darse un trato diferenciado a la cuestión en este ámbito tan particular, como es el de las Administraciones Públicas, al menos, hasta el momento, estará por ver si dicha doctrina se matiza con la aplicación de las últimas reformas.

Sin embargo, a mi juicio, cuanto menos es preciso tener en cuenta ciertas normas que prevén ésta u otras cuestiones conexas de forma particularizada para las Administraciones públicas, es el caso de las leyes de racionalización y reestructuración del sector público, el [TREBEP](#), la [LPGE/2017](#), la [LBRL](#) o, de forma muy destacada, la [LCSP](#).

Y de un examen de las mismas, cabe concluir que cuando se trata de cambios dentro de la gestión directa de la Administración, la regla general es que la integración del personal de unos entes a otros o a la propia Administración matriz, especialmente cuando se trata de personal fijo, se producirá siempre que provenga de Administraciones, por ejemplo, instrumentales, dado que el acceso a las mismas habrá estado regido por las reglas del [TREBEP](#).

Por el contrario, cuando se trata de personal de sociedades, fundaciones u otros entes del sector público que no tienen la condición de Administración y, al no haberseles aplicado el [TREBEP](#), no podrán integrarse en una Administración como empleado público de ningún tipo, sin la previa superación de las pruebas oportunas basadas en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

De otro lado, cuando se trata de la gestión indirecta de un servicio, es decir, cuando hay un contrato, si se trata de la reversión del servicio a la propia Administración, por tanto, el paso a una gestión directa, no solo la regla general es la no subrogación del personal, sino que incluso podrá exigirse responsabilidad a quienes la propicien. De tal modo, que desde que se ha establecido en 2017 esta prohibición, resulta dudoso que pueda darse uno de los requisitos básicos de la sucesión de empresa, es decir, la transmisión de la plantilla.

Bien es cierto, que se reconoce la posibilidad de que la misma se produzca porque así lo determine una norma, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, lo cual hasta el momento es excepcional.

El otro factor importante para conocer si hay una transmisión del [art. 44](#) del ET, es decir, el componente material, requiere de matizaciones, a mi juicio, cuando se trata de una concesión en la que lo que se produce es la reversión de los bienes afectos al servicio público, pues se trata de una figura propia de este ámbito que no puede confundirse, aunque el TJUE y el TS no lo vienen entendiendo de este modo.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO BLANCO, F. A., «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, febrero-marzo 2016.

ESTEVE PARDO, J., «El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, mayo 2017, págs. 4-11.

FUERTES LÓPEZ, J., «Empresas públicas y cesión de trabajadores», [Revista Aranzadi](#)

[Doctrinal, núm. 3, 2016](#) *Revista Aranzadi Doctrinal* .

GALLEGO CÓRCOLES, I., «Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios», [Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 111, 2011](#).

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el [Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero](#). Puntos críticos», *Actualidad Laboral* , núm. 9, 2012.

GIL PLANA, J., «La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público», [Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 155, 2012](#) *Revista Española de Derecho del Trabajo* .

«La subrogación empresarial en las contrataciones y subcontratas (I)», [Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 156/2010](#) *Revista Española de Derecho del Trabajo* .

GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho Comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* , núms. 58-59, febrero-marzo 2016.

LÓPEZ VILLALBA, M., «Traspaso de plantilla y patrimonio en la sucesión de empresa», [Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 919/2016](#) *Actualidad Jurídica Aranzadi* .

MARTÍNRETORTILLO, S., *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.

NAVARRO ORTEGA, A., «Resumen informativo sobre la jornada de debate “público y privado en los servicios urbanos del agua: precio, ‘remunicipalización’ y autoridad reguladora independiente”», [REDA, núm. 182, enero-marzo 2017](#) *REDA* .

«El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Revista de Información Laboral* , núm. 6, 2016.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho* , núm. 17, mayo de 2016.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos y otras medidas (re)estructuración de plantillas en el sector público* , Iustel-Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013.

«La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales», *Seminari sobre relacions col·lectives* , Federació de Municipis de Catalunya, 16 de diciembre de 2015.

ROJO TORRECILLA, E., «Remunicipalización de servicios públicos. Cómo afecta a la sucesión de empresa y a los derechos de los trabajadores. Especial atención a las reformas introducidas por la [Ley de PGE2017](#) y a la jurisprudencia del TJUE y del TS», *Aula Iuslaboralista de la UAB* ([www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es)).

ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas*. El [Real Decreto Ley 3/2012](#) , Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

SALCEDO BELTRÁN, M.<sup>a</sup> DEL C., «La aplicación de la normativa sucesoria a la subrogación parcial en la prestación de servicios», [Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 11, 2007](#) *Revista Doctrinal Aranzadi Social* .

SÁNCHEZ MORÓN, M., MARINA JALVO, B., CANTERO MARTÍNEZ, J., FUENTETAJA PASTOR, J., «Función pública». [REDA, núm. 176/2016 REDA](#) .

SEMPERE NAVARRO, A. V., «Comentario al [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores. [La sucesión de empresa \(I\)](#)», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* , Aranzadi, 2007.

SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., «Estabilidad presupuestaria y tribunales de justicia», en *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández* (Coords. [García de Enterría, Eduardo](#) y [Alonso García, Ricardo](#)), V. I, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012.

TORNOS MAS, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* , núms. 58-59, febrero-marzo 2016.

---

## NOTAS AL PIE DE PÁGINA

---

1

Así, entre otros, cabe citar a TORNOS MAS, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* , núms. 58-59, febrero-marzo 2016, págs. 32-49; GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho Comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* , núms. 58-59, febrero-marzo 2016, págs. 50-71; ESTEVE PARDO, J., «El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* , núm. 60, mayo 2017, págs. 4-11; ORTEGA BERNARDO, J., «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Revista de Información Laboral* , núm. 6, 2016; DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho* , núm. 17, mayo de 2016; o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales», *Seminari sobre relacions col·lectives* , Federació de Minicipis de Catalunya, 16 de diciembre de 2015.

2

CASTILLO BLANCO, F. A., «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* , núms. 58-59, febrero-marzo 2016, pág. 74.

3

A este respecto véanse, entre otras, las [sentencias del TJUE, de 26 de noviembre de 2015, caso](#)

[Administrador de Infraestructuras Ferroviarias \(ADIF\) contra Luis Aira Pascual y Otros \(TJCE 2015, 283\)](#); de [20 de julio de 2017, caso Luís Manuel Piscarreta Ricardo contra Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación y otros \(PROV 2017, 200816\)](#) *Luís Manuel Piscarreta Ricardo contra Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación y otros* .

---

4

Me refiero con ello a las limitaciones para recurrir a los medios propios que ha introducido la [LCSP](#) o las restricciones que en esa elección se imponen en la redacción actual de la [LBRL](#), tras la última reforma.

---

5

A este respecto resulta imprescindible la obra de MARTÍNRETORTILLO, S., *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.

---

6

Por ejemplo, apartado 34 de la [sentencia de 20 de julio de 2017, caso Luís Manuel Piscarreta Ricardo contra Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación y otros \(PROV 2017, 200816\)](#).

---

7

Como bien determina el [art. 17](#) de la LCSP, respecto a los contratos de servicios y el [art. 284.1](#) de la misma norma en cuanto a los contratos de concesión de servicios.

---

8

Así, por ejemplo, en la sentencia de ADIF, no debemos olvidar que se trata de una entidad pública empresarial que a su vez externaliza el servicio, contrata, por tanto, lo que es inherente a su propia actividad, como ponen de relieve, es decir, se trata de la actividad propia de ADIF, algo que difiere de aquellos supuestos en que hablamos de la reversión de un servicio, por ejemplo, a una entidad local, más aún si se trata de un servicio no a terceros si no para el propio funcionamiento de la Administración en cuestión. En cuanto a la citada sentencia, véase el comentario de FUERTES LÓPEZ, J., «Empresas públicas y cesión de trabajadores», [Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3, 2016](#) *Revista Aranzadi Doctrinal* . Es más, en dicha sentencia se habla de «empresa pública», cuando realmente ADIF es una entidad pública empresarial y, por ende, Administración pública.

---

9

Como puede comprobarse en sucesivas sentencias, como, por ejemplo, la de [15 de octubre de 1995](#) (TJCE 1996, 182), caso *Annette Henke contra Gemeinde Schierke y otros*, o la de [26 de septiembre de 2000](#) (TJCE 2000, 212), caso *Didier Mayeur contra Association Promotion de l'information messine (APIM)*.

---

10

Apartado 41 de la [sentencia del TJUE, de 20 de enero de 2011, caso CLECE, SA contra María Socorro Martín Valor y otros \(TJCE 2011, 4\)](#).

---

11

Aunque bien es cierto que el TS recientemente ha aceptado sin mayor problema la aplicación del [art. 44](#) del [ET](#) a un supuesto de reversión a la propia Administración de un contrato de servicios ([STS de 24 de enero de 2018 \(núm. 53/2018\)](#) (RJ 2018, 552), Sala de lo Social), no obstante, a la doctrina del citado Tribunal me referiré seguidamente al analizar el [art. 44](#) del ET y su aplicación práctica.

---

12

Así, por ejemplo, cuando se trata de reversión de un servicio a un Ayuntamiento, como es el caso del [asunto CLECE CLECE \(TJCE 2011, 4\)](#), no viene considerando que sea aplicable el [art. 1](#) de la Directiva, sobre el argumento ya indicado de que no basta con que se produzca una transferencia de la actividad, sino que debe haber una identidad en cuanto a la empresa que se trasfiere. Sin embargo, por lo que se refiere a otros supuestos en que también se trata de una reversión a la Administración, en este a un Ayuntamiento, como es el caso de la [STJUE de 29 de julio de 2010, caso Federación de Servicios Públicos de la UGT \(UGT-FSP\) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros \(TJCE 2010, 241\)](#), también respecto a la actividad de limpieza, aunque se habla de concesión de servicio público, y siendo ambos supuestos de nuestro país, no debe entenderse que el Tribunal afirme que necesariamente se produce la sucesión, y especialmente hay que tener en cuenta una diferencia fundamental entre ambos casos, dado que en el segundo de ellos es el propio Ayuntamiento el que asume voluntariamente la integración de la plantilla. Aunque a mi juicio y siguiendo la propia doctrina del TJUE, el único elemento del personal no tiene por qué dar lugar a una sucesión real de empresas, si no cabe deducirlo del conjunto de circunstancias y elementos, por mucho que la actividad se base fundamentalmente en la mano de obra, como es el caso del sector de limpieza o la atención a personas dependientes ([STS, Sala de lo Social, de 7 de junio de 2016](#) (RJ 2016, 2933), rec. 2911/2014).

---

13

Así puede leerse en el apartado 44 de la [sentencia Piscarreta Piscarreta \(JUR 2017, 200816\)](#),

tomando precisamente la doctrina sentada en otras.

---

14

En relación con este aspecto, véanse, entre otras [sentencias, las del TJCE de 18 de marzo de 1986, caso J.M.A. Spijkers contra Gebroedes Benedik Abattoir C.V. \(TJCE 1986, 65\)](#), de [11 de marzo de 1997, caso Ayse Süzen contra Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice\(TJCE 1997, 45\)](#) *Ayse Süzen contra Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice* , de [20 de noviembre de 2003, caso Carlito Abler y otros contra Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH\(TJCE 2003, 386\)](#) *Carlito Abler y otros contra Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH* , de [15 de diciembre de 2005, caso Nurten Güney-Görres y otros contra Securicor Aviation \(Germany\) Ltd y otros\(TJCE 2005, 406\)](#) *Nurten Güney-Görres y otros contra Securicor Aviation (Germany) Ltd y otros* . Y del TS, Sala de lo Social, haciéndose eco de dicha jurisprudencia, la de [18 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 4953\)](#), rec. 130/2013, sobre sucesión de empresa a través de la segregación de la actividad de transporte ferroviario de mercancías a tres empresas filiales con transmisión lícita y real de los medios humanos y materiales necesarios para desarrollar las actividades segregadas (RENFE OPERADORA).

---

15

[SSTJCE, de 10 de diciembre de 1998](#) (TJCE 1998, 308), caso Hernández Vidal y otros, de [20 noviembre 2003, caso Carlito Abler y otros contra Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH \(TJCE 2003, 386\)](#), o de [13 de septiembre de 2007](#) (TJCE 2007, 233), caso *Mohamed Jouini* , entre otras.

---

16

Así entiende la Sala de lo Social del TS, por ejemplo, en la [sentencia de 26 marzo 2014, \(RJ 2014, 2778\)](#), donde afirma que para que opere la [Directiva](#) es preciso que se den dos elementos: uno causal de la transmisión cesión contractual o fusión y otro un elemento objetivo: empresa, centro de actividad o partes de centro de actividad.

---

17

Así, puede verse ya en la TJCE de 7 de febrero de 1985, caso *Abels* , núm. 135/83.

---

18

Es evidente que entre ellos no existe relación contractual, no obstante, con la interpretación flexible y expansiva del TJUE se ha venido admitiendo este tipo de supuestos, véase, por ejemplo, lo dicho en la [sentencia de 25 de enero de 2001, caso Oy Liikenne Ab contra Pekka Liskojärvi y](#)

[otros \(TJCE 2001, 22\).](#)

---

19

[STJCE de 13 de septiembre de 2007](#) (TJCE 2007, 233), caso *Mohamed Jouini* , apartado 31. De lo que se hace eco también el TS en [sentencias como la núm. 503/2016 de 8 de junio de 2016 \(RJ 2016, 4407\)](#), rec. 224/15, asunto Banco Sabadell, SA.

---

20

[STJCE. de 10 de diciembre de 1998](#) (TJCE 1998, 308), caso *Hernández Vidal y otros* .

---

21

[Directiva](#) y [ET](#).

---

22

En palabras de SALCEDO BELTRÁN, M.<sup>a</sup> DEL C., «La aplicación de la normativa sucesoria a la subrogación parcial en la prestación de servicios», [Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 11, 2007](#) *Revista Doctrinal Aranzadi Social* .

---

23

SEMPERE NAVARRO, A. V., «Comentario al [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores. [La sucesión de empresa \(I\)](#)», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* , Aranzadi, 2007.

---

24

Es decir, lo esencial, desde este punto de vista, como bien ha indicado SEMPERE NAVARRO, A. V., «Comentario al [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores. [La sucesión de empresa \(I\)](#)», *op. cit.* , es que las variaciones en la titularidad patrimonial de la empresa dejan indemne al contrato de trabajo.

---

25

Fundamento Jurídico Quinto de la [STS de 27 de octubre de 1994, Sala de lo Social, \(RJ 1994, 8531\)](#).

---

26

A este respecto véanse algunas [sentencias como la de la Sala de lo Social del TS de 16 de julio de 2003 \(RJ 2003, 6113\)](#), donde haciéndose eco de lo dicho ya en su sentencia de 27 de octubre de 1986, afirma que para hablar de sucesión de empresa debe darse «la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales... que permite la continuidad de la actividad empresarial». O la [sentencia núm. 991/2015, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 11 de diciembre de 2015 \(AS 2016, 124\)](#).

---

27

Véase LÓPEZ VILLALBA, M., «Traspaso de plantilla y patrimonio en la sucesión de empresa», [Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 919/2016](#) *Actualidad Jurídica Aranzadi*, .

---

28

Así, en opinión de algún autor es excesiva dicha flexibilización, es el caso de SALCEDO BELTRÁN, M.ª del C., [«La aplicación de la normativa sucesoria a la subrogación parcial en la prestación de servicios»](#), *op. cit.* .

---

29

Así, recientemente, la [STS de 24 de enero de 2018 \(núm. 53/2018\)](#) (RJ 2018, 552), Sala de lo Social

---

30

Es el caso, por ejemplo, de la [sentencia del TS, Sala de lo Social, de 14 de abril de 2003](#) (RJ 2003, 5194).

---

31

Especialmente, a partir de las [sentencias de 20 \(RJ 2004, 7162\)](#) y [27 de octubre de 2004 \(RJ 2004, 7202\)](#), rec. 4424/03 y rec. 899/02, reiteradas por la de [29 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 4224\)](#), rec. 3617/06.

---

32

[STS, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2015 \(RJ 2015, 1714\)](#), rec. 358/2014.

---

33

A este respecto destaca la [STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2015 \(RJ 2015, 471\)](#), rec. 14/2015.

---

34

Así, por ejemplo, respecto a la irrelevancia de la propiedad, véase la [STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2012 \(RJ 2012, 4970\)](#), rec. 199/10, sobre el caso del Grupo PRISA.

---

35

Así, por ejemplo, recientemente, la [STS núm. 53/2018, de 24 de enero](#) (RJ 2018, 552).

---

36

Por ejemplo, [STS, Sala de lo Social, de 27 de junio de 2008](#) (RJ 2008, 4557), rec. 4773/06 o la de [29 de mayo de 2008](#) (RJ 2008, 4224), rec. 3617/06.

---

37

[STS, Sala de lo Social, de 18 de marzo de 2013](#) (RJ 2013, 6066), rec. 1810/12, entre muchas otras.

---

38

Así, por ejemplo, en cuanto a la imposición por vía convencional, propia de sectores como el de la limpieza, la recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, etc, y la obligación de información, véanse, entre otras, las [SSTS, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2014](#) (RJ 2015, 61), rec. 1054/13 o la de [31 de marzo de 2016](#) (RJ 2016, 2205), rec. 2282/14.

---

39

Por ejemplo, en cuanto a la interpretación del anterior [art. 120](#) del [TRLRSP](#), véase la [STS, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2017](#) (RJ 2017, 6009), rec. 668/16.

---

40

Véase, por ejemplo, la [sentencia núm. 644/2016 de 12 julio](#) (RJ 2016, 3391), en la que se

considera que no hay sucesión de empresa por la asunción directa por el Instituto de enseñanza del servicio de comedor, cuya actividad pasa a prestarse por personal del centro y voluntarios, sin que haya habido transmisión de plantilla ni asunción de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio.

---

41

Por ejemplo, véase la [STS, Sala de lo Social, núm. 688/2017 de 19 septiembre \(RJ 2017, 4481\)](#), rec. 2832/16, haciéndose eco de la [STJUE de 26 de septiembre de 2015, caso Administrador de Infraestructuras Ferroviarias \(ADIF\)\(TJCE 2015, 283\)](#) *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)* .

---

42

Donde realmente –y salvo que alguna norma autonómica lo establezca–, no hay leyes que contengan este tipo de previsiones, aunque, como se verá, la [LPGE para 2017](#) –aunque prevé otro tipo de supuestos si les es de aplicación.

---

43

En este caso el Alto Tribunal no aprecia inconstitucionalidad de la [Ley 1/2011, de 17 de febrero](#), de reordenación del sector público de Andalucía, dado que la misma se remite, por lo que a los procesos de integración en su caso se refiere, a un protocolo de actuación donde se determinarán los mismos, siendo dicho protocolo, en su caso, el que podrá incurrir en inconstitucionalidad si dicho procedimiento de integración resulta incompatible con los principios de mérito y capacidad, como bien explican, SÁNCHEZ MORÓN, M., MARINA JALVO, B., CANTERO MARTÍNEZ, J., FUENTETAJA PASTOR, J., «Función pública». [REDA, núm. 176/2016 REDA](#) , pág. 2.

---

44

Es el caso, por ejemplo, de la remisión que hace la [Disposición Adicional Cuarta](#) de la [Ley 1/2013, de 21 de mayo](#), de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, o la [Disposición Transitoria Cuarta](#) de la [Ley 11/2011, de 29 de diciembre](#), de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa de Cataluña.

---

45

A este respecto es clara la [Orden HAP/1816/2013](#), en su [punto octavo](#).

---

Por ejemplo, es el caso de la [Orden HAP/1816/2013](#), cuando se trata de la extinción de una Fundación y la integración de su actividad en un organismo público, en cuyo caso, de proceder a la integración del personal se realizará con la condición de «a extinguir» y sin que en ningún caso ese personal adquiera la condición de empleado público. A mi juicio, hay que recordar que empleados públicos, según el [TREBEP](#), hay de varios tipos, incluidos los indefinidos no fijos, es decir, para esta norma se trata de una condición diferente. Matiza la norma que solo puede adquirir tal condición tras superar las pruebas selectivas celebradas en su caso de acuerdo a los principios del [TREBEP](#). Y sin que pueda incrementarse en modo alguno la masa salarial de las entidades afectadas.

---

A ello alude, por ejemplo, la [Disposición Adicional Tercera](#) de la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat.

---

A este respecto la norma establece que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con la normativa de contratos, se efectuará conforme a lo dispuesto en los [artículos 51](#) y [52.c](#) del propio ET y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

---

En relación con este tema, véanse, entre otros, el trabajo de la profesora RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Despidos y otras medidas (re)estructuración de plantillas en el sector público*, Iustel-Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y PRIETO PADÍN, P., «La singularidad de las causas justificativas en los despidos colectivos en el sector público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 37, septiembre 2015; ROQUETA BUJ, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. El [Real Decreto Ley 3/2012](#)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el [Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero](#). Puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2012; o GIL PLANA, J., «La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público», [Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 155, 2012](#) *Revista Española de Derecho del Trabajo*.

---

Por ejemplo, la [Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo](#), por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal o la [Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre](#), por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público fundacional y empresarial.

---

Así, por ejemplo, en el supuesto de la [sentencia ya citada de 23 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 6420\)](#), rec. 231/13, se estima que concurren los requisitos de la sucesión de empresa al desaparecer la Agencia Pedro Laín Entralgo y asumir sus funciones la Dirección General correspondiente.

---

A este respecto, véase, entre otros, ROJO TORRECILLA, E., «Remunicipalización de servicios públicos. Cómo afecta a la sucesión de empresa y a los derechos de los trabajadores. Especial atención a las reformas introducidas por la [Ley de PGE2017](#) y a la jurisprudencia del TJUE y del TS», *Aula Iuslaboralista de la UAB* ([www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es)).

---

Además, dicha previsión se establece con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, es decir, está vigente, si bien la recientísima [Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018](#), ha suprimido el último párrafo de la [Disposición Adicional Vigésimo Sexta. Uno](#).

---

[Art. 8.](#)

---

A este respecto recuérdese que los requisitos para ser medio propio de la Administración se han endurecido considerablemente con la nueva [LCSP](#).

---

Previsión que además también tiene vigencia indefinida y que debemos entender que tiene carácter básico por cuanto la misma en su apartado cinco dice que se dicta en aplicación de la competencia que tiene el Estado en materia de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, [art. 149.1.18.ª](#). Aunque lo cierto es que a mí me surge la duda de que la responsabilidad que se regula en la citada disposición es más bien disciplinaria que de responsabilidad patrimonial.

---

57

Debe tenerse en cuenta también la supresión por la [Ley 39/2015](#) de las reclamaciones previas, sustituidas por el recurso de alzada en determinados supuestos.

---

58

En la misma línea el [art. 37.Siete](#) de la [Ley 8/2017, de 26 de diciembre](#), de Presupuestos General de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

---

59

Valga de ejemplo la [sentencia del TS de 26 de enero de 2012 \(RJ 2012, 2462\)](#), rec. 917/2011, sobre reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura empresarial y la misma plantilla de dicha empresa, lo que a juicio del TS, conlleva la aplicación del [artículo 44](#) del ET y la responsabilidad solidaria de las deudas salariales anteriores.

---

60

[Caso Federación de Servicios Públicos de la UGT \(UGT-FSP\) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros\(TJCE 2010, 241\)](#) *Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) contra Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros .*

---

61

Núm. 4710-2017, admitido a trámite por [providencia de 31 de octubre de 2017](#) (JUR 2017, 279785) (BOE de 11 de noviembre de 2017).

---

62

En efecto, en este ámbito, que es quizás en el que más problemas y dudas surgen, tanto porque es

donde con mayor facilidad encontramos servicios públicos en el concepto clásico francés, es decir, titularidad de la Administración, principalmente, al enumerar los servicios que en función de la población son obligatorios, en su [art. 26](#). Sin olvidar la importante reforma operada por la [Ley 27/2013, de 27 de diciembre](#), de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Y las dificultades que el empleo de la sociedad de economía mixta conlleva desde la perspectiva aquí estudiada.

---

63

En relación con la diferenciación entre ambos tipos contractuales, véase, entre otros, el trabajo de GALLEGO CÓRCOLES, I., «Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios»,

[Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas](#)

,

[núm. 111, 2011](#)

, págs. 56-61.

---

64

Es más, precisamente el criterio económico –que no jurídico–, del riesgo operacional, responde a ello, pues en esas concesiones al asumir el riesgo el contratista, no consolidan deuda a esos efectos. Este criterio es el empleado precisamente para saber si los contratos consolidan deuda o no por la Oficina Europea de Estadística (Eurostat). Es decir, al recurrir a un contrato de servicios se puede eludir el límite de la tasa de reposición y no se incrementa el capítulo I, pero sí se tiene en consideración a efectos de consolidación de deuda.

---

65

De [24 de enero de 2018](#) (RJ 2018, 552).

---

66

La [sentencia 8/2017](#) (AS 2017, 121), de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 21 de marzo de 2017.

---

67

O en su momento el [art. 301.4](#) del TRLCSP.

---

68

A este respecto, debe recordarse el [art. 28](#) de la LCSP, referente a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.

---

69

En particular, establece que: «Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones».

---

70

Por ejemplo, en las [sentencias de la Sala de lo Social, de 21 de abril de 2015 \(RJ 2015, 2177\)](#), rec. 91/14, o la de [19 de mayo de 2015 \(RJ 2015, 2886\)](#), rec. 358/2014.

---

71

A este respecto resulta interesante recordar que el propio TS ha admitido que, cuando el contrato nuevo que se licita reduce el volumen y el nuevo contratista ha de subrogarse, puede reducir también la plantilla, por ejemplo, en la [sentencia de la Sala de lo Social núm. 343/2017 de 21 abril \(RJ 2017, 2689\)](#), F. J. 2.

---

72

Aunque no siempre la Sala de lo Social ha sostenido lo mismo, pueden encontrarse sentencias que, en efecto, reconocen el mero carácter informativo de los Pliegos a este respecto, por ejemplo, la núm. [983/2017. 12 de diciembre de 2017](#) (RJ 2017, 6009) (rec. 668/2016), o de la Sala de lo Contencioso-administrativo núm. [87/2017 de 23 enero \(RJ 2017, 1414\)](#).

---

73

Como, por ejemplo, en la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos

Contractuales, [Resolución de 10 marzo \(PROV 2017, 156868\)](#).

---

74

A este respecto destacan las [SSTS. Sala de lo Contencioso-administrativo, de 16 de marzo de 2015 \(RJ 2015, 2098\)](#), la [sentencia núm. 1350/2016 de 8 junio \(RJ 2016, 3491\)](#), o los acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 27 de septiembre de 2017 [\(PROV 2017, 290250\)](#) y del mismo la núm. [183/2017, de 14 de junio](#) (JUR 2017, 219831).

---

75

En efecto, el [art. 98](#) de la LCSP, que lleva por título, supuestos de sucesión del contratista, se refiere a determinados supuestos en que, habiendo una sucesión en la persona del contratista, habrá que determinar qué ocurre con el contrato, es decir, si cabe la resolución o la continuación del mismo con el nuevo empresario.

---

76

Al referirse al convenio sectorial de aplicación.

---

77

Ambos tipos se encuentran en el citado [art. 115](#) del RSCL, cuando al enumerar el contenido mínimo de las cláusulas del contrato, se refiere tanto a las obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquélla, como a las obras e instalaciones de la Corporación cuyo goce se entregare al concesionario.

---

78

La ya citada [STS de 24 de enero de 2018](#) (RJ 2018, 552).

---

79

Es decir, principalmente de obras o instalaciones afectas al servicio público, que por ello pueden incluso adquirir la condición de dominio público, pero sin descartar necesariamente los bienes muebles afectos al mismo.

---

Ejemplo de ello es la ya citada  [STS de 24 de enero de 2018](#) (RJ 2018, 552).