

La contratación pública en Castilla-La Mancha. *José Antonio Moreno Molina.*

Mecanismos de externalización de servicios públicos: contrato de gestión de servicios y contrato de servicios. *Rufino Alarcón Sánchez.*

Descentralización laboral: problemas e incidencias. *María Fernanda Fernández López.*

Aspectos prácticos de la sucesión, extinción y reducción de contrata. *Ricardo Bodas Martín.*

Problemas laborales ante determinados medios de externalización: empresas multiservicios y cooperativas. *Emilio Palomo Balda.*

Efectos jurídico laborales de la externalización de servicios públicos. *Francisco Trillo Párraga.*

La reversión a la gestión pública de servicios públicos: problemas laborales. *Carlos L. Alfonso Mellado.*

EXTERNALIZACIÓN Y REVERSIÓN DE CONTRATAS EN CASTILLA-LA MANCHA

## EXTERNALIZACIÓN Y REVERSIÓN DE CONTRATAS EN CASTILLA-LA MANCHA

Joaquín Aparicio Tovar  
(Coordinador)

José Antonio Moreno Molina  
Rufino Alarcón Gallego  
María Fernanda Fernández López  
Ricardo Bodas Martín  
Emilio Palomo Balda  
Francisco Trillo Párraga  
Carlos L. Alfonso Mellado



Editorial  Bomarzo

**EXTERNALIZACIÓN Y  
REVERSIÓN DE CONTRATAS EN  
CASTILLA-LA MANCHA**

Joaquín Aparicio Tovar  
(Coordinador)

José Antonio Moreno Molina  
Rufino Alarcón Gallego  
María Fernanda Fernández López  
Ricardo Bodas Martín  
Emilio Palomo Balda  
Francisco Trillo Párraga  
Carlos L. Alfonso Mellado

Este trabajo ha sido elaborado a instancia de Comisiones Obreras de Castilla-La Mancha, enmarcado en el plan de trabajo del Consejo de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha, en su condición de órgano de diálogo social, concertación y participación entre sindicatos, organizaciones empresariales y Administración autonómica.

Primera edición: 2017

© Editorial Bomarzo S.L.  
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º  
02002 Albacete (España)  
editorialbomarzo@ono.com  
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-16608-66-9

D.L.: AB 69-2017

Diseño: Javier Hidalgo Romero.

Maquetación: Juan Gómez Rubio.

Imprime: Publicep

## ÍNDICE

PRÓLOGO .....	11
---------------	----

### LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CASTILLA-LA MANCHA.

<i>José Antonio Moreno Molina</i> .....	19
---	----

1. La decisiva legislación básica estatal sobre contratos públicos y el nuevo derecho de la Unión Europea en la materia.....	19
2. La legislación autonómica sobre contratación pública .....	26
3. Registro oficial de licitadores de Castilla-La Mancha y plataforma de contratación del sector público.....	35
4. La atribución de la competencia para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación en Castilla-La Mancha al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales .....	37
5. Medidas relacionadas con la contratación pública en la legislación autonómica de garantía de los derechos de las personas con discapacidad .....	40

### MECANISMOS DE EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATO DE SERVICIOS.

<i>Rufino Alarcón Sánchez</i> .....	43
-------------------------------------	----

1. Antecedentes y evolución normativa .....	43
2. El contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios. Regulación vigente.....	50
2.1. Contrato de gestión de servicios públicos.....	50
2.2. Contrato de servicios.....	55
2.2.1. Concepto .....	55
2.2.2. Diferencias entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios.....	56
2.2.3. Adjudicación de los contratos de servicios .....	58
2.2.4. Duración del contrato de servicios.....	58
2.2.5. Ejecución de los contratos de servicios.....	59
2.2.6. Resolución del contrato de servicios.....	59
3. Influencia del Derecho europeo en la gestión directa o indirecta de los servicios públicos en España. Las Directivas 2014/23/UE, CE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública .....	60

4. Objetivos de la reforma comunitaria .....	63
5. La crisis económica como factor revulsivo de la externalización y privatización de servicios públicos .....	64
6. La eficiencia y la calidad como excusa para externalizar servicios públicos .....	66
7. El uso desmesurado e irregular en la externalización de los servicios públicos .....	68
8. Control de la contratación pública: recursos .....	73
8.1. Recurso especial en materia de contratación (arts. 40 a 49 TRLCSP).....	73
8.2. Recurso contencioso-administrativo, ante los Juzgados y Tribunales de dicha Jurisdicción.....	78
9. Sobre la inclusión de cláusulas sociales en los pliegos de condiciones de las contrataciones de las Administraciones públicas.....	79
<b>DESCENTRALIZACIÓN LABORAL: PROBLEMAS E INCIDENCIAS.</b>	
<i>María Fernanda Fernández López</i> .....	85
<b>ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA SUCESIÓN, EXTINCIÓN Y REDUCCIÓN DE CONTRATAS.</b> <i>Ricardo Bodas Martín</i> .....	109
1. Introducción.....	109
2. La generalización de las contrataciones y subcontratas y sus razones .....	111
3. Concepto y requisitos exigidos a la contratación y subcontratación de obras y servicios .....	112
4. Las fronteras de las contrataciones y subcontratas: La cesión ilegal de trabajadores.....	113
5. La sucesión de contrataciones .....	117
6. La subrogación convencional de contrataciones y subcontratas.....	123
7. La sucesión de las contrataciones administrativas.....	127
7.1. ¿Comporta sucesión de plantillas la subrogación convencional obligada, en cuyo caso ha de aplicarse el art. 44 ET? .....	129
7.2. La insatisfactoria doctrina de la sucesión de plantillas .....	131
7.3. El carácter imperativo de la subrogación .....	132
8. Requisitos, exigidos por la Directiva y por el art. 44 ET, para que concurra sucesión de empresas.....	133
8.1. La necesaria autonomía de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva que se transmiten .....	133

8.2. La necesaria preexistencia de la empresa, el centro de trabajo, o la unidad productiva autónoma con anterioridad a su transmisión.....	136
9. La sustitución del efecto por la causa en las sucesiones de plantillas .....	138
10. Sucesión de contrata con ruptura de la continuidad .....	140
11. Extinciones de contratos y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo derivadas de la finalización o reducción de la contrata.....	142
11.1. Despido colectivo por extinción o reducción de contrata.....	142
11.2. La extinción del contrato por causas organizativas derivadas de la externalización del servicio, o por pérdida de contrata .....	145
11.3. Despidos como consecuencia de la externalización de servicios .....	146
11.4. Modificación sustancial de condiciones y reducción de contrata .....	146
12. Otros efectos de la Externalización .....	147
12.1. Externalización y excedencia .....	147
12.2. Externalización y derecho de huelga .....	147
12.3. Derecho de opción a ocupar la primera vacante reconocida en convenio.....	148

**PROBLEMAS LABORALES ANTE DETERMINADOS MEDIOS DE EXTERNALIZACIÓN: EMPRESAS MULTISERVICIOS Y COOPERATIVAS. *Emilio Palomo Balda*.....** 149

1. Las empresas multiservicios: consideraciones generales .....	149
1.1. La proliferación de las EMS y la aparición de una nueva categoría de trabajadores .....	149
1.2. Concepto, origen y función inicial de las EMS, Delimitación de otras figuras .....	154
2. Problemas laborales en las empresas multiservicios .....	157
3. Negociación colectiva .....	158
3.1. EMS sin convenio colectivo propio de empresa.....	161
3.1.1. Trabajadores ocupados en exclusiva en una actividad incardinable en un convenio colectivo sectorial .....	162
3.1.1.1. Regla general; criterio de especialidad .....	162
3.1.1.2. Incidencia de la STS 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014).....	166
3.1.1.3. Excepción a la regla general: la aplicación del convenio colectivo al que se sujeta la empresa cliente .....	168

3.1.2. Trabajadores que realizan simultáneamente dos o más actividades insertas en el ámbito funcional de aplicación de diferentes convenios sectoriales.....	170
3.1.3. Trabajadores dedicados en exclusiva a actividades sin cobertura convencional sectorial .....	171
3.2. EMS con convenio colectivo propio de empresa.....	172
3.2.1. Planteamiento general .....	172
3.2.2. La proliferación de los convenios colectivos de EMS tras la reforma laboral de 2012.....	179
3.2.3. La tendencia de los convenios colectivos de EMS a dotarse indebidamente de un ámbito estatal .....	180
3.2.4. Nuevas vías de salida.....	186
3.2.5. Características generales de los convenios colectivos de EMS.....	187
4. Problema específicos de la subrogación por y desde las empresas multiservicios .....	188
Anexo. Relación de convenios colectivos estatales de EMS firmados con posterioridad al 11-2-12.....	195

<b>EFFECTOS JURÍDICO LABORALES DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. <i>Francisco Trillo Párraga</i> .....</b>	<b>199</b>
1. Introducción.....	199
2. Algunos datos sobre el número y composición de empleados públicos.....	203
3. Motivos para externalizar servicios públicos: ¿eficacia y eficiencia? .....	207
4. La gestión indirecta de servicios públicos: el contrato de servicio y el contrato de gestión de servicios públicos .....	210
5. Efectos jurídicos laborales de la externalización de servicios públicos .....	214
5.1. Temporalidad, alta tasa de rotación, interposición en el contrato de trabajo y cesión ilegal de trabajadores.....	216
5.2. Negociación colectiva y condiciones de trabajo.....	221
6. Algunas reflexiones finales .....	224

<b>LA REVERSIÓN A LA GESTIÓN PÚBLICA DE SERVICIOS PÚBLICOS: PROBLEMAS LABORALES. <i>Carlos L. Alfonso Mellado</i> .....</b>	<b>229</b>
1. Introducción.....	229
2. Los problemas no laborales.....	232

2.1. Las cuestiones no laborales a tener en cuenta .....	232
2.2. Opciones de reversión. Análisis de los dos tipos esenciales de entidades empresariales promovidos por las Administraciones Públicas.....	236
3. Los problemas laborales. La situación de la plantilla y la subrogación en sus contratos .....	243
3.1. La doctrina general en materia de sucesión de contratos o concesiones.....	244
3.2. El problema adicional de la consolidación de los trabajadores afectados y alguna posible solución.....	252
3.3. Las condiciones laborales del personal afectado por la subrogación.....	260



## PRÓLOGO

“No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen el poder por un título cualquiera, emperadores, reyes, presidentes de la República, ministros, Parlamentos, es, no para su provecho, sino para el de los gobernados, y la idea tiene tal fuerza, que todos los ejercientes del poder la repiten a porfía, aun cuando en realidad traten de sacar el mayor beneficio posible de su situación”<sup>1</sup>. Esto lo escribió L. Duguit en 1913 y tiene mucha vigencia en estas primeras nebulosas décadas siglo XXI. La externalización de la prestación de servicios por parte de entes públicos, que de forma masiva se ha llevado a cabo a finales del siglo XX y primeros años del XXI, se ha hecho a través de muy diversas técnicas jurídicas, algunas de las cuales se estudian con extraordinario rigor en los trabajos que se ofrecen en este volumen. La externalización no siempre quiere decir privatización, pero la práctica seguida en estos últimos años mayoritariamente ha transitado por ese camino con la inspiración ideológica de la moda de la llamada “colaboración público-privada”. Una colaboración en la que el ente público paga y el privado recoge beneficios a costa de la calidad en la prestación del servicio. Se ha tratado de justificar el recurso a la gestión privatizada en la mayor eficiencia de la iniciativa privada y en el ahorro de costes, pero ambas cosas se han mostrado falsas, es una pura mistificación ideológica. En el trabajo de Carlos Alfonso Mellado se expone que según datos del Tribunal de Cuentas correspondientes a 2013 “los servicios privatizados presentan sobrecostes que van del 22% a más del 90%, respecto del servicio prestado de forma directa, con encarecimientos medios del 27% en recogida de basuras o el 71% en limpieza”, a la vez que el deterioro en la calidad de la prestación del servicio ha provocado en muchos países

---

<sup>1</sup> DUGUIT, L., *Las transformaciones del derecho público y privado*, Comares, Granada, 2007, p. 25.

europesos un aumento de la protesta de la ciudadanía. Mayor coste y menor calidad del servicio, pero pingües beneficios para los adjudicatarios del mismo.

Los recursos dinerarios y no dinerarios que los entes públicos han trasvasado a los privados han sido enormes, incluso en una región como Castilla-La Mancha. Estas transferencias se han producido en casi todos los sectores, algunos tan importantes como la educación, la sanidad o los relacionados con la seguridad lo que pone en cuestión la ideología neoliberal que reclama un debilitamiento del Estado, una menor presión fiscal y un más amplio espacio para el mercado. Es al Estado, cual teta nutricia, al que los prestadores privados de servicios acuden en busca de concesiones, contrataciones, etc... lo que se ha desarrollado en estos años es una especie de capitalismo parasitario que funciona en una relación simbiótica en la que el bien común sale perjudicado aunque no los agentes que forman aquella relación. Se entiende bien que estas operaciones hayan sido un nido de corrupción de tal calibre que justifican las palabras de Duguit traídas en el incipit de este prólogo.

La ideología neoliberal que reclama más mercado y menos Estado es en realidad, para decirlo con palabras de Ulrich Beck, una especie de analfabetismo político que trata de justificar la explotación de las personas y el saqueo de los bienes comunes en beneficio de unas élites extractivas que, sin embargo, no pueden pasar por alto que sigue teniendo plena vigencia que la legitimación del poder de los gobernantes está en que sean capaces de cumplir las obligaciones que sobre ellos pesan de garantizar ciertos servicios que resultan imprescindibles para la vida en común, de acuerdo con nuestro nivel de civilización.

En los albores del liberalismo se entendía que los servicios que debía de garantizar el Estado para asegurar la vida en común deberían limitarse a la defensa del territorio, la seguridad interior y la resolución de forma pacífica de las controversias que siempre surgen entre los ciudadanos. Es decir, mantener el ejército, la policía y los tribunales de justicia, cuerpos represivos contra los enemigos exteriores e interiores del orden establecido. Los individuos, en tanto seres autónomos e independientes, tendrían que ocuparse por sí mismos de subvenir sus necesidades mientras que el Estado debería limitarse a garantizar y no perturbar la esfera de auto-

mía personal, lo que quiere decir que el mercado se convertía en el gran dispensador de bienes y servicios necesarios para la subsistencia, naturalmente de acuerdo con la capacidad económica de cada persona. Pero la dura realidad mostraba lo artificioso y falso de tal planteamiento ideológico porque las fuerzas del individuo eran incapaces de atender las propias necesidades y cada vez se hacía más evidente que la vida colectiva implica la interdependencia social. Los individuos ni eran ni son esferas cerradas que circulan en un espacio protegido por el poder soberano del Estado. Los transportes, las comunicaciones, la educación, la atención sanitaria, la energía, por solo citar algunas actividades, demandan la intervención pública.

Antes de la aparición del Estado social y democrático de derecho se fue imponiendo la idea del servicio público como aquella “actividad cuyo cumplimiento debe de ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por se indispensable a la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”<sup>2</sup>, lo que es tanto como reconocer la insuficiencia y el fracaso del libre mercado.

El Estado Social y Democrático de Derecho en que España se constituye (art. 1.1 CE) implica el reconocimiento de los derechos sociales y el compromiso de los poderes públicos en pos de la igualdad real y la remoción de los obstáculos que “impidan o dificulten su plenitud” (art. 9.2 CE). El reconocimiento de los derechos sociales y la configuración misma del Estado como social y democrático fueron fruto de la rebelión social y política de las clases trabajadoras, que dio lugar a que hubiese una generalizada asunción por el conjunto de la sociedad del hecho evidente al que se acaba de hacer referencia de que los individuos en una sociedad cada vez más compleja, en la que se encuentran inevitablemente interconectados e interdependientes como no lo han estado nunca, y el fenómeno de la globalización acentúa, han “perdido crecientemente el control sobre la estructura y medios de su propia existencia” y, por tanto, la necesidad de “utilizar bienes y servicios sobre los que carecen de poder de ordenación y disposición direc-

---

<sup>2</sup> DUGUIT, L., *Las transformaciones...*cit, p. 28.

ta”, produce la menesterosidad social, es decir, “la inestabilidad de la existencia”<sup>3</sup> que acentúa la necesidad de la intervención del poder público, con sus poderes de supremacía, para garantizar aquellos servicios que provean a las personas seguridad ante lo azaroso de la existencia.

La Seguridad Social, incluyendo la atención sanitaria, la educación, los servicios a las personas dependientes, la política de transportes, de vivienda, de protección del medio son tareas que pesan sobre los gobernantes que están unidas a la idea de democracia y, por ello, fue necesario que los poderes públicos sacasen del mercado esas actividades para asegurar las condiciones de vida que hacen posible el goce de los derechos que constituyen la ciudadanía. En el servicio público lo que prima es la satisfacción de necesidades sociales garantizando el acceso a lo que se consideran bienes comunes a toda la población por exigencia del principio de igualdad.

Sin embargo desde finales del siglo XX estamos asistiendo a una regresión de la democracia que, entre otras cosas, se manifiesta de modo preocupante por la vuelta al mercado para la garantía de bienes y servicios esenciales para la vida de los individuos. La “revolución conservadora” que se desató en Estados Unidos y Gran Bretaña con los Gobiernos de Reagan y Thatcher generó una larga onda ideológica que, bajo el manto de una denigración de lo público y exaltación de lo privado, trajo consigo la adopción de políticas de privatización de servicios y empresas públicas. Esas políticas no se circunscribieron al mundo anglosajón, ni a los años ochenta del pasado siglo, sino que se extendieron por todo el mundo y han continuado hasta la actualidad.

España no ha sido una excepción, aunque la furia privatizadora ha tenido su apogeo en los años en los que el Gobierno ha sido ocupado por el partido de la derecha, sin que fuera una práctica desconocida por los gobiernos socialistas. Los efectos de las políticas privatizadoras ha sido muy negativos, con dramáticas consecuencias en vidas humanas, como los accidentes de ferrocarril en Gran Bretaña debidos a insuficientes inversiones en las infraestructuras privatizadas con reducción alarmante de los niveles de seguridad.

---

<sup>3</sup> GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 28.

La sanidad, la educación, el suministro de agua, y otros servicios, como la limpieza viaria o la atención domiciliaria a personas en estado de dependencia tampoco escaparon a la ola privatizadora.

En España la acentuación de las políticas privatizadoras a partir de 2008 ha encontrado una fuerte resistencia social alimentada por la evidencia del deterioro de la calidad de los servicios cuando estos han pasado a gestión por manos privadas. No es que los poderes públicos se hayan desentendido completamente de sus obligaciones de prestar servicios a la ciudadanía, sino que mediante mecanismos jurídicos de externalización han dejado que entes privados con ánimo de lucro entren en la gestión de algunos servicios esenciales como la educación o la atención sanitaria. Pero en otros casos el abandono ha sido mayor mediante lo que se ha dado en llamar la liberalización, que supuestamente abre a la libre competencia el suministro de bienes esenciales para la colectividad, es decir deja ancha vía al mercado. El suministro de bienes tan esenciales como el agua, la energía, las telecomunicaciones o las finanzas son objeto de tráfico mercantil en el que no pueden darse intercambios justos entre prestadores y usuarios de los servicios por la evidente diferencia de poder entre las partes, como el drama de la pobreza energética al que estamos asistiendo en estos últimos años pone de manifiesto. En verdad da toda la impresión de un agotamiento del capitalismo que ahora necesita asaltar bienes comunes con el secuestro en su favor de los aparatos del Estado. Una evidente degradación de la democracia.

No puede ocultarse que hay una tendencia tanto en el derecho de la Unión Europea como en el derecho internacional a la huida de la idea de servicio público para dar paso a la lógica del mercado y, así, se tiende a hablar de servicios económicos de interés general en vez de servicios públicos. El capítulo 3 del Título IV del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea está dedicado a una de las libertades fundamentales de la Unión, cual es la libre prestación de servicios. La idea de servicio con la que se opera es extraordinariamente amplia, pues para el art. 57 TFUE son servicios “las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”, y a modo de ejemplo enumera actividades de carácter industrial, mercantil,

artesanales o las propias de las profesiones liberales. La creación de un mercado de prestación de servicios sanitarios transfronterizos, por ejemplo, está creando no pocos problemas a los Sistemas Públicos de Salud.

Por otro lado, el Acuerdo General del Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio establece en su art. I. 3 de su Parte I: “b) el termino “servicios” comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales;

c) un “servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.” Es decir, una definición negativa que permite amplio espacio para la actividad mercantil de lucro según criterios eventualmente discrecionales de los Estados.

Pero más allá de la OMC un grupo de países autollamados “los buenos amigos de los servicios”, entre los que se encuentra la Unión Europea, está negociando un nuevo Acuerdo, fuera de la OMC, conocido por sus siglas en inglés TiSA en el que se incluyen aspectos tan preocupantes como la cláusula de mantenimiento de un *statu quo* de todos los servicios que hasta el momento hayan sido liberalizados, que se completaría con una llamada cláusula de trinquete, lo que significa, como ha dicho la Confederación Europea de Sindicatos, “que una vez que se abre un mercado, se bloquea automáticamente en el acuerdo quedando sujeto a una mayor liberalización en el futuro”. Con ambas cláusulas se limita poderosamente la capacidad de decisión política de los Estados que no podrán, si hay una nueva mayoría parlamentaria o una nueva y hoy no conocida situación social, responder mediante la publicación del servicio. Los tratados de nueva generación que la Unión Europea está negociando con Estados Unidos, el TTIP, y con Canadá, el CETA, este último en fase de ratificación, completan este peligroso panorama “por su contenido orientado a la influencia y control de la capacidad reguladora y la reducción de las opciones de actuación de las Administraciones públicas en los distintos niveles de gobierno”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> GUAMÁN, A. y CONESA, J., *El CETA al descubierto: Las consecuencias del Tratado entre la UE y Canadá sobre los derechos sociales*, Bomarzo, Albacete, 2016, p. 66.

*A pesar de los pesares*, como decía el bello poema de José Agustín de Goytisolo, no es cierto el eslogan del thacherismo, TINA (there is not alternative), de que no hay otra solución que el neoliberalismo. Frente al TINA se está levantando el TIA (there is alternative), como lo muestran las recientes y democráticas prácticas de tantos importantes municipios de reversión de servicios antes privatizados. Ciertamente hay dificultades, algunas, y no las menos importantes, se refieren a los aspectos laborales de las externalizaciones y su reversión, pero precisamente para ayudar a superarlas se ofrecen los excelentes trabajos que en este volumen se ofrecen.

Joaquín Aparicio Tovar

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Castilla-La Mancha*



# LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CASTILLA-LA MANCHA

*José Antonio Moreno Molina*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

## **1. LA DECISIVA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y EL NUEVO DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA MATERIA**

Las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha deben aplicar en materia de contratación pública casi de forma exclusiva la legislación básica estatal, lo que se explica principalmente por el amplio alcance de ésta, que transpone en buena parte normas de Derecho de la Unión Europea, y que deja poco ámbito de desarrollo normativo a la legislación autonómica de desarrollo.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), constituye, dado su carácter básico<sup>1</sup>, la principal norma reguladora de la contratación a realizar por las distintas Administraciones públicas en España<sup>2</sup> y en buena parte de su texto, sobre todo en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, incorpora al Derecho español las disposiciones de

---

<sup>1</sup> La disposición final segunda del TRLCSP declara que los artículos de la Ley “constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos administrativos y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas”.

<sup>2</sup> También constituye legislación básica sobre contratos públicos la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (conocida en la jerga comunitaria como Directiva de contratos en los “sectores excluidos”, “especiales” o “de interés general”), y la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, mediante la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/81/CE.

la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y de la Directiva 89/665 en materia de recursos, con las modificaciones que en la misma introdujo la Directiva 2007/66/CE<sup>3</sup>.

Pero la Unión Europea ha aprobado unas nuevas directivas en la materia. Se trata de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que ha derogado a la Directiva 2004/18/CE; la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sin precedente en la normativa europea; la Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Las nuevas Directivas pretenden revisar y modernizar la legislación vigente sobre contratación pública. Tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> En general, en relación con el Derecho europeo de los contratos públicos, puede consultarse GIMENO FELIU, J.M., "El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia". Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2014 y CHINCHILLA MARÍN, C.: "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas", en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33 y ss.

<sup>4</sup> Véase PERNÁS GARCÍA, J., "El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales", en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 299-323.

La exposición de motivos de la Directiva 2014/24 resalta que ninguna disposición de la norma europea obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la propia Directiva, ni afecta la misma a la legislación en materia de seguridad social de los Estados miembros.

También recuerda que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. La Directiva debe entenderse sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales, regionales y locales de establecer, encargar y financiar servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el Protocolo nº 26 sobre los servicios de interés general anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE).

El Estado español tenía la obligación de transponer las Directivas 2014/23, 24 y 25 antes del 16 de abril de 2016 (para la trasposición de la Directiva 2014/55/UE tiene un plazo mayor, que se extiende hasta el 27 de noviembre de 2018). En este sentido, se encuentra en la actualidad en tramitación parlamentaria el proyecto de nueva ley de contratos del sector público, cuya remisión a las Cortes fue aprobada por el Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2016<sup>5</sup>.

Mientras tanto, la Unión Europea está apremiando para su aprobación y la Comisión envió al Estado español el 8 de diciembre de 2016 un dictamen motivado instándole a que incorpore en el Derecho nacional las tres directivas nuevas en materia de contratación pública y concesiones (las citadas Directivas 2014/23/CE, 2014/24/CE y 2014/25/CE).

Finalizado el plazo de trasposición del que disponían los Estados miembros de la Unión, hay que tener en cuenta que muchas previsiones de las nuevas directivas deben considerarse ya operativas en nuestro ordenamiento nacional al tratarse de la positivación de

<sup>5</sup> El proyecto de ley está publicado en el BOCG nº A-2-1, de 2 de diciembre de 2016, p. 1.

la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o al ser reglas que ya estaban vigentes al estar contenidas en la anterior generación de normas europeas sobre contratación pública y en su trasposición en España. Y aparte de ello, las previsiones de las mismas de carácter imperativo resultan de aplicación inmediata en virtud del principio del efecto directo del Derecho europeo<sup>6</sup>, que permite a los particulares invocar directamente el Derecho europeo ante los tribunales, independientemente de que existan normas en el Derecho nacional<sup>7</sup>.

Algunas de las medidas sobre publicidad contractual que introduce el proyecto de nueva ley de contratos, han sido recogidas por la Resolución de 19 de diciembre de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre, por el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada. Se establece así el deber de publicar anuncios para la licitación mediante procedimiento negociado de contratos que el TRLCSP considera como no sujetos a publicidad (cuyo valor estimado sea igual o inferior a 200.000 euros si se trata de contratos de obras y 60.000 euros si se trata de otros

---

<sup>6</sup> El principio fue reconocido por el TJUE en su clásica sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, asunto 26/1962.

Acerca del mismo y su aplicación a la Directiva 2014/24 resulta de interés el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente).

<sup>7</sup> En este sentido, deben destacarse los pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de los tribunales administrativos de recursos contractuales: por una parte, la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública y la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nuevas directivas de contratación pública; y por otra parte, los tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública han publicado un documento de estudio presentado y aprobado en la reunión de Madrid del 1 de marzo de 2016, con el título «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público», en el que se analiza el posible efecto directo de cada uno de los artículos de las Directivas 2014/24 sobre contratación pública y 2014/23 sobre adjudicación de contratos de concesión.

contratos), así como para la licitación de contratos por parte de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, cuando su cuantía, con exclusión del IVA o impuesto equivalente, sea superior a los 50.000 euros si se trata de contratos de obras o a los 18.000 euros en el resto de los contratos. La citada Resolución establece la obligatoriedad de fijar un plazo mínimo de recepción de ofertas en estos supuestos no inferior a siete días.

Se trata de esta forma de cumplir con la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, “por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo”, que concedía un plazo hasta el 15 de octubre de 2016 para que España adoptase medidas efectivas para reforzar su marco presupuestario y su política de contratación pública.

En Castilla-La Mancha, ha recogido obligaciones de información sobre contratación pública el artículo 16 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno.

Para la trasposición del nuevo Derecho de la Unión Europea, el Gobierno de Navarra ha elaborado un Anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos, que abrió a información pública en su portal de transparencia para la participación de la ciudadanía y de cualquier colectivo interesado hasta el 15 de enero de 2017 y en Cataluña se aprobó el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública<sup>8</sup>.

El TRLCSP, de acuerdo con el título competencial del Estado en la materia (artículo 149.1.18 CE), recoge un común denominador sustantivo aplicable a la contratación a celebrar por las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades

---

<sup>8</sup> El 28 de diciembre de 2016, la Dirección General de Contratación Pública del Departamento de Asuntos y Relaciones Institucionales y Exteriores y Transparencia, hizo pública en su página web una nota, con motivo de las diversas consultas recibidas sobre la interpretación y la aplicación de las medidas de gestión eficiente en la tramitación de los contratos y con la finalidad de unificar criterios y coordinar la actuación de las diferentes unidades de contratación (puede verse en [http://exteriors.gencat.cat/web/ca/ambits-dactuacio/contractacio-publica/direccio-general-de-contractacio-publica-/content/osacp/regulacio\\_i\\_criteris\\_contractacio/informes/nota-mesures-gestio-eficient.pdf](http://exteriors.gencat.cat/web/ca/ambits-dactuacio/contractacio-publica/direccio-general-de-contractacio-publica-/content/osacp/regulacio_i_criteris_contractacio/informes/nota-mesures-gestio-eficient.pdf), fecha de consulta 7 de febrero de 2017).

Locales, así como por los Organismos autónomos y las Entidades de Derecho público dependientes de las mismas<sup>9</sup>.

Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, en sus sentencias 141/1993, de 22 de abril (FJ 5), y 162/2009 (FJ 4), la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas.

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el alcance de lo básico en materia de contratación en el dictamen 514/2006 relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Para el máximo órgano consultivo, el artículo 149.1.18ª de la Constitución “expresa el designio constitucional de que, en lo básico, un mismo sistema contractual rija para todas las Administraciones públicas” y pretende establecer “un sistema común de contratación, sin que el dato diferencial subjetivo lleve a sistemas distintos de contratación”.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), incorporó en el Derecho español de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho de la Unión Europea y que sin embargo la legislación nacional se resistía a asumir plenamente. Así se explica que la LCSP, y ahora el TRLCSP, defina en su troncal artículo 1 su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Frente a la tradición española, extendida hasta el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), que resaltaba como objetivo fundamental de la normativa en la materia la garantía de los intereses públicos dentro del contrato, con una legislación basada en la figura del contrato admi-

<sup>9</sup> Véase GALLEGO CÓRCOLES, I., “La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Anuario de Derecho Municipal 2010*, Madrid, 2011, p. 133 a 166.

nistrativo y defensora de las prerrogativas públicas en los mismos, el TRLCSP se apoya directamente en el Derecho comunitario de la contratación pública y antepone a todos los demás objetivos asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada<sup>10</sup>.

De acuerdo con el citado artículo 1 del TRLCSP, junto a la garantía de la igualdad, publicidad y transparencia, son objetivos de la norma “asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

En la sentencia 84/2015, de 30 de abril, el Tribunal Constitucional subraya al referirse al artículo 1 del TRLCSP que “estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar; de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones [SSTC 141/1993, de 22 de abril, FFJJ 5 y 6 b); 56/2014, de 10 de abril, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos” (FJ 5). Para el alto Tribunal estos principios son materialmente básicos y también lo son formalmente pues así lo establece la disposición final segunda apartado tercero TRLCSP. A ellos deben obedecer “todas y cada una de las reglas del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En concreto, las que disciplinan la capacidad de contratar y la solvencia de los empresarios, así como las que rigen la elección de la oferta económicamente más ventajosa. Y conforme a ellos deben ser interpretadas” (FJ 6).

Tienen asimismo carácter básico el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que ha sido modificado por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, y que aplicable en sólo en todo lo que no contradiga al TRLCSP.

<sup>10</sup> Véase PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant, Valencia, 2008, pp. 438 y ss. y MEILÁN GIL, J.L. (2008), *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, pp. 93 y ss.

Por otra parte, hay que tener en cuenta el Convenio de colaboración del Estado con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre diversas actuaciones de coordinación en materia de contratación pública en relación con la Plataforma de Contratación del Sector Público y los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas, publicado por medio de la Resolución de 9 de marzo de 2015, de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

## **2. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

En desarrollo de la LCSP y el TRLCSP, las principales disposiciones aprobadas en Castilla-La Mancha en la materia han sido la Ley 3/2016, de 5 de mayo, de Medidas Administrativas y Tributarias, que crea la Oficina de Contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; el Decreto 294/2011, de 10 de noviembre, por el que se adoptan medidas y se establecen los órganos competentes para la racionalización técnica en materia de contratación para la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos (que fue modificado por el Decreto 115/2014, de 27 de noviembre de 2014); el Decreto 54/2011, de 17 de mayo de 2011, por el que se regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y de mejora de la transparencia en la contratación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno, que recoge obligaciones de información sobre contratación pública.

Con la Ley 3/2016, de 5 de mayo, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha, nace la Oficina de Contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como órgano técnico especializado en materia de contratación, adscrito a la consejería de Hacienda, con la que se pretende potenciar la transparencia en materia de contratación pública y reducir así el riesgo de posibles prácticas contrarias a la ética y al ordenamiento jurídico en este ámbito. La norma impulsa una especialización en las relaciones entre la Administración y sus proveedores de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y establece la dependencia orgánica y funcional de los servicios y unidades de contratación. Además de recordar que debe ajustarse a los principios de igualdad, transpa-

rencia, no discriminación y eficiencia en el gasto, se anticipa que sus instrucciones ponderarán la consecución de objetivos sociales, la protección del medio ambiente y el fomento de la innovación, cuando estén relacionadas con el objeto de los contratos y supongan directa o indirectamente una ventaja económica (arts. 2 y 3).

Los Decretos 54 y 294/2011 se dictaron en ejercicio de las competencias de autoorganización y de regulación del procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia atribuidas por el artículo 31.1.1ª y 28ª y por el artículo 39.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, y el Decreto 54/2011 además en el marco de lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos y en el Decreto 12/2010, de 16 de marzo, por el que se regula la Utilización de Medios Electrónicos en la Actividad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Asimismo, el Decreto 122/2011, de 7 julio, de estructura orgánica y competencias de la Consejería de Economía y Hacienda, en la redacción dada por el Decreto 267/2011, de 8 de septiembre, atribuye a dicha consejería de Economía y Hacienda en su artículo 1 letra j) el desarrollo normativo y la coordinación en materia de contratación administrativa del sector público regional. Este mismo Decreto, en su artículo 5 apartado 2.3.a) atribuye a la Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, la formulación de las propuestas de normas relativas a la contratación pública que sean competencia de la Comunidad Autónoma, así como la coordinación, ordenación de los procedimientos y normalización de los documentos en materia de contratación pública.

En este sentido, la Resolución de 27 de abril de 2012, de la Secretaría General, ordena la publicación de los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares para la contratación mediante procedimiento abierto de la ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de suministros, en el ámbito de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos.

El Decreto 294/2011 aborda la contratación centralizada para la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, en el marco de actuación establecido

por el Título II del Libro III del TRLCSP, cuyo artículo 194 dispone que para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados.

La Orden de 8 de julio de 2016, de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas, declara nuevas categorías de contratos atribuidas a servicios especializados.

Los suministros y servicios de uso general por los órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, y de características esencialmente homogéneas, podrán ser contratados centralizadamente a través de la Consejería de Economía y Hacienda o de los servicios especializados, regulados en el citado Decreto, que crea la Comisión Regional de Contratación como órgano colegiado adscrito a la Consejería de Economía y Hacienda que ejerce funciones de carácter consultivo y de asesoramiento en materia de contratación centralizada, e interviene como Mesa de Contratación en la celebración de acuerdos marco y procedimientos de adjudicación de los contratos previstos en el Decreto.

En el apartado de contratación centralizada del Portal de Contratación de la JCCM (<http://contratacion.castillalamancha.es/contratacion-centralizada>, fecha de consulta 6 de febrero de 2017), se recoge información sobre los contratos centralizados y acuerdos marco celebrados, en especial sobre los bienes o servicios homologados, los precios de homologación y la identificación de las empresas adjudicatarias de los mismos.

Sin embargo, en el artículo 11 del Decreto 294/2011, cuando se prevé la adhesión a sistemas de contratación centralizada, no se contempla, de forma criticable, a las Entidades locales de la región. En efecto, el precepto sólo establece en su apartado 1 que “la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos podrán adherirse a sistemas externos de contratación centralizada del Estado o de otras comunidades autónomas. Dicha adhesión podrá efectuarse para la totalidad de los suministros o servicios incluidos en los sistemas externos de contratación centralizada, o bien para determinadas categorías de

los mismos”, mientras que en el apartado 3 dispone que “podrán adherirse al sistema de contratación centralizada del presente Decreto los órganos, entidades públicas, empresas y fundaciones públicas regionales que integran el sector público regional definido en el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, previa solicitud dirigida al Consejero de Economía y Hacienda, quien resolverá sobre su adhesión”.

Pues bien, el artículo 4 del Decreto Legislativo 1/2002, en la redacción dada por la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de Reordenación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, al identificar el sector público regional integra en el mismo, de acuerdo con su apartado 1, a “los órganos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha regulados en el Estatuto de Autonomía y los vinculados o dependientes de éstos; la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos y entidades públicas dependientes; y las empresas y fundaciones públicas regionales”. Esto es, no considera dentro del mismo a las Administraciones locales de Castilla-la Mancha.

En el mismo sentido, el Decreto 54/2011, cuyo objeto fijado por su artículo 1 es “la regulación del uso de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública, así como del Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha y del Registro de Contratos del Sector Público de Castilla-La Mancha, y la mejora de la transparencia en la gestión de la contratación del sector público regional”, al fijar su ámbito de aplicación en el artículo 2 lo ciñe “al sector público regional, definido en el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre”.

El artículo 3.2 del Decreto 54/2011 habilita a la Consejería de Hacienda para imponer la tramitación electrónica, total o parcial, de los procedimientos de contratación, sin que, en ningún caso, la utilización de los medios electrónicos pueda ser causa de restricción o discriminación a los licitadores<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Sobre la utilización de medios electrónicos en la contratación pública puede verse, en general, MORENO MOLINA, J.A.; PUNZÓN MORALEDA, J; PUERTA SEGUIDO, F. y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *Contratos Públicos y Nuevas Tecnologías*, Temis, Bogotá (Colombia), 2015.

Por su parte, el artículo 4 de dicha norma regula el sistema integral de gestión y tramitación de los contratos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de su sector público, y deberá incluir, entre otros servicios, un gestor de expedientes de contratación y un procedimiento de licitación electrónica.

La Orden de la Consejería de Hacienda, de 14 de febrero del 2013, estableció un sistema de codificación de contratos para la Administración de la Junta y sus organismos autónomos.

Un importante paso para la contratación pública electrónica fue la implantación de un gestor electrónico de expedientes de contratación en todos los órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que aprobó la Orden de 22 de octubre de 2013, de la Consejería de Hacienda, posteriormente modificada por la Orden de 14 de enero de 2014.

A su vez, la Orden de 22 de octubre de 2013, de la Consejería de Hacienda, estableció el sistema de codificación de contratos para la Administración de la Junta y sus organismos autónomos, y se adaptó al gestor electrónico de expedientes de contratación, que exigía una normalización de los procedimientos y nomenclaturas y sistemas de codificación de contratos comunes para lograr una identificación clara y eficaz de todos los procedimientos y expedientes administrativos de contratación, y de sus órganos responsables.

Por otra parte, entre las disposiciones autonómicas que afectan a la contratación pública también se encuentra la Resolución de 22 de noviembre de 2010, de la Intervención General, por la que se establece la obligatoriedad de la facturación electrónica, pero también referida únicamente a los contratos de la Administración de la Junta de Comunidades.

La Resolución se acordó de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional de la Orden de 1 de septiembre de 2010, de la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda, por la que se regula la expedición de facturas por medios electrónicos cuando el destinatario de las mismas sea la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus Organismos Públicos vinculados y dependientes, y atendiendo al cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 6 del artículo 27 de Ley 11/2007,

de 22 junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y el apartado 1 del artículo 19 del Decreto 12/2010, de 16 de marzo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos en la actividad de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

De acuerdo con la misma, los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Comunidades y sus organismos públicos dependientes tienen la obligación de contemplar la facturación electrónica en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos típicos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como los contratos privados, a través del servicio de facturación electrónica que se encuentra disponible en la página web de la Intervención General, <http://pagina.jccm.es/economia/intervencion/>, en la sede electrónica de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha [www.jccm.es](http://www.jccm.es).

En relación con estos pliegos, la Resolución de 17 de mayo de 2011, de la Secretaría General, ordena la publicación del acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el modelo de pliego de cláusulas administrativa particulares relativo al contrato de obras, procedimiento abierto, a aplicar en el ámbito de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes que tengan la consideración de Administraciones Públicas.

Por su parte, la Resolución de 7 de mayo de 2011, de la Secretaría General, ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares relativo al contrato de suministro, procedimiento abierto.

La Disposición adicional trigésima tercera del TRLCSP, introducida por el nº 5 de la Disposición final séptima de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, establece que en los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos que se aprueben a partir de la entrada en vigor de dicha disposición, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competen-

cias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.

Posteriormente, la Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo en su Disposición adicional tercera establece la obligación añadida de que la citada identificación en las facturas se realice conforme a la codificación establecida en el directorio DIR3 de unidades administrativas comunes, gestionado por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

El directorio DIR3 responde a la obligación contenida en el artículo 9 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la administración electrónica, conforme al cual las Administraciones públicas mantendrán una relación actualizada de sus órganos administrativos, y oficinas de registro y atención al ciudadano, y sus relaciones entre ellos, debiendo dichos órganos y oficinas codificarse de forma unívoca, y esta codificación difundirse entre las Administraciones públicas.

Pues bien, la Resolución de 20/08/2014, de la Intervención General de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, da publicidad a la relación de centros competentes en la tramitación de facturas de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos y empresas públicas, vinculados o dependientes así como los códigos DIR3 correspondientes a los mismos.

Pero también merecen ser resaltadas por su importancia la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, que establece en su artículo 16 las obligaciones de información sobre contratación pública (entre las que incluye a los contratos adjudicados mediante el procedimiento negociado sin publicidad, respecto de los que la información debe desglosarse diferenciando los datos para cada uno de los supuestos tasados que posibilitan la utilización de dicho procedimiento y el porcentaje que representan respecto de la totalidad de los contratos adjudicados) y en el 17 la información sobre convenios, encomiendas y encargos; así como la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres, cuyo artículo 38 prevé medidas en relación con la contratación pública al establecer que con el fin de

“promover la efectiva igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, a través de sus órganos de contratación, podrá establecer condiciones especiales de ejecución de los contratos que celebre, relacionadas con la empleabilidad de mujeres, respetando la legislación vigente y el acervo comunitario”<sup>12</sup>.

Como destaca GIMENO FELIÚ<sup>13</sup>, si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, también lo está, y así lo está impulsando decididamente la Unión Europea<sup>14</sup>, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales.

<sup>12</sup> A nivel estatal, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone en su artículo 33 que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, “podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público”.

Por su parte, el artículo 34 de la L.O. 3/2007, referido a los contratos de la Administración General del Estado, prevé que “anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. En el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones”.

<sup>13</sup> GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006, p. 47.

<sup>14</sup> La Directiva 2014/24/UE tiene entre sus objetivos principales permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Entre la jurisprudencia del TJUE destaca la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, asunto C-513/99, Rec. p. I-7213 (realiza un comentario de esta sentencia, MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L., “Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 18 (2003), pp. 34 y ss.).

Véase también AAVV (dir. PERNAS, J.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013; GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la*

Así, el Consejo de Gobierno determinará anualmente los contratos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones especiales de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, pudiendo establecer, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, hayan adoptado medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, a lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, lo establecido en la legislación de contratos del sector público”.

En este sentido, debe destacarse la Resolución de 13 de diciembre de 2011, de la Secretaría General, por la que se dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 10 de noviembre de 2011, sobre criterios de adjudicación de los contratos administrativos de obras, suministros y servicios en el ámbito de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. El acuerdo modifica parcialmente los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares relativos a los contratos de obras y suministros, procedimiento abierto, a aplicar en el ámbito de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos

---

*Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 21 y ss.; MEDINA ARNÁIZ, T.: “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, pp. 56 y ss.; BERNAL BLAY, M. Á.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico sobre el Derecho de los contratos del Sector Público, 2008, pp. 211 y ss.; y GALLEGO CÓRCOLES, I.: “Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 133, noviembre 2011, pp. 64 y ss.

autónomos y entidades de Derecho Público dependientes que tengan la consideración de Administraciones Públicas, aprobados por acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de mayo de 2011.

### **3. REGISTRO OFICIAL DE LICITADORES DE CASTILLA-LA MANCHA Y PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO**

El Decreto 54/2011, de 17 de mayo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y de mejora de la transparencia en la contratación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, regula en su artículo 11 el Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha, que adscrito a la Consejería competente en materia de hacienda, “tiene carácter público y se gestionará en soporte electrónico, para facilitar la concurrencia y agilizar la tramitación de los procedimientos de contratación del sector público regional y de las entidades locales de Castilla-La Mancha y su sector público dependiente”.

En el Registro podrán ser inscritos, como licitadores, todas aquellas personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras que tengan capacidad para contratar con el sector público definido en el artículo 3 del TRLCSP<sup>15</sup>. La inscripción en el registro tiene carácter facultativo, salvo en el supuesto de licitación electrónica recogido en el artículo 5, en el que tendrá carácter obligatorio. También será obligatoria la inscripción de oficio de las empresas incursas en las prohibiciones de contratar en los casos especificados en el apartado 4 del artículo 61 del TRLCSP, cuando su declaración corresponda a la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha o a las entidades locales de la región.

La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores de Castilla-La Mancha acreditará en los procedimientos de contratación, salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y finan-

<sup>15</sup> El Decreto 54/2011 derogó el Decreto 214/2001, de 18 diciembre, por el que se creó el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha así como el Decreto 33/2006, de 28 marzo por el que se regula el Registro Electrónico de Contratos del sector público regional de Castilla-La Mancha.

ciera, clasificación, así como la concurrencia de prohibiciones de contratar.

La Resolución de 9 de marzo de 2015, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, publica el Convenio de colaboración con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre diversas actuaciones de coordinación en materia de contratación pública, y recoge medidas de unificación y coordinación relacionadas con la Plataforma de Contratación del Sector Público y los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas.

Se pretende utilizar y difundir la Plataforma de Contratación del Sector Público como soporte a los perfiles de contratante de cualquier órgano de contratación con independencia de la Administración de que dependa, así como para dar publicidad a través de Internet de las convocatorias de licitaciones y sus resultados, y cuanta información adicional se considere relevante respecto a los contratos que se celebren, facilitando así mismo, las comunicaciones entre el órgano de contratación y los licitadores y abarcando otros trámites de la contratación administrativa, que agilicen y faciliten la tramitación, tanto a los órganos gestores del sector público como a los contratistas.

En cumplimiento de la disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, el Convenio y los similares que han firmado casi todas las CCAA, articulan la coordinación de la Plataforma de Contratación del Sector Público, para unificar la publicación de las convocatorias de licitaciones de todas las entidades pertenecientes al Sector Público, y sus resultados en un mismo sistema de información que ofrezca a través de internet toda la información de forma accesible a las empresas y ciudadanos.

En relación con el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, el convenio tiene por objeto coordinar y consolidar en un único Registro toda la información actual y futura relativa a empresarios y demás operadores económicos, tanto la inscrita o susceptible de inscripción en el ROLECE como la inscrita o susceptible de inscripción en los registros de licitadores autonómicos, manteniendo invariables las competencias de las respectivas Administraciones respecto de la tramitación y resolución de los ex-

pedientes de inscripción registral, pero otorgando los mismos efectos y eficacia plenos frente a todos los órganos de contratación del Sector Público a los asientos practicados en el Registro por ambas Administraciones.

#### **4. LA ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES**

El Convenio suscrito el 15 de octubre de 2012 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE el día 2 de noviembre de 2012), atribuye la competencia de resolución del recurso especial en materia de contratación al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales<sup>16</sup>. La Resolución de 2 de febrero de 2016, de la Subsecretaría (BOE de 11 de febrero de 2016), publica la prórroga tácita del Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre atribución de la competencia de recursos contractuales.

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, pretendió adecuar el ordenamiento español a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica sustancialmente las anteriores Directivas comunitarias 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del sector público, como con respecto a los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Como una de sus principales novedades, la Ley 34/2010 decidió introducir el “régimen especial de revisión de decisiones en materia

---

<sup>16</sup> La Resolución de 5 de noviembre de 2015, de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas, da publicidad a la prórroga del convenio de colaboración suscrito el 15 de octubre de 2012, entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos” en el nuevo Libro VI de la LCSP. Sin embargo, el TRLCSP recoge estas disposiciones en el Libro I, como Capítulo VI de su Título I (Disposiciones generales sobre la contratación del sector público), artículos 40 a 50.

La Ley 34/2010 previó que en el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación corresponda al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda.

El Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que implanta la tramitación electrónica en todo el procedimiento del recurso para garantizar la máxima agilidad en su resolución.

El Reglamento desarrolla y complementa el TRLCSP, precisando unas normas organizativas y procedimentales aplicables tanto al tribunal estatal como a los autonómicos.

Por su parte, las Comunidades Autónomas tienen la opción de crear un órgano propio para resolver los recursos que se planteen en sus propios procesos de contratación, o encomendar la resolución de los mismos al Tribunal Administrativo Central, a cuyo efecto deben celebrar un convenio con la Administración General del Estado, “en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias” (párrafo 4 del apartado 2 del artículo 41 del TRLCSP).

El citado Real Decreto 814/2015, también lleva a cabo el desarrollo reglamentario de la normativa reguladora de estos convenios mediante los cuales varias Comunidades Autónomas han encargado al Tribunal Central la resolución de los recursos de su ámbito autonómico.

Varias Comunidades Autónomas han creado su propio Tribunal, a saber: Cataluña (que se adelantó incluso a la aprobación de la Ley 34/2010, al aprobar la Ley catalana 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, disposición adicional cuarta. La

Ley catalana 7/2011, de 27 de julio, de Medidas Fiscales y Financieras, en su disposición adicional cuarta creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, pero con posterioridad el Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y su funcionamiento), Madrid (Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, art. 3), Castilla y León (Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de Creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León, disposición final séptima y Ley 1/2012, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras), País Vasco (Ley 5/2010, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, disposición adicional octava -el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi se crea inicialmente con el carácter de unipersonal-), Cantabria (Ley 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico, disposición adicional primera, aunque esta Comunidad finalmente ha firmado un Convenio con el Estado, Resolución de 5 de diciembre de 2012, para atribuir la competencia de resolución del recurso especial al TACRC); Aragón (Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público, que crea el denominado Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón), Andalucía (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta), Canarias (Decreto 10/2015, de 12 de febrero, que crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias), Galicia (la Ley 1/2015, de 1 de abril de 2015, de garantía de calidad de servicios públicos y de buena administración, crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Xunta de Galicia. En su disposición final segunda la norma modifica la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico. La Resolución de 12 de noviembre de 2013, de la Subsecretaría, había publicado anteriormente el Convenio de colaboración del Estado

con la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales) y Extremadura (Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, que crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura a través de la Disposición final segunda).

## **5. MEDIDAS RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

La Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, establece en su artículo 50 unas importantes medidas vinculadas a la contratación pública.

Prevé en este sentido que las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha, en el marco de la legislación de contratos del sector público, fomentarán las iniciativas que comporten la generación y el mantenimiento de empleo para las personas con discapacidad.

Con el fin de promover la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral y la inclusión laboral de las personas con discapacidad, los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de la Administración autonómica cuyo objeto esté relacionado con el ámbito de la atención a las personas con discapacidad o que les afecten, incluirán, al menos, las siguientes cláusulas:

“a) En caso de empate en la valoración final de las proposiciones presentadas por los licitadores, la adjudicación se efectuará a la empresa o entidad que acredite tener en su plantilla, en el momento de presentación de proposiciones, un porcentaje mayor de trabajadores con discapacidad.

b) Condiciones especiales de ejecución que favorezcan la inclusión laboral de las personas con discapacidad”.

En los supuestos de adquisición de productos y servicios tecnológicos de información y comunicación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluirán cláusulas que garanticen que los productos o servicios son accesibles también para las personas con discapacidad.

Por su parte, el artículo 51 de la citada Ley 7/2014 impulsa la adopción de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública, como medio de contribuir a la finalidad social de promover la inclusión laboral de personas con discapacidad.

También debe destacarse la reserva de contratos a centros especiales de empleo.

El apartado 1 del artículo 52 de la Ley establece que la Administración regional y sus organismos autónomos reservarán la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos de servicios, suministros y gestión de servicios públicos a centros especiales de empleo, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En todo caso, será necesario que los contratos reservados se adecuen al objeto social y a las peculiaridades de estas entidades.

Si varios centros especiales de empleo licitadores hubieran empatado en cuanto a la proposición más ventajosa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el centro especial de empleo licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores indefinidos con discapacidad en su plantilla.

El porcentaje de esta reserva se calculará tomando como referencia el presupuesto destinado a la contratación de servicios, suministros y gestión de servicios públicos adecuados a las peculiaridades de estas entidades, y será de un mínimo de un 6 por ciento. Anualmente, la Ley de Presupuestos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha fijará el porcentaje de esta reserva.

Cuando tras haberse seguido un procedimiento de un contrato reservado, no se haya presentado ninguna proposición o esta no sea adecuada, se podrá licitar de nuevo el contrato sin efectuar la reserva inicialmente prevista, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones esenciales del contrato.



# MECANISMOS DE EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATO DE SERVICIOS

*Rufino Alarcón Sánchez*

Abogado

## 1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

La materia de contratación se contemplaba, en sus albores, como fundamentalmente civil y sometida al Derecho común. Sin embargo, la presencia cada vez más intensa de la Administración central, provincial o local, en la ejecución de obra y en la prestación de servicios, fomentó que se perfilaran con mayor precisión los elementos o criterios diferenciadores entre contratos civiles y contratos administrativos.

Las posiciones doctrinales y la jurisprudencia fueron estableciendo los elementos contractuales relevantes en orden a la distinción entre la contratación administrativa y la civil o mercantil, utilizando como criterio dominante el del objeto o contenido de los contratos. Se impuso el criterio jurisprudencial que declaró como administrativos aquellos contratos que afectaran al “servicio público”, tomada esta expresión en el sentido amplio de intereses públicos o comunes a cuya satisfacción tienda, de algún modo, la relación contractual de que se trate (STS, 5 mayo, 27 junio, 14 octubre, 2 diciembre 1977; 17 noviembre 1978; 9, 21 febrero y 11 abril 1979).

Con mayor precisión la jurisprudencia estableció que para deslindar si un contrato tenía naturaleza administrativa o civil, había que puntualizar *su objeto y finalidad*, y de modo fundamental y decisivo si la relación contractual tenía por objeto inmediato y directo la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público –STS, 5 y 23 febrero 1951; 26 mayo 1953; 23 mayo 1956; 22 enero 1975...– pues sería en este caso cuando el contrato tuviese naturaleza administrativa.

El legislador español, tras la promulgación de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963, de la que se dijo construyó con fortuna un sistema de directrices generales en materia de contratación administrativa, traducido después en normas positivas al aprobarse el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril –en adelante Ley de Contratos del Estado– definió (art. 1) el contrato de gestión de servicios en los siguientes términos “Los contratos que tengan por objeto directo la ejecución de obras o la gestión de servicios del Estado o la prestación de suministros al mismo, estarán sometidos al Derecho administrativo y se regirán peculiarmente por la presente Ley y sus disposiciones complementarias”<sup>17</sup>.

Esta Ley de Bases constituyó la primera regulación general, completa y sistemática, de los contratos del Estado en la historia de nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de lo cual transcurrieron diez años hasta su desarrollado reglamentario por el Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975<sup>18</sup>, de 25 de noviembre, dándose la curiosa circunstancia de que antes de aprobar el Reglamento, la Ley de Contratos del Estado ya había sido objeto de una modificación parcial por Ley 5/1973, de 17 de marzo<sup>19</sup>.

Precisamente esta modificación parcial delimitó la regulación jurídica del contrato de gestión de servicios públicos, suprimiendo la referencia explícita a las disposiciones especiales del respectivo servicio, como normas concurrentes en la regulación del contrato, e incorporó otras modificaciones poco sustanciales como la aprobación del pliego de cláusulas de explotación a que haya de acomodarse la del servicio, en sus aspectos jurídicos, económico y administrativos, y, en su caso, del gasto correspondiente, o, también, restringir las excepciones a la contratación directa de este tipo de contratos.

<sup>17</sup> El Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado fue aprobado por D. 8 abril 1965 (923/1965) y publicado en el BOE nº 97 de 23 abril 1965.

<sup>18</sup> El Reglamento General de Contratación del Estado fue aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (BOE núms. 311 y 312, de 27 y 29 de diciembre de 1975) y dedica el TÍTULO III a la regulación del contrato de gestión de servicios públicos (arts. 196 a 236 inclusive).

<sup>19</sup> La Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado fue publicada en el BOE nº 69, de 21 de marzo de 1973.

Desde el inicio se ve que el contrato administrativo de gestión de servicios se perfila y consolida, a nivel legislativo estatal, impulsado por la constante evolución del Derecho Europeo y cimentado en la tesis de que la consecución de los fines del servicio público, meta última de la inversión presupuestaria y de todo el gasto público, se hace posible a través de la figura del contrato administrativo, que armoniza el respeto a la institución común del contrato, cuya naturaleza básica se acepta, por cuanto que representa para las partes el mutuo respeto y la seguridad jurídicas, con las indeclinables exigencias del interés público.

La contratación pública administrativa experimentó un cambio trascendental como consecuencia del ingreso de España en las Comunidades Europeas, pues, entre otros, adquiere el compromiso de poner en vigor la generalidad de las normas internas necesarias para cumplir el 1 de enero o el 1 de marzo de 1986, según los casos, las obligaciones que le imponen las normas comunitarias de carácter indirecto.

Ante la urgencia del plazo para efectuar la aludida adecuación, se promulgó el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo<sup>20</sup>, por el que se dio nueva redacción a ciertos artículos y se añadieron otros al texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, haciendo su aplicación extensiva a todas las Administraciones Públicas, tanto en cumplimiento de las obligaciones contraídas por España por su pertenencia a la Comunidad Europea, como por el mandato de la Constitución Española. El mismo criterio fue seguido por el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, por el que se reforma el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre<sup>21</sup>.

Entre las modificaciones que se introdujeron en el RDL 931/1986 destacan: i) Las formas de adjudicación de los contratos que pasan a ser: 1) Subasta. 2) Concurso. 3) Contratación directa, si bien los órganos de contratación deberían utilizar normalmente la subasta como forma de adjudicación; ii) Obligación de publicidad en el

<sup>20</sup> El Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea se publicó en el BOE nº 114 de 13 mayo 1986.

<sup>21</sup> Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Contratación del Estado para adaptarlo al Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo.

“Diario Oficial de las Comunidades Europeas”, si el presupuesto de licitación fuere igual o superior a 1.000.000 de unidades de cuenta europeas, IVA excluido, deberá anunciarse además en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”; iii) Se refuerzan los requisitos referidos a capacidad de los empresarios para contratar, así como el régimen de incompatibilidades; iv) Se redefinen las exigencias de clasificación, solvencia y registro de los empresarios; v) Se aboga por los principios de publicidad, libre concurrencia e igualdad de oportunidades para los posibles licitadores o participantes; vi) Se reducen los supuestos en que proceda la contratación directa, y siempre es necesaria su justificación.

Como se observa, las modificaciones señaladas afectaban al contrato de gestión de servicios públicos, en lo que de común o general tenía con los demás contratos administrativos, pero en modo alguno, modificaban su regulación, tipología, finalidad u objeto, que seguían siendo elementos esenciales del contrato.

Hubo que esperar hasta el año 1995, para que nuevamente por impulso de las Directivas Europeas, se promulgara la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) que derogó expresamente la Ley de Contratos del Estado aprobada por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y parcialmente el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, así como el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953.

Una de las principales novedades que introdujo la LCAP de 1995 fue la nueva disposición de materias, frente a la que era propia de la Ley de 1965. Esta nueva norma se basó en una estructura bipolar construida alrededor de una «parte general», compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una «parte especial», en la que se recogían las peculiaridades del régimen jurídico de los contratos administrativos «típicos». Además, se aprovechó esta reforma para mejorar la regulación de la publicidad de los contratos, en cuanto a los contenidos de los anuncios de licitación y de adjudicación.

La Ley de 1995 tuvo su Texto Refundido (en adelante TRLCAP) aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio, y lo que es más importante un nuevo Reglamento que lo desarrolló, aprobado por Real

Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuya legislación amplió su ámbito de aplicación a la contratación a celebrar por las Administraciones del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como por los Organismos autónomos y las Entidades de Derecho público dependientes de las mismas. Todas estas modificaciones vinieron a dar regulación propia y autónoma al contrato de gestión de servicios y se debieron, en gran parte, a la necesidad de adaptar la legislación española a la normativa comunitaria sobre contratación pública, especialmente a la Directiva 97/52/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre.

A partir del año 2001, nos encontramos, por tanto, ante una nueva etapa normativa para el contrato de gestión de servicios públicos, con la indudable ventaja jurídica de contar con un actualizado Reglamento que vino a poner fin a las incertidumbres aplicativas que presentaba el anterior Reglamento del año 1975.

Según esta nueva normativa, en los contratos suscritos bajo la modalidad de concesión de servicio público el empresario gestiona el servicio a su riesgo y ventura. Su obligación principal es organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo. Además el contratista tiene otra serie de obligaciones que recoge el artículo 161 del TRLCAP. Entre ellas destaca la necesidad de prestar el servicio con la continuidad convenida, cuidar del buen orden del servicio, respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad e indemnizar los daños causados a terceros en el desarrollo del contrato, excepto que el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

En cuanto a la extinción de los contratos de gestión de servicios públicos se producía –como supuestos especiales– cuando la Administración se retrasase en el cumplimiento de sus obligaciones con el contratista; cuando se suprimiese el servicio por razones de interés público y cuando se rescatase el servicio por la Administración titular del mismo.

Como destacan J.A. Moreno y F. Pleite<sup>22</sup>, entre las causas de finalización anticipada del contrato llama la atención el rescate del

<sup>22</sup> Estudio sobre el Nuevo Reglamento de Contratación de las Administraciones Públicas. La Ley, edición enero 2002.

servicio por la Administración a través de declarar en secuestro la concesión. Esta medida excepcional resultaba aplicable cuando el concesionario incurriese en una infracción grave, que pusiese en peligro la buena prestación del servicio. Mediante el secuestro, la Administración se encarga directamente del funcionamiento del servicio y de la percepción de los derechos establecidos. El Tribunal Supremo consideró que la medida tenía por finalidad garantizar el principio esencial de continuidad del servicio. Se trata de que, incluso con carácter temporal, el servicio sea rescatado por la Administración concedente para asegurar la prestación del mismo y su continuidad frente al incumplimiento grave por parte del concesionario (Sentencia de 22 de febrero de 1997). Aparece así el instituto de la reversión gratuita, en contraposición a la caducidad anticipada o el rescate del servicio.

Con el transcurso del tiempo, este cuerpo normativo se vería superado por una norma que podríamos llamar de transición hasta el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Hablamos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público que vino a transponer la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.

El objeto de la Ley 30/2007, no sólo se limitó a la transposición de la Directiva comunitaria citada, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introdujo modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de incorporar diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve.

Se aboga por una norma aplicable a todos los sujetos del sector público, en su conjunto para incluir sujetos que tradicionalmente se habían situado extramuros de esta legislación. De ahí la sustitu-

ción en su título de Administraciones Públicas por Sector Público. Y en lo que más nos interesa, separa la regulación del contrato de gestión de servicios públicos (art. 8) del contrato de servicios públicos (art. 10). En la Disposición adicional segunda se incorporan las normas específicas de contratación en las Entidades Locales<sup>23</sup>.

Pero también hay que reconocer a la Ley 30/2007 que iniciase el proceso de simplificación de la contratación administrativa de servicios, suprimiendo la figura del contrato de consultoría y asistencia técnica como modalidad autónoma y aludiendo tan sólo a los contratos de servicios especificados en su Anexo.

Esta norma que, inicialmente, se le suponía iba a tener perdurabilidad no ha corrido, mejor suerte que las anteriores –consecuencia de nuevas Directivas Europeas en materia de contratación pública– y fue derogada por el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre, si bien ha de reconocerse que una gran parte de su contenido se reproduce en la Ley vigente, lo que hace innecesario que nos detengamos en su análisis.

<sup>23</sup> Disposición adicional segunda. Normas específicas de contratación en las Entidades Locales.

1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

2. Corresponde al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos no mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad local.

3. En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo.

4. En las Entidades locales será potestativa la constitución de Juntas de Contratación que actuarán como órganos de contratación en los contratos de... servicios cuando su importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios de la Entidad, o cuando superen este importe las acciones estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de éste.

## **2. EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y EL CONTRATO DE SERVICIOS. REGULACIÓN VIGENTE**

A día de hoy, el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios, se regulan en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) así como por el Reglamento aprobado por Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto. Constituye legislación básica sobre contratos administrativos y, en consecuencia, es una Ley de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. No obstante, no tienen carácter básico los artículos o partes de los mismos que se detallan en la Disposición Final segunda, apartado 3, del TRLCSP.

Ya adelantamos que la vigente Ley tendrá que sufrir forzosamente modificaciones o, incluso su derogación, por mor de la Directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de idéntica fecha, sobre contratación pública, y cuyas Directivas España tenía que transponer a su derecho interno antes del 18 de abril de 2016.

### **2.1. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

El artículo 8 de la vigente Ley de Contratos, define a este tipo contractual como aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua colaboradora de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

En realidad, más que de un tipo contractual definido, se trata de distintos supuestos de gestión indirecta de los servicios públicos, que se agrupan bajo el único título de contrato de gestión de los servicios públicos.

Como principios rectores de este contrato podemos señalar:

- La titularidad del servicio, que conserva la Administración.
- El ámbito de gestión, en el sentido de que deben determinarse las prestaciones que el contratista está obligado a realizar y en qué territorio.

Pueden ser prestados por medio de este contrato todos los servicios de competencia de la Administración siempre que sean susceptibles de explotación por particulares (275.1). En este punto la nueva Ley introduce una novedad relevante, pues amplía notablemente la posible utilización de la figura que antes estaba limitada a los servicios “de contenido económico que sean susceptibles de explotación por empresarios particulares”.

Con la nueva regulación se permite la contratación y la encomienda de prestación de servicios a particulares y no sólo a empresas y ya no es necesario además que el servicio público tenga carácter económico, por lo que cabe la contratación sin ánimo de lucro.

El TRLCSP prohíbe de forma taxativa (“en ningún caso” reza el párrafo 2º del artículo 275.1) la gestión indirecta de aquellos servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Nos encontramos aquí ante una noción de muy difícil concreción, que, al menos en una acepción no estricta, no ha sido por lo demás respetada en muchas ocasiones por nuestras Administraciones Públicas (baste pensar en la contratación de la vigilancia de edificios oficiales con empresas de seguridad privada o la contratación con particulares de la recaudación de tributos).

Asimismo, el TRLCSP recoge las tradicionales modalidades de contratación de los contratos de gestión servicios públicos en su artículo 277:

- Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.
- Arrendamiento de instalaciones.

Por lo que se refiere a las modalidades de contratación en el ámbito local, el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprobó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales regulaba detalladamente, como formas de gestión indirecta de los servicios de competencia de esas Corporaciones la concesión, el arrendamiento y el concierto. A tales modalidades, el artículo 85.4 de la Ley de Bases de Régimen Local añadía la gestión interesada y la sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas, cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad Local.

Pues bien, la disposición final primera de la LCSP modificó el apartado 2 del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que ahora tendrá la siguiente redacción:

“2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A. Gestión directa:

- a) Gestión por la propia entidad local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público”.

Se equiparan así las formas de gestión indirecta aplicables a todas las Administraciones Públicas en España.

Las distintas modalidades del contrato de gestión de servicios públicos no pueden tener carácter perpetuo o indefinido, por lo que debe fijarse necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos que contempla el artículo 278 de la TRLCSP:

- Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste

sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años (previsión que añadió la Ley 13/2003).

- Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no comprendan la ejecución de obras.

En la ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos, el contratista tiene como obligaciones el organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo.

Como novedad frente a la redacción del artículo 160 del TRLCAP, el artículo 279.2 TRLCSP precisa que en todo caso la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. Una previsión similar recogía el artículo 184 del RD 1098/2001, pero referida sólo a la concesión administrativa de servicios públicos.

Junto a la obligación principal de organizar y prestar el servicio en plazo, el contratista tiene una serie de obligaciones que recoge el artículo 280 TRLCSP.

- Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.
- Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

- Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.

Como novedad frente a la regulación anterior, en el artículo 282.4 TRLCSP se recogen los supuestos en que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda:

La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.
- Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.

En los supuestos previstos en estos casos, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

Con relación a las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las generales del art. 223, son causas específicas de este contrato, entre otras, el rescate del servicio por la Administración; la supresión del servicio por razones de interés

público; la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Complementariamente a lo hasta aquí dicho, el contrato de gestión de servicios públicos exige ya una delimitación desde la óptica del derecho comunitario ya que sin transferencia de riesgos estaremos siempre en presencia de un contrato de servicios. Y así se expresa ahora de forma clara el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE.

Esa transferencia del riesgo que realiza la entidad adjudicadora puede ser en su totalidad o, al menos una parte significativa. En la práctica esto comporta no sólo una reducción del ámbito tradicional del concepto de servicio público sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto.

## 2.2. CONTRATO DE SERVICIOS

### 2.2.1. Concepto

Como novedad importante de la nueva LCSP, y recogida obviamente en el TRLCSP, influenciada por el Derecho comunitario europeo, la categoría del contrato de servicios ha pasado a englobar a los contratos de consultoría y asistencia, que han perdido así su autonomía regulatoria.

Recordemos como punto de partida que, de acuerdo con el artículo 10 TRLCSP “son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”.

A efectos de aplicación del vigente TRLCSP, los contratos de servicios se dividen en veintisiete categorías recogidas en su Anexo II, no pudiendo ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art. 301 TRLCSP) cuya realización se reserva a los funcionarios públicos (art. 9.2 EBEP).

La amplia definición del contrato de servicios afecta a la figura de los contratos administrativos especiales, puesto que muchos de los

supuestos que con la legislación anterior eran calificados de esa forma, actualmente, tras la aprobación de la LCSP, son contratos de servicios.

Resulta fundamental en la nueva regulación la delimitación de la figura del contrato de servicios con la del contrato de gestión de servicios públicos, definido por la nueva Ley como aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante (art. 8.1).

La Junta Consultiva de Contratación del Estado ha señalado que de las respectivas definiciones de estos contratos resulta que en los contratos de gestión de servicios públicos “un servicio público titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares” (Informe 41/1995, de 21 de diciembre).

### **2.2.2. Diferencias entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios**

La diferenciación entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos radica en que en este último, la retribución se vincula a la explotación del servicio, asumiendo el adjudicatario los riesgos de explotación.

Por riesgo de explotación económica debe entenderse el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, esto es, el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato –TJCE 10 de marzo de 2011, asunto C274/09– TACRC Resol 457/2014, 12/6/14).

Otro elemento diferenciador para identificar un contrato u otro, es el de atender a quién es el usuario directo de la actividad del concesionario. En este sentido, en el contrato de gestión de servicios públicos, son los ciudadanos los receptores directos e inmediatos de la prestación de servicio y no la administración. Para identificar el contrato de servicios, basta concretar que el destinatario directo será la Administración concedente.

Algunos ejemplos que nos ayudan a comprender esa diferenciación entre ambos tipos de contratos:

El contrato que tiene por objeto la gestión y explotación de un camping situado en los terrenos propiedad de un ayuntamiento, al cumplirse lo previsto en la LCSP art. 132 y art. 8, deberá ser calificado como contrato de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión, siempre que se acredite que el contratista asume el riesgo derivado de la explotación del contrato. De no ser así, si el contratista no asume el riesgo derivado de la explotación del servicio, el contrato deberá ser calificado como de servicios.

Un contrato que tuviera por objeto recogida de residuos, puede ser calificado como contrato de servicios o de gestión de servicio público, lo cual no es inherente a su objeto, sino que dependerá de la asunción del denominado “riesgo de explotación”.

Un contrato para la prestación del servicio de escuela infantil ha de calificarse como contrato de gestión de servicio público. El riesgo de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. El modo de remuneración del operador es un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. En este sentido, no es determinante que el pago se realice directamente por la Administración o por los particulares, pero sí que el contratista asuma el riesgo de la explotación del servicio, aunque se trate de un riesgo limitado. En el caso de una escuela infantil, se da el elemento de retribución de la prestación por los usuarios, independientemente de que la Administración aporte parte del importe del precio del servicio, asumiendo el riesgo de demanda el concesionario, por lo que el contrato ha de ser calificado como de concesión para la gestión de servicio.

Si en el contrato en cuestión sólo nos encontramos tarifas a abonar por el usuario, éste será calificado como de gestión de servicios públicos. Sin embargo, puede que nos encontremos con contratos donde concurren tanto abono de tarifa por usuarios como abono de parte de precio por la Administración (p.e. peaje en sombra). En estos casos, el contrato seguirá siendo calificado como un contrato de gestión de servicio público.

Por último, la actividad de socorrismo y salvamento debe considerarse susceptible de ser prestada bien directamente por la corporación municipal, bien utilizando el auxilio de los servicios de un contratista (contrato de servicios), bien, mediante gestión indirecta.

### 2.2.3. Adjudicación de los contratos de servicios

La forma normal de adjudicación de los contratos de servicios es el procedimiento abierto o restringido. Excepcionalmente podrá acudir al procedimiento negociado o al diálogo competitivo.

Los contratos menores se adjudican de forma directa.

El procedimiento negociado puede ser con o sin publicidad, en razón a la cuantía.

En razón a la cuantía del contrato puede realizarse la siguiente clasificación:

Contrato menor	Hasta 18.000 euros
Negociado sin publicidad	Entre 18.00 euros y 60.000 euros
Negociado con publicidad	Entre 60.000 y 100.000 euros
No sujeto a regulación normalizada (procedimiento abierto restringido)	Entre 100.000 euros y (según contratante)
	134.000 euros
	207.000 euros
Sujeto a regulación armonizada	Más de (según contratante)
	134.000 euros
	207.000 euros

### 2.2.4. Duración del contrato de servicios

La regla general es que el contrato de servicios no podrá tener una duración superior a 4 años, si bien podrá preverse su prórroga

siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de 6 años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente el plazo fijado originariamente.

Por tanto, las prórrogas han de cumplir dos requisitos:

- Deberán estar previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- La suma de la duración de todas ellas no podrá superar la mitad de la duración inicial del contrato.

### **2.2.5. Ejecución de los contratos de servicios**

Con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, así como las instrucciones dadas al contratista por el órgano de contratación.

Por su parte, el contratista será responsable frente a la Administración de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados.

La Administración tiene la obligación de realizar el pago convenido.

### **2.2.6. Resolución del contrato de servicios**

Junto a las causas de resolución comunes a todos los contratos administrativos, contenidas en el artículo 223 del TRLCSP, son también motivos resolutorios de los contratos de servicios:

- La suspensión por causa imputable a la Administración de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.
- El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.
- Los contratos complementarios a que se refiere el artículo 303.2 quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal.

La resolución del contrato dará derecho al contratista a percibir el precio de los servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración.

En el supuesto de suspensión del inicio del contrato por tiempo superior a 6 meses, el contratista tiene derecho a percibir una indemnización del 5% del precio.

En el caso de desistimiento o suspensión del contrato por plazo superior a un año, el contratista tiene derecho a percibir el 10% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.

### **3. INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA GESTIÓN DIRECTA O INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA. LAS DIRECTIVAS 2014/23/UE, CE, RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN Y LA DIRECTIVA 2014/24/UE, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Comenzaremos por señalar que la promulgación de las Directivas indicadas tiene un impacto claro en la ordenación interna de los servicios públicos, que se presenta de forma especialmente intensa en el actual escenario de transposición de las mismas.

No obstante lo anterior también es de señalar que, el régimen de gestión de los servicios públicos queda al entero criterio de los Estados miembros. Así, los Servicios de la Comisión Europea tienen aclarado que “las reglas sobre la contratación pública sólo resultan aplicables si la autoridad pública decide externalizar la prestación del servicio mediante su encomienda a un tercero a cambio de remuneración”, evidenciando así el principio de libertad de los Estados para determinar cuáles sean estos Servicios y su modalidad prestacional.

El alcance del principio de libertad no se agota, en la identificación de qué actividades deban ser consideradas como servicios públicos, sino que alcanza a la configuración misma del Servicio, particularmente en cuanto al régimen de su gestión y financiación.

Las autoridades nacionales, regionales y locales disponen de un amplio margen para decidir si prestar o encargar los servicios públicos. En ello abunda, tal y como sostiene CARLÓN RUIZ, Matilde<sup>24</sup>, las Directivas 2014/23/UE y la 2014/24/UE.

---

<sup>24</sup> La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes desde el derecho europeo en el contexto de la transposición de las directivas sobre contratación pública.

La encomienda de la prestación de un servicio público a cambio de una remuneración fija –contrato de servicio público– se regula en la Directiva 2014/24/UE, conforme a los umbrales cuantitativos fijados en dicha Directiva, excluyendo los servicios de protección civil o servicios públicos de transporte por ferrocarril.

En cambio, el Derecho europeo incorpora por primera vez una Directiva de concesiones 2014/23/UE que regula las obras junto con los de servicios. Como sostienen algunos tratadistas, esta normativa es estratégica para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado donde el riesgo es una de sus notas características y, por ello, exige un marco jurídico estable y predecible.

La principal novedad de esta Directiva, es que decide regular de forma autónoma las concesiones de servicios (art. 5.1) como “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”. Se considera que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar los servicios que sean objeto de la concesión.

La Directiva 2014/23, ha venido a establecer reglas específicas para lo que cualifica contrato de concesión, que puede ser no sólo de servicios, sino también de obras. En esta modalidad contractual prima el criterio de remuneración del contratista, que ya no se establece con carácter fijo, sino incorporando total o parcialmente el derecho a explotar la obra o servicio, con la siguiente traslación al concesionario del llamado “riesgo operacional”.

No obstante la interpretación jurídica tradicional resulta también trasladable a la nueva modalidad del contrato de concesión, en razón a buscar el equilibrio necesario entre riesgo e inversión.

Las normas de la Directiva se aplican a todos los contratos armonizados. Dentro de esta modalidad se aplica a los contratos de concesión en el sector de los servicios públicos. Con esta nueva norma deberán promoverse convocatorias públicas de todas aquellas concesiones cuya valoración alcance los 5.180.000 euros. Se fija un plazo orientativo de duración de 5 años.

La conflictividad en la calificación entre un contrato de gestión de servicios público –hoy contrato de concesión– y un contrato de servicios públicos, la resuelve la jurisprudencia europea al señalar que dicha calificación compete al Derecho de la Unión Europea, sin que sea determinante la calificación jurídica impuesta por el derecho nacional.

Aunque de forma tardía la transposición de ambas Directivas ya ha iniciado su recorrido, en nuestro derecho interno, mediante la aprobación del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. En este borrador ya se elimina el *contrato de gestión de servicios públicos*, si bien traslada la mayor parte de su regulación al nuevo *contrato de concesión de servicios*.

Es de señalar que, hasta la aprobación de esta nueva Ley, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado adoptó la Recomendación de fecha 15 de marzo de 2016, sobre la aplicación a partir del 18 de abril de 2016 de determinados aspectos de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública<sup>25</sup>. Esencialmente estos aspectos se refieren al régimen jurídico particular de los contratos sujetos a regulación armonizada, cuyos contratos son los referidos en los artículos 16 y 17 del TRLCSP.

En definitiva, conforme al Derecho comunitario vigente se va a producir, en el Derecho español, una reducción del ámbito tradicional del concepto de servicio público y, además, la única forma de gestión indirecta va a ser la concesión y no la gestión interesada ni el concierto.

---

<sup>25</sup> La recomendación puede consultarse en: <http://www.minhfp.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/default.aspx>

Se abre un debate sobre los modelos concesionales que se han abierto paso en una época de crisis económica como mecanismo para fomentar las inversiones y reactivar la economía de mercado. El interrogante que se nos plantea es si la proliferación de esta modalidad contractual concilia con los valores sociales, económicos, culturales, de medio ambiente, etc., que propugna nuestro Derecho Constitucional.

#### **4. OBJETIVOS DE LA REFORMA COMUNITARIA**

– Eficiencia de los fondos públicos. Por tal motivo, la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE). La STJUE de 6 abril de 2006, ANAV apartado 21), señaló con carácter general “...El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora...”.

– Regulación de los contratos desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de la concreta prestación que se demanda. La normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato, sobre las cuales inciden las nuevas Directivas, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución.

– Que los órganos de contratación prioricen la inclusión de cláusulas de lucha contra el desempleo. La STJUE de 26 de septiembre de 2000 (Comisión/Francia) es un ejemplo de esta previsión, al señalar que “Las Directivas no excluyen la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario...”.

– Posibilidad de que una entidad regional de un Estado miembro obligue a los licitadores y subcontratistas a que el personal que vaya

a ejecutar el contrato público perciba un salario mínimo fijado por la normativa vigente en dicho territorio.

– La lucha contra la corrupción y el favoritismo. Los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción.

– Limitar la práctica habitual respecto a la adjudicación del contrato de una oferta anormalmente baja o desproporcionada. Se pretende evitar ofertas muy económicas a costa del deterioro de derechos sociales. Los poderes adjudicadores rechazarán la oferta cuando hayan comprobado que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental.

– Puesta en marcha de un nuevo régimen de contratación simplificado que se aplica a todos los poderes adjudicadores de la Administración Regional, Provincial o Local. Utilizando un anuncio de información previa como convocatoria de licitación, de esta forma se simplifican trámites burocráticos.

– Consolidación y desarrollo de los medios y procedimientos electrónicos, como herramienta de simplificación y transparencia. Se trata de poner a disposición del público la documentación de la contratación.

## **5. LA CRISIS ECONÓMICA COMO FACTOR REVULSIVO DE LA EXTERNALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Desde el año 2008 la Unión Europea se encuentra sumida en una crisis económica y social que afecta de manera más acentuada a algunos países de la Unión, como son los casos de Grecia, Portugal o España. Las medidas gubernamentales para afrontar esta situación se han enrocado bajo la bandera de la austeridad. El mensaje político ha sido y, en cierta manera sigue siendo, que sin la adopción de esas medidas austeras no es posible la salida de la crisis y el Estado quedaría al borde de la quiebra.

Bajo ese paraguas de la austeridad, tanto el Estado, las Comunidades Autónomas, Entidades Locales, y en definitiva, el Sector Público en su totalidad, han llevado a cabo recortes presupuestarios

y se han laminado derechos y libertades de los ciudadanos, produciendo un claro retroceso en el nivel de vida de la población, incrementando la desigualdad social y la pobreza, cercenando los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras, y trasladando su responsabilidad en la prestación de los servicios públicos hacía el sector privado.

En España todas las Administraciones Públicas, desde el Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, vienen poniendo en marcha continuos recortes que afectan de manera directa a los servicios públicos. Estos recortes aparecen muy visibles cuando los servicios públicos directamente se suprimen o se restringen, pero parecen menos drásticos cuando se externalizan o privatizan, ya que el servicio público o la gestión del servicio público (hoy concesión), sigue prestándose al usuario, aunque en lugar de prestarlo la Administración se encomienda a un tercero.

De ahí que el recorte en los presupuestos de las Administraciones Públicas, y en el Sector Público en general, constituya un revulsivo para la externalización o privatización de los servicios públicos. Facilita esta práctica de externalización la sucesiva implantación en nuestro ordenamiento jurídico de leyes como la de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, actualizada sucesivamente por el Gobierno con el fin reconocido de "... manifestar el claro compromiso de España con las exigencias de coordinación y definición del marco de estabilidad común de la Unión Europea", y en el ámbito local, por ejemplo, con la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. A lo anterior únase el techo de gasto por el cual el Gobierno fija a Estado, Comunidades Autónomas y Administraciones locales unos topes de gasto que no pueden exceder de los límites fijados en la Ley<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> La LOEPSF incorpora, junto al objetivo de déficit público, ya recogido en la legislación anterior, la regla de gasto (en virtud de la cual el gasto de las Administraciones Públicas no podrá aumentar por encima de la tasa de crecimiento de referencia del PIB) y el límite de deuda de las citadas Administraciones. La LO 4/2012, de 28 de septiembre, modifica la LO 2/2012 para intensificar la disciplina fiscal y financiera de las Administraciones territoriales, ampliando las obligaciones de información (especialmente sobre la situación de tesorería) y reforzando las garantías para atender los vencimientos de deuda. En este sentido, se añade una nueva DA a la LOEPSF, donde se establece que todas las Administraciones

En definitiva, para llevar a la práctica estas medidas que el legislador pone al alcance del Sector Público en época de crisis, uno de los vehículos más idóneos es la contratación pública, y concretamente la gestión pública o privada de los servicios. Sin duda que el Derecho europeo está legislando en favor de la externalización de los servicios públicos y cada vez con más amplitud, lo que se constata claramente a tenor de la Directiva 2014/23/UE, sobre el contrato de concesión, avalado, además por la opinión de cierta doctrina que no pone reparos ideológicos a esta legislación porque considera positivo que el sector privado se encargue de la financiación de las inversiones o de la explotación de los servicios públicos, ya sea en solitario o conjuntamente con la Administración. De esta forma, según esta doctrina, se ayuda a paliar la crisis y las restricciones presupuestarias.

Lo anterior nos debe hacer reflexionar, como colofón, que si a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, habremos de prestar mayor atención a esta actividad contractual, de la que cotidianamente prestamos como usuarios de los servicios públicos.

## **6. LA EFICIENCIA Y LA CALIDAD COMO EXCUSA PARA EXTERNALIZAR SERVICIOS PÚBLICOS**

Analizar los pros y los contras de la externalización es una cuestión difícil debido a la ausencia de estudios generales, si bien existen datos indirectos que permiten formarse opinión.

---

Públicas deben disponer de planes de tesorería que pongan de manifiesto su capacidad para atender el pago de los vencimientos de las deudas financieras. Por su parte, la Ley de CLM 11/2012, de 21 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades, entró en vigor el 1 de enero de 2013, siendo los Presupuestos para 2014 los primeros que se elaboran desde su aprobación, integrándose en el marco de planificación presupuestaria plurianual 2014-2016, desarrollado para hacer compatible el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera con la recuperación de la economía y el empleo. Mediante la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial, se modifica de nuevo la LOEPSF, ampliando la definición del principio de sostenibilidad financiera al extenderlo al control de la deuda comercial. Se establece así la obligación de hacer público el periodo medio de pago a proveedores.

No debe transmitirse la confusión de que externalizar es privatizar, por cuanto que mientras privatizar es dejar de tener cualquier tipo de responsabilidad pública directa sobre el servicio o actuación que hasta el momento era una responsabilidad de la Administración, externalizar, en cambio, implica que el servicio continua siendo público y la responsabilidad (su planificación, control y evaluación) también es pública.

Aun así, externalizar servicios no es un método que garantice a las Administraciones Públicas la mejora de los servicios y la reducción de costes. Tampoco la externalización es forzosamente sinónimo de calidad. Baste como ejemplo los servicios públicos externalizados en sectores como la Sanidad, la Educación o Servicios Sociales.

El fracaso, más o menos generalizado, que se ha producido con la externalización llevada a cabo en estos sectores asistenciales, viene a quitar la razón a quienes opinan que es imposible que la Administración Pública tenga capacidad para prestar servicios de calidad en un contexto de restricción del gasto público. Por su parte, la Administración Pública tiene que reconocer que, en algunos sectores, gestionar de manera indirecta el servicio no conlleva una mejora del mismo, como también tendrá que cuestionarse el axioma de que la única forma de mantener determinados servicios públicos es aprovechar la eficacia y la eficiencia del sector privado.

Las Administraciones públicas que adoptan la decisión de externalizar determinados servicios públicos de su competencia basándose en el ahorro no siempre consiguen este objetivo. La adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa no siempre es la que resulta más barata y sobre todo la que se presta con mayor calidad.

Es cierto que junto a la eficiencia en el gasto público y la calidad del servicio, la externalización se justifica también porque el sector privado goza de una mayor profesionalidad sectorial y aporta inversión en algunas modalidades contractuales.

Sin ánimo de ser generalistas, el contraargumento se extrae de la propia realidad que dimana de la ejecución del contrato, ya que el contratista puede aportar especialidad y cualificación, pero la temporalidad y precariedad laboral en la que se mueve el sector

empresarial hacen muy difícil la presencia de recursos humanos profesionalizados y con experiencia. Igual cabe argumentar de la inversión no dineraria, pues el material con el que presta el servicio rara vez aporta nueva tecnología o renovación, por lo que es patente su desfase con respecto a los medios con los que cuenta la Administración Pública.

Por tanto, el sector privado puede ser más eficiente que las Administraciones Públicas, pero no siempre es así, ya que en muchas ocasiones su gestión es claramente ineficiente, bien por mala gestión y pérdida de usuarios, bien por la necesidad de percibir beneficios.

En todo caso, para garantizar que los servicios públicos externalizados se presten con calidad a los ciudadanos, las Administraciones públicas deberían ejercer al máximo las prerrogativas que contiene el contrato y le concede la normativa vigente. Esas prerrogativas alcanzan a la planificación, control y evaluación del servicio externalizado. Ya sea por dejación, por falta de recursos o, lo que es más grave, por conveniencia, muchas Administraciones públicas no ejercen un auténtico control de calidad sobre los servicios públicos que han externalizado.

## **7. EL USO DESMESURADO E IRREGULAR EN LA EXTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

Conforme a lo que llevamos expuesto, podemos afirmar que existe un uso desmesurado e irregular en la externalización de los servicios públicos, incluidos los dos tipos de contrato que son objeto de este trabajo.

La crisis económica ha favorecido la tendencia política de la externalización, adelgazando los servicios públicos prestados por las Administraciones Públicas, para convertirlos en objeto de negocio, amparado por el discurso político de que externalizamos o no puede haber servicio, porque el presupuesto no alcanza para todo. Se presenta así como “el menor de los males” para los ciudadanos.

Y una realidad actual evidencia el sentido emergente, por ejemplo, de la remunicipalización de algunos servicios públicos lo que pone de manifiesto el testado fracaso de su externalización.

Lo anterior no obsta para que esta visión de la situación no tenga sus matices. Por un lado, reconocer que en el fondo estamos ante un debate entre lo público y privado, y por otro, que es un debate que sobrepasa los límites de nuestro Derecho interno, vinculándonos el Derecho europeo que cada vez incide más en propiciar una legislación favorecedora de la externalización, bajo distintas modalidades contractuales. Tampoco podemos olvidar que muchos de estos servicios públicos se prestan con la aportación de fondos europeos, por lo que resulta imposible, de todo punto, la desconexión con los mecanismos de externalización que aquí se estudian.

Es más, como afirma el Tribunal de Cuentas de España, en su Moción nº 1198, de 22/12/2016, a las Cortes Generales, sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión<sup>27</sup> por las Administraciones Públicas, la externalización forma parte de las facultades de auto-organización de las Administraciones Públicas, y en su ejercicio “las AAPP cuentan por tanto con distintos instrumentos que les permiten completar su capacidad de acción, en caso de insuficiencia de los medios ordinarios de que disponen o de insuficiencia de su especialización, bien para atender necesidades de carácter coyuntural, bien para prestar determinados servicios que sea preferible confiar a empresas o entidades especializadas por razones de economía o de eficacia, sin necesidad de una inadecuada ampliación de las unidades administrativas”.

Ahora bien, habrá que reconocer que para la atención de necesidades coyunturales o para suplir la insuficiencia de medios, el exponente más visible del uso desmesurado lo constituye, por un lado, los contratos menores de hasta 18.000 euros (art. 183.3 LCSP), que

---

<sup>27</sup> 1.3. La encomienda de gestión es un instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo o una entidad del sector público –encomendante–, encarga a otra Administración o a otra entidad del sector público –encomendatario– la realización de una determinada actividad o prestación sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio. Esta forma de gestión se encuentra a caballo entre la actuación directa por parte de la Administración y la contratación externa para la provisión de bienes y servicios, y presenta ciertas afinidades con otras figuras administrativas como los convenios de colaboración (arts. 47 a 53 de la LRJSP) o la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares (apartados 1 a 5 del art. 24 del TRLCSP).

es el más socorrido en la contratación de las Entidades Locales. El contrato menor permite la elección directa del contratista. Se justifica en la conveniencia de simplificar y agilizar el procedimiento de contratación, lo que de hecho supone la exención de determinados requisitos que la ley impone para la adjudicación de los restantes contratos. No obstante, la vigilancia de esta forma de celebrar contratos estriba en la práctica viciada del fraccionamiento de un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que le corresponda.

Y por otro lado, la división en lotes como práctica fraudulenta para evitar la correcta modalidad contractual, pervirtiendo así todos los principios de la contratación administrativa. En estos casos el objeto del contrato es dividido en partes, cada una de las cuales es susceptible de ejecución separada y se adjudica separadamente, es decir, las prestaciones han de tener sustantividad propia. Un ejemplo de esta práctica lo puede constituir los contratos de ejecución de publicidad institucional, suscritos con diferentes medios de comunicación pertenecientes a una sociedad matriz del grupo.

En cualquier caso, con independencia del tipo de contrato elegido para externalizar servicios, lo cierto y verdad es que existe, por un lado, un alto volumen de negocio, y por otro, una escasa o nula rigidez del procedimiento de adjudicación. Así, podemos citar como ejemplo, los datos referidos a los contratos de servicios y de gestión de servicios formalizados por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, durante el trienio 2014/2016, cuya relación puede ser consultada en el DOCLM; o el montante de 112.466.380 euros, que en el año 2014, representaron los gastos de los servicios sociales prestados con medios ajenos por el IMSERO<sup>28</sup>.

Con relación a la irregularidad en la contratación pública, baste constatar lo afirmado por el Tribunal de Cuentas, en su informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de Castilla-La Mancha, ejercicio 2012 (fecha 8 de abril 2015).

---

<sup>28</sup> Informe de Fiscalización n° 1175 del año 2014, del Tribunal de Cuentas de España.

“En el examen del cumplimiento de dichos requisitos –se refiere a los requisitos legales en la contratación pública– en las distintas fases de preparación, adjudicación, afianzamiento, formalización y ejecución de los contratos se ha verificado tanto su adecuación formal y material a la normativa aplicable, señalándose las incidencias producidas, como las repercusiones y la coherencia de las prácticas de las entidades con los principios específicamente aplicables a la contratación y, en general, con los exigibles en el ejercicio de la gestión pública, y cuya observancia debe ser un empeño permanente para las entidades públicas al resultar esenciales para conseguir actuaciones solventes y eficientes”.

Entre las incidencias que se recogen en el Informe figuran la no constancia en diversos expedientes de los documentos justificativos de la necesidad de la contratación; la existencia de deficiencias en el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, fundamentalmente, en lo que se refiere a la adecuada determinación de los presupuestos y del objeto de los contratos, y a la fijación de criterios de valoración de las ofertas claros y precisos; así como la emisión de informes jurídicos y de intervención meramente descriptivos. Se destaca igualmente que, en ocasiones, los informes de valoración de las ofertas no recogían de manera suficiente la motivación de la valoración efectuada, y que en los contratos adjudicados mediante procedimientos abiertos con múltiples criterios de adjudicación se ponderaban escasamente las bajas económicas de las ofertas. También se aboga en el Informe por una mejor justificación de los fraccionamientos de los contratos y de la utilización de la tramitación de los expedientes por el procedimiento de urgencia.

Respecto de los contratos de obras y de gestión de servicios públicos se aprecian deficiencias en las actuaciones preparatorias que les son propias y que, con frecuencia, redundaron en demoras y ampliaciones no justificadas de los plazos de ejecución y en retrasos en los pagos.

Con carácter general, las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha no hicieron uso de las previsiones contenidas en la normativa para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, al no establecer en los pliegos de cláusulas administrati-

vas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos a las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, hubieran adoptado medidas en materia de igualdad o condiciones especiales de ejecución con el fin de promover dicha igualdad en el mercado de trabajo, recomendándose específicamente la promoción de estos instrumentos.

Se indica en el Informe que, además de los incumplimientos legales que las incidencias señaladas representan, estas prácticas no contribuyen a hacer efectivos los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia en la contratación, ni los de economía, eficacia y eficiencia propios de la gestión pública.

El Tribunal de Cuentas incluye en el Informe una serie de recomendaciones para contribuir a la mejora de la contratación, en particular, promueve el establecimiento por las entidades locales de mecanismos que impulsen y garanticen el envío regular al Tribunal de Cuentas de la información relativa a su actividad contractual, la observancia de una mayor precisión en la preparación y tramitación de los expedientes de contratación y de más vigilancia y control de su ejecución, así como el reforzamiento de los principios de economía, diligencia y eficiencia en la gestión del gasto derivado de las contrataciones.

E igualmente, el Informe de Fiscalización correspondiente a 2014 en el que el Tribunal de Cuentas, recomienda a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha:

“10. En relación con la contratación administrativa, los órganos de contratación deberían observar una mayor precisión y concreción a la hora de justificar la necesidad para el servicio público de los contratos adjudicados, así como en la expedición de los certificados de existencia de crédito presupuestario y en la elaboración de los modelos de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares”.

Y en el mismo informe se mencionan las infracciones del ordenamiento jurídico relacionadas con la contratación pública, con el siguiente resultado:

**Cuadro 3. Infracciones del ordenamiento jurídico detectadas**

(miles de euros)	
Infracción	Importe
Contratación verbal	500
Fraccionamiento	216
Gasto no contemplado en el convenio	15
Insuficiencia de crédito en 2013	3
Omisión fiscalización en modificación contrato	126
Omisión de fiscalización en otros gastos	358
Prestación de servicio sin cobertura contractual	652
Prescindir del procedimiento establecido para la ejecución del gasto objeto del expediente	2.631
Gasto fiscalizado inferior al deseado	62
<b>TOTAL GENERAL</b>	<b>4.563</b>

Como se observa, una de las irregularidades más reiteradas es el prescindir del procedimiento establecido para la ejecución del gasto y la prestación de servicios sin cobertura contractual necesaria.

**8. CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: RECURSOS****8.1. RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN (ARTS. 40 A 49 TRLCSP)**

Uno de los instrumentos de mejora en la gestión de la contratación pública y, además, de tutela de los derechos fundamentales de los licitadores y de los usuarios de los servicios públicos, es el sistema de control de la contratación a través de los recursos administrativos, y, más concretamente del recurso especial.

El sistema de recursos se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción atendiendo al parámetro de respeto al derecho fundamental de la Unión Europea a una buena administración. Su finalidad no es otra que corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones, razón por lo que se incorpora una nueva regulación con carácter protector en la Directiva 2014/24.

Como señala GIMENO FELIU, José María,<sup>29</sup> el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, debe interpretarse con el fin de garantizar su efecto útil, de tal forma, que la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación, al igual que la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso especial supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho.

En síntesis señalamos algunas de las características de este recurso especial:

A) Se trata de un recurso de naturaleza especial y exclusivo.

- Potestativo.
- Gratuito.
- Conlleva la suspensión automática de la adjudicación, cuando sea ésta el objeto del recurso. Si por el contrato se recurre frente a otro trámite, habrá que solicitar la suspensión como medida cautelar.

B) Tipos de contratos en los que cabe el recurso especial:

- Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada<sup>30</sup>.
- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y
- Contratos de gestión de servicios públicos superiores a 500.000 euros y plazo de duración superior a cinco años.

---

<sup>29</sup> GIMENO FELIU, J. M., “Los retos de la Contratación Pública en el Contexto de la Crisis Económica”, 5 de abril de 2016”.

<sup>30</sup> Contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, con los siguientes umbrales:

- a). 130.000 euros cuando hayan de ser adjudicados por la AGE, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social;
- b). 200.000 euros cuando el contrato haya de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos o, cuando, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 o de categoría 8.

- Contratos subvencionados a los que se refiere el art. 17 de la LCSP.

C) Actos que pueden ser objeto del recurso:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.
- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

En este apartado hay una novedad de interés. Si se observa, el TRLCSP deja fuera del recurso las modificaciones del objeto del contrato que, normalmente, se producen en la fase de ejecución.

La nueva Directiva 2014/24, incorpora como novedad el control de las incidencias del contrato en su fase de ejecución, especialmente las que obligan a una modificación del mismo. La nueva regulación comunitaria encuentra su fundamento en la Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta).

La regulación comunitaria prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial del contrato, en cuyo caso será necesario una nueva licitación (artículo 74), cuyo precepto en su apartado 4, detalla en que casos se considera que existe una modificación sustancial que obligaría a una nueva licitación.

Los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato inspiran esta normativa comunitaria, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato.

Las modificaciones, por lo común, se sustentan en la imprevisión de un hecho en el momento de adjudicar el contrato. El alcance de la imprevisibilidad fue abordado en la STJE de 23 de enero de 2013, de condena al Reino de España, sobre proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad de España –AVE–, cuya Sentencia critica que la legislación española

permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad.

Este cambio legislativo conlleva también la obligación de publicar las modificaciones contractuales, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego, lo que supone replantear la actual situación en España. Se justifica la publicidad para evitar que, en la práctica, proliferen los problemas de corrupción que se suelen dar con más frecuencia en esta fase del contrato.

#### D) Legitimación:

Podrá interponer el recurso especial toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

A efectos de legitimación la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso. A los sindicatos se les admite la función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino de los intereses colectivos de los trabajadores en general. Sin embargo, respecto de la legitimación procesal, esa capacidad abstracta, debe concretarse, en cada caso, mediante un vínculo o conexión entre el sindicato que promueve el recurso y la pretensión que solicita.

El TACRC ha dictado Resoluciones bien dispares, respecto a admitir o rechazar la legitimación de los sindicatos. Así, en Resol. 647/2014 sostiene que si la “alegación por parte de un sindicato de que el precio de adjudicación no permite al contratista cumplir con el convenio colectivo es simplemente un hipotético temor. Si tal temor se materializa, los trabajadores afectados pueden hacer valer sus derechos ante la Jurisdicción Social, por lo que el sindicato carece de legitimación”.

También ha negado legitimación a un comité de empresa, delegado de personal o trabajadores, al recurrir los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación, por posibles errores, por entender que la resolución de adjudicación no repercute directamente y de modo efectivo en su esfera jurídica (Resol. 260/2015).

En cambio ha reconocido legitimación a un trabajador como titular de derechos e intereses legítimos que pueden resultar afectados por la contratación, que alegaba el mantenimiento de su relación laboral en los términos que actualmente disfruta, dado que el convenio colectivo aplicable obliga a una empresa adjudicataria del contrato a su subrogación (Resol 670/2014).

En términos generales la doctrina de este Tribunal sobre la subrogación empresarial es que sin perjuicio de que ésta pueda ser incluida en los pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, que en todo caso pueden hacer valer sus derechos, si lo estiman procedente, ante la Jurisdicción Social (Resol. 628/2014).

Además, también pueden recurrir, asociaciones de afectados o colectivos afectados; agrupaciones; licitadores participantes; empresarios que aún no son licitadores; o en el ámbito político, los grupos municipales de un partido político, los concejales a título individual, o los diputados provinciales.

Sin embargo, como sostiene GIMENO FELIU, José María, en su trabajo ya citado, el sistema de recursos conforme a las nuevas Directivas, es claramente extensivo de tal forma que “aún sin ser una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos”.

#### E) Plazo de interposición.

Se exige que se inicie mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado, con las siguientes precisiones:

- Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento.

- Cuando se interponga contra actos de trámite, cuando se haya tenido conocimiento de la posible infracción.
- Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comienza a contarse a partir del día siguiente al de la publicación, ya sea en el DOUE, en el perfil del contratante del órgano de contratación, en el BOE o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.
- Si es contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se haya publicado en forma legal la convocatoria.

F) Órgano competente para la resolución del recurso.

Actualmente existe convenio de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para que sea dicho Tribunal el que conozca de este recurso especial. Dicho Convenio fue publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2012 y se extiende también a las corporaciones locales de Castilla-La Mancha.

## 8.2. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, ANTE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE DICHA JURISDICCIÓN

Contra los actos definitivos y actos de trámite cualificados cabe interponer, de manera directa, recurso contencioso-administrativo, de conformidad con los arts. 112 y 114 de la Ley del Procedimiento Administración Común 39/2014, y artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Recurso que se tramita ante el Juzgado o Sala de lo contencioso-administrativo que sea competente para conocer del asunto.

En el caso de que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que nos hemos referido en el párrafo anterior, hasta tanto no se resuelva dicho recurso no podrá interponerse el contencioso-administrativo.

Es de señalar que también en vía contencioso-administrativo puede interesarse la medida cautelar de suspensión del acto recurrido, conforme a lo que dispone el artículo 129 y siguientes de la Ley de dicha Jurisdicción.

## **9. SOBRE LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES DE LAS CONTRATAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Como es sabido los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas constituyen “la *lex contractus*” (SAN núm. 280/2015 de 28 abril, rec. 326/2013) con fuerza vinculante para el contratista y la Administración contratante. Por consiguiente, es de la máxima trascendencia el contenido de dichos pliegos y la redacción de su clausulado, pues de ello se derivan básicamente las obligaciones contractuales a respetar por las partes en cualquier fase de ejecución del contrato. Nos referimos, más concretamente, a la posibilidad de incluir cláusulas sociales en los pliegos de condiciones de las contrata de las Administraciones públicas, y específicamente sobre la posibilidad de establecer la obligación de subrogación por parte de la nueva adjudicataria en las relaciones laborales de la contratista anterior, con especial trascendencia en aquellos casos en los que no existe convenio colectivo aplicable que imponga dicha subrogación. En estos supuestos habrá que prestar especial atención a los términos en que se redacta la cláusula subrogatoria.

La jurisdicción social ha venido admitiendo de forma pacífica que para tener lugar la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la anterior es necesario que tal obligación venga impuesta por norma sectorial o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, pues de lo contrario solo podrá producirse dicha subrogación cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, o bien cuando se asuma voluntariamente la mayoría de los trabajadores de la contrata.

Esta circunstancia de admitir la subrogación en el pliego de condiciones la recogen, por ejemplo, las SSTs de 2016 de 10 de mayo, rec. 2957/2014; 7 de abril, rec. 2269/2014; 9 de febrero, rec. 400/2014 o 21 de abril de 2015, rec. 91/2014, en las que se cita jurisprudencia anterior partiendo de la importante sentencia de 10 de diciembre de 1997, rec. 164/1997.

Sin embargo la doctrina judicial y la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido más reacia a admitir la subrogación en los pliegos de condiciones y así, en ocasiones se ha anulado la cláusula

del pliego que imponía tal subrogación, pero siempre lo ha hecho sobre la base de entender que la forma en que venía redactada la subrogación introducía un beneficio para la adjudicación en favor de la empresa anterior, y sobre dicha base se ha entendido que la inclusión de tales cláusulas podían suponer una práctica restrictiva de la competencia. Sin embargo, en aquellos casos en los que se ha considerado que la cláusula era neutral, se ha admitido su validez y así se establece en las sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015 (dos sentencias), rec. 180 y 188 de 2013.

La inclusión de cláusulas sociales en la contratación del sector público de Castilla-La Mancha constituye una de las novedades más avanzadas del Derecho público de nuestra región y también a nivel Estatal. Podríamos decir que constituye una decisión política ejemplarizante ya que permite que las cláusulas sociales se abran paso en la legislación sobre contratación pública en la que tanto hay en juego respecto a la calidad de los servicios que se prestan, la afectación que éstos tienen sobre los derechos de los ciudadanos y, en último término, a las relaciones laborales de los trabajadores y trabajadoras que prestan dichos servicios.

En concreto, nos referimos a la Resolución de 19/10/2016, de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18/10/2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional<sup>31</sup>.

La Resolución incorpora, en su preámbulo, la previsión que ya contiene la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sobre la existencia de varias posibilidades para tener en cuenta aspectos sociales en la contratación: como condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118); criterio de valoración de las ofertas (art. 150.1); preferencia en la adjudicación en igualdad de ofertas a empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro y a entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo (DA 4<sup>a</sup>); reserva de contratos para Centros Especiales de Empleo (DA 5<sup>a</sup>).

<sup>31</sup> DOCM núm. 209, de 26 de octubre de 2016.

Por eso incide en que hoy se hace necesario que los órganos de contratación de esta Comunidad Autónoma avancen en la inclusión de cláusulas sociales en los contratos que celebren, con la finalidad, por una parte, de establecer criterios homogéneos de actuación entre todos ellos y, por otra, de servir de guía sobre los requisitos legales que deben cumplirse para su inclusión en aquellos contratos respecto de los cuales no se establece la obligatoriedad de hacerlo pero que, por su objeto, sean susceptibles de incorporar este tipo de cláusulas.

Del articulado de esta Instrucción del Consejo de Gobierno regional, merecen especial mención los aspectos referidos a la vinculación obligatoria que ha de constar en el contrato entre la cláusula social y el objeto del contrato, por lo que su incorporación debe estar referida en todo caso a las prestaciones objeto del mismo o al personal adscrito a su ejecución. Dicha vinculación puede darse en cualquiera de las fases del expediente de contratación, si bien la vinculación con el objeto del contrato se referirá a las condiciones de ejecución del mismo y nunca a requisitos relativos a la política general de la empresa licitadora.

Se impone un seguimiento respecto a todos los expedientes de contratación para conocer la incorporación o no de cláusulas sociales en los contratos.

Las cláusulas sociales han de tener presencia en todas las fases de la contratación. Así, en el primer momento cuando se define el objeto del contrato (art. 6), "...los contratos de obras y servicios, que contienen prestaciones de personal relevantes y que ofrecen concretamente la posibilidad de establecer un determinado modo de ejecución, son los que mejor permiten tener en cuenta intereses de tipo social relacionados con el empleo o las condiciones de trabajo...".

Existen, sin embargo, cláusulas sociales de obligatoria inclusión (art. 7), como la que impone que en aquellos contratos en los que el componente económico fundamental sea el coste de la mano de obra, deberá especificarse expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares que en la determinación del presupuesto máximo de licitación del contrato se han tenido en cuenta las cotizaciones, honorarios y salarios del personal, según el conve-

nio colectivo que resulte de aplicación; o, también, no tributar en paraísos fiscales; incluso que las prescripciones técnicas tengan en cuenta los criterios de accesibilidad de las personas con discapacidad.

En materia laboral, los pliegos deben contener, entre otras, las siguientes cláusulas sociales:

- Cuando las prestaciones que deben desarrollarse estén sujetas a convenio colectivo, está obligada a cumplir con las disposiciones contenidas en dicho convenio.
- La empresa deberá, a lo largo de toda la ejecución del contrato, abonar el salario recogido en el convenio colectivo de aplicación según la categoría profesional que le corresponda a la persona trabajadora, sin que en ningún caso el salario a abonar pueda ser inferior a aquel.
- La empresa tiene que adoptar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo que sean obligatorias o necesarias para prevenir de manera rigurosa los riesgos que pueden afectar la vida, integridad y salud de los trabajadores y trabajadoras.
- La formación e información en materia preventiva a las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato.
- La entrega de equipos de protección individual que, en su caso, sean necesarios.

Si la empresa subcontrata parte de la prestación, la empresa subcontratista deberá cumplir igualmente las obligaciones anteriormente citadas.

- La obligación de la empresa adjudicataria de garantizar a las personas trabajadoras adscritas a la ejecución de este contrato la aplicación estricta de las condiciones laborales en materia de formación continuada para desarrollar las tareas propias de su puesto de trabajo que establezca el convenio laboral que les resulte de aplicación.
- La obligación de la empresa adjudicataria de acreditar mediante declaración responsable, al inicio de la ejecución del contrato, la afiliación y el alta en la seguridad social de las personas trabajadoras destinadas a la ejecución del mismo. En caso de

subcontratación deberá presentarse igualmente dicha declaración responsable suscrita por la empresa subcontratista.

- La obligación de la empresa adjudicataria de respetar el reconocimiento de la interlocución sindical y restantes normas relativas a la libertad sindical respecto del personal adscrito a la ejecución del contrato.
- La obligación de la empresa adjudicataria de garantizar durante la vigencia del contrato, respecto al personal adscrito al mismo, la igualdad entre mujeres y hombres en el trato, en el acceso al empleo, clasificación profesional, promoción, permanencia, formación, extinción, retribuciones, calidad y estabilidad laboral, duración y ordenación de la jornada laboral.

Otra finalidad que persigue la Instrucción es la incorporación de cláusulas sociales como requisito de solvencia de los licitadores requiere la inclusión en el objeto del contrato de un fin institucional de carácter específicamente social, ya que, para su correcta ejecución, se requiere que la empresa adjudicataria tenga aptitudes específicas o experiencia acreditada en relación con la materia social recogida en el objeto del contrato y conocimientos técnicos concretos.

En definitiva, la Instrucción del Consejo de Gobierno regula que las cláusulas sociales han de tener presencia y regulación concreta en todas las fases del contrato, desde el momento inicial cuando se define el objeto del contrato; en los pliegos de cláusulas particulares y prescripciones técnicas; en la fase de adjudicación; en la fase de ejecución del contrato; y también resulta obligatorio el control de la ejecución de las mencionadas cláusulas. Como regulación final está el apartado de las causas específicas de resolución y las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas sociales.

Nos encontramos ante una regulación amplia, exhaustiva y que, sin duda, mejorará la contratación pública en nuestra región, dotando de seguridad jurídica a los intervinientes en el contrato, a terceros interesados, y a los usuarios del servicio público objeto del contrato.



## DESCENTRALIZACIÓN LABORAL: PROBLEMAS E INCIDENCIAS

*María Fernanda Fernández López*

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Sevilla

Con la expresión descentralización laboral se trata una materia abundantemente estudiada<sup>32</sup>, como reflejo de su creciente utilización práctica<sup>33</sup> (no siempre traducida en una abundancia jurisprudencial paralela o en una flexibilidad suficiente en la jurisprudencia para detectar sus problemas y responder adecuadamente).

Para centrar el tema, basta con referir brevemente elementos de sobra sabidos en términos casi tópicos en la doctrina especializada<sup>34</sup>: la fractura del proceso productivo unitario generalizado en el sistema fordista de producción, de modo que una empresa –principal– conserve las competencias nucleares para alcanzar su objeto, contratando con empresas terceras o con trabajadores autónomos la realización de las actividades complementarias en el marco fijado más o menos concretamente por aquélla. El resultado es un funcionamiento coordinado en orden a los fines unitarios. Esta coordinación puede venir impuesta por la propia vinculación interna de las sociedades titulares de las empresas coordinadas de un modo jerárquico o bien mediante una subordinación estrictamente contractual en su origen en los supuestos, cada más en boga y más complejos de las empresas en red. Una

---

<sup>32</sup> Una evaluación del estado de la cuestión y del conjunto de los problemas es apuntada por SANGUINETI RAYMOND, W., “¿Hacia un derecho del trabajo de las redes empresariales?”, en Trabajo y Derecho núm. 17, 2016, pp. 9 y ss.

<sup>33</sup> Sobre ejemplos de su alcance práctico, DÍAZ MORENO, A-MARTÍN LÓPEZ, M., “Las relaciones laborales en el contexto del desarrollo de la subcontratación” Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 15 y ss.

<sup>34</sup> Una completa síntesis en CRUZ VILLALÓN, J., “La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales” GRIJLEY, Perú 2009.

serie de contratos nominados alguno (la franquicia por ejemplo) otros de nueva creación van generándose y van siendo recibidos por los especialistas con naturalidad: factoring, management, fletamento, cesión de superficie comercial y otros de esta índole vienen a añadirse a los tradicionales de arrendamientos, o de suministro, como si fueran el resultado inapelable de la evolución del proceso productivo, generando entre las empresas contratantes la subordinación de hecho que esconde la apariencia de contratantes libres e iguales.

Tal cosa sucederá en algunas –muchas– ocasiones; no puede negarse la posibilidad de que la igualdad y el trato propio de co-contratantes libres se superen en la práctica aunque encontremos casos de cooperación empresarial real, sobre todo en el contexto de las empresas en red, pero también y sobre todo en las empresas agrupadas por vínculos societarios. Que cada nudo de la cuerda sea un empresario real, con su propia cartera de clientes y su propia producción para el mercado, dotado de medios personales y materiales suficientes a este fin, para el que la empresa disgregada es un contratante más, por importantes que sean sus prestaciones. Pero esa absoluta independencia blanco/negro no se da en muchos casos, como denuncia la doctrina. Existe toda una gama de grises en que la interpenetración empresarial se va acentuando progresivamente hasta el punto de que plantea el problema de hasta dónde es posible llegar antes de que lo que son fenómenos “fisiológicos” en el funcionamiento del mercado se transformen en “patologías” (CRUZ VILLALON).

Como se ha apuntado con acierto, este modelo de organización “puede asumir características diversas dependiendo de los sectores productivos y actividades a los que sea aplicado, así como de las particulares opciones de los sujetos que decidan recurrir a él. No obstante, existen tres rasgos básicos que lo identifican. Estos son los siguientes:

- La fragmentación y externalización de actividades que, en principio, forman parte de un único ciclo de producción.
- El empleo de empresas especializadas o proveedores externos para su atención.

- La coordinación de todos ellos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero ciclo de producción pese a su disgregación”<sup>35</sup>.

El punto de partida de los defensores de la tesis de la licitud natural de estos fenómenos vinculados es, desde luego, el art. 38 CE: “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”<sup>36</sup>. Puede constatarse en la jurisprudencia del TC una orientación cierta de reforzamiento del alcance de este precepto, profundizando en su significado y reparando en la falta de límites explícitos y coherentes a la libertad que se proclama. Particularmente es de desear que se marquen los principios rectores de la limitación de este derecho por su eventual colisión con otros, señaladamente el derecho al trabajo de los trabajadores afectados por estas prácticas (art. 35.1 CE).

La doctrina constitucional al respecto es generosa con la libertad de empresa. Más, si cabe, al hilo de la complicada situación económica por la que atraviesa nuestro país, justificación o excusa que le ha llevado a no dudar en admitir la constitucionalidad de reformas incluso hasta el momento de justificar un periodo de prueba manifiestamente desproporcionado en aras de limitar el “riesgo empresarial al contratar”, ignorando palmariamente lo que el riesgo supone en el ámbito empresarial; la asunción de riesgos es integrante casi del concepto, preservar al empresario del riesgo es casi una contradicción en sus propios términos. Pese a lo cual, sostiene el TC “la ampliación de la duración del periodo de prueba en esta nueva modalidad contractual no sólo cumple la finalidad típica del periodo de prueba; además permite al empresario comprobar, en un contexto de crisis como el actual, si el puesto de trabajo ofertado con carácter indefinido es viable económicamente y por tanto sostenible. Se trata, en suma, de una medida dirigida a facilitar las decisiones de creación de empleo estable de las pequeñas y media-

<sup>35</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “La dimensión laboral de la internalización de la empresa española. Una visión de conjunto de la gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas” Ed. CINCA, Madrid 2014.

<sup>36</sup> Una decidida afirmación de este principio en “100 preguntas laborales sobre descentralización productiva” PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir) GARCÍA PIÑERO, N.P. (coord.), La Ley, Madrid 2011, pp. 3 y ss.

nas empresas (que constituyen la inmensa mayoría del tejido empresarial español), reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, en una coyuntura económica tan difícil y adversa como la actual. SENTENCIA 119/2014, de 16 de julio de 2014, FJ 3.

Dejando por ahora de lado esta valoración general<sup>37</sup>, el TC ha tenido ocasión de subrayar la dimensión organizativa que la libertad de empresa llega a tener “conviene recordar que nuestra jurisprudencia sobre la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en dicha norma, cuyo ejercicio garantizan los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, vino a afirmar tempranamente que dicho artículo establece “los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites ... está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial. No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2), concretándose posteriormente que en dicho artículo no “se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden” (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3). Dentro de las medidas necesarias para la protección de dicha libertad hemos reconocido la especial importancia de las de defensa de la competencia considerada ésta como “una defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste” (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4)<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Sobre el tema SALIDO BANÚS, J.L., “El Derecho del Trabajo: encrucijada entre los derechos de los trabajadores y el derecho a la libre empresa y la Responsabilidad Social de la empresa”, en LÓPEZ CUMBRE (coord.) “Autonomía y heteronimia en la Responsabilidad Social de la Empresa, Comares, Granada 2012, pp. 1112 y ss.

<sup>38</sup> STC Pleno. Sentencia 112/2006, de 5 de abril de 2006 (BOE núm. 110, de 9 de mayo de 2006). FJ 8.

Por su parte, la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, “señala que esta disposición constitucional garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos”<sup>39</sup>.

El derecho al trabajo del art. 35.1 CE habrá que convenir en que es uno de esos ineludibles límites. “Entre otros, y por lo que ahora interesa, el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad. Sin perjuicio de los límites necesarios, tales exigencias derivadas del art. 38 CE pueden legitimar el reconocimiento legal en favor del empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4)”. Por ello, “conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, tales posibles limitaciones, además de tener que gozar de justificación legítima, “no pueden ser absolutas ... ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable” (SSTC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 110/2006, de 3 de abril, FJ 3), debiendo en todo caso “ser proporcionadas al fin perseguido con ellas” (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 15; o SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8; 112/2006, de 5 de abril, FFJJ 8 y ss.).

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, “la reserva de ley que impone el artículo 53.1 de la Constitución en relación con los derechos y libertades de este artículo 35 comporta la existencia de un contenido esencial de los mismos que los garantice constitucionalmente (STC 83/1984). En este sentido, la sentencia 227/1998, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional sostiene que al disponer que la “ley regulará un Estatuto de los Trabajadores” no se limita a configurar una reserva de ley, sino que impone al legislador la normación de un régimen jurídico específico para los trabajadores y le encomienda simultáneamente la tarea de acotar, otorgándole así relieve constitucional, un determinado sector social, constituido por las personas físicas vinculadas por el

<sup>39</sup> <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=38&tipo=2>

dato común de la prestación de actividad configurada como relación contractual laboral, a lo que viene a añadirse la circunstancia de que el concepto o categoría de trabajador es determinante del ámbito subjetivo de determinados derechos, de distinto carácter reconocidos por la Constitución (arts. 7, 28.1 y 2, 37.1 y 42)”<sup>40</sup>. El concepto de trabajador no es disponible legalmente en sus caracteres básicos ¿lo es el de empresario?

Contestar a esta pregunta es misión del art. 38 CE, pero éste tampoco ha sido adecuadamente delimitado en una jurisprudencia constitucional que, en sus manifestaciones más recientes, está demasiado basada en las circunstancias económicas críticas como para entender establecida su doctrina firmemente.

En síntesis, el derecho al trabajo no ha experimentado un nivel mayor de concreción de los derechos que atribuye directamente el art. 35 CE (más allá de su indisponibilidad legal y de obligación legal de atribuirle un “estatuto”) de lo que reconoce para la libertad de empresa el art. 38 CE. De ahí que permanezca en la sombra la zona de fricción de ambos derechos.

No parece arriesgado, sin embargo, suponer que el derecho al trabajo implica como premisa fundamental el derecho a concertar el trabajo con uno o varios empresarios identificables, al hilo de lo previsto en el art. 1.2 del ET, que deja en penumbra el concepto mismo de empleador. Es obvio que la libertad de empresa tiene una importante composición organizativa, tal que la de organización es una idea inherente al concepto de empresa. El empresario puede organizar su actividad como lo juzgue oportuno –nos recuerda el Tribunal Supremo--, siempre que no utilice esta libertad, entre otros límites, para burlar las expectativas laborales de sus trabajadores, asistidos por el derecho a un “estatuto” en los términos que legalmente se establezcan.

Así las cosas, entiendo que no es disponible para el empresario ocultar o suprimir su condición de tal en la forma, –aunque salvaguardándola en los hechos–, a través de estrategias organizativas que impliquen la desprotección de los trabajadores afectados; la burla al “estatuto” que la Constitución y la ley garantizan y que, en

<sup>40</sup> <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=35&tipo=2>

principio, con todas las dificultades que se quiera, proporciona una base para cortar los efectos más perjudiciales de tales prácticas; efectos de precarización progresiva del estado del trabajador.

Y ello, visto desde la perspectiva de explicación de las limitaciones a la total libertad organizativa del empresario, por razones semejantes a las que amparan el recorte de las libertades empresariales frente al propio mercado, por ejemplo, a través de la normativa sobre prácticas restrictivas de la competencia: cuidar de revelar y prohibir estas prácticas no es tanto un límite como una garantía del propio funcionamiento del mercado en términos de libre y recta competencia evitando las consecuencias de lo que se ha llamado “dumping social”.

Esto es importante resaltarlo: los límites que los derechos ex art. 35 CE suponen frente al art. 38 en preceptos tales como, sobre todo, los arts. 42, 43 y 44 ET y concordantes en la legislación de prevención de riesgos y de Seguridad Social, no pueden ser valorados como “sanciones” o “cargas” que el ordenamiento impone y que coartan la libertad empresarial. Las consecuencias, por ejemplo, de que estemos ante un grupo de empresas, no cuestionan la legitimidad de estas prácticas, si no son abusivas. Pero obligan al intérprete a realizar su función teniendo en cuenta el marco diseñado por el ET, buscando el “estatuto” del trabajador afectado por dichas prácticas empresariales de modo que se instaure entre las partes del contrato el equilibrio potencialmente roto. Un equilibrio que viene exigido desde el propio texto constitucional.

Ante la consagración constitucional del derecho al trabajo y la libertad de empresa en un rango semejante, es preciso contemplar armónicamente los derechos mencionados, incluso en los casos en que la empresa experimente las transformaciones organizativas de que es objeto en nuestros días. Ello supone que la transformación sea tenida en cuenta a la hora de evaluar quién es el empresario o quiénes comparten la posición de éste en el contrato –la expresión empresario complejo me parece acertada, en la medida en que es complejo el conjunto de pactos que configuran la o las entidades que ostentan esta condición<sup>41</sup>–, yendo más allá de las restricciones

<sup>41</sup> Vid la muy interesante obra colectiva dirigida por GALLARDO MOYA, R., “Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo”, Ed. Bomarzo, Albacete 2011.

innecesarias suscitadas por una recurrente obsesión doctrinal y jurisprudencial en el prejuicio generado por la expresión del contrato de trabajo como bilateral, (lo que sin duda es cierto) concluyendo que bilateral implica, como algo inherente a la palabra misma, la existencia de una sola persona o de un grupo unitario de intereses en cada polo de la relación (lo que ya no es tan cierto).

Es preciso tener en cuenta la colaboración entre empresas en el funcionamiento del contrato, no sólo en los escasos pero importantes supuestos en que la jurisprudencia los ha tenido que resolver asumiendo su existencia –por ejemplo, a la hora de señalar la duración de la contrata como duración del propio contrato de trabajo– sino también en todos los supuestos en que la vicisitud organizativa empresarial incida de modo directo en el régimen jurídico del contrato de trabajo incluso sin que exista fraude.

Y más cuando existe éste –en las prácticas más que abusivas de los grupos de empresa patológicos con sus notas típicas de unidad de dirección; confusión patrimonial; confusión de plantilla etc.<sup>42</sup>–.

A este respecto puede señalarse una serie de supuestos en que la colaboración puede y debe ser relevante en la dinámica y efectos del contrato de trabajo. Tales supuestos pueden enunciarse como sigue:

1.- Particularmente eficaz puede ser la negociación colectiva para perfilar los supuestos de hecho en que la ley autoriza la concreción. Como ha demostrado la doctrina más atenta, los sucesivos acuerdos de negociación colectiva no han dejado de recordar esta posibilidad precisando y aclarando o extendiendo supuestos a los que aplicar las mencionadas reglas, aunque con resultados insatisfactorios<sup>43</sup>. Unos resultados insatisfactorios que ratifican sentencias como la STS-IV 7 abril 2016 rec 2269/2014, que descarta que en supuesto de transmisión de plantilla derivada de la aplicación del Convenio sec-

<sup>42</sup> Sobre la noción de grupo “laboral” en el ordenamiento laboral vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (dir) GARCIA PIÑEIRO, N. (coord.), pp. 254 y ss. en “100 preguntas laborales sobre descentralización productiva”, La Ley, 2011.

<sup>43</sup> MENÉNDEZ CALVO, R., “Negociación colectiva y descentralización productiva”, CES Madrid 2009, sobre el tema pp. 83 y ss.; sobre el devenir de la negociación colectiva tras su reforma, vid. CRUZ VILLALÓN, J. (dir), “La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva” MEYSS, Madrid, 2015, esp. pp. 127 y ss.

torial provincial aplicable, se transmita la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas del cedente en periodos anteriores a la fecha de la transmisión. La mejor crítica a esa tesis, curiosamente, se deriva de los propios votos particulares de la Sentencia. Uno de ellos, concretamente, destaca cómo “si bien la doctrina de la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contratas con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 –reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008– para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea– en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que “en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica” y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando “el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”. Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho también, que “un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 y 24 de enero de 2002)”.

En síntesis: la subrogación inducida en el Convenio de sector del caso –semejante a tantos otros convenios con cláusulas de esta índole– no “se parece” a una subrogación atípica y distinta del art. 44

ET. Es una subrogación ex art. 44, con todos los elementos que le acompañan, por aplicación conforme con la Directiva 2001/23, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia comunitaria. En ese sentido la sentencia del TS de 7 de abril se aparta de esa línea jurisprudencial mayoritaria a escala comunitaria.

Pero no es éste sólo el único caso en que es posible introducir por vía interpretativa, esta vez de la ley, garantías complementarias a preceptos de contenido manifiestamente mejorable.

2.- El derecho de información al trabajador al inicio del contrato de trabajo debe implicar señalar la existencia de estos vínculos contractuales de cooperación interempresarial cuando se trata de informar sobre la identidad del empresario, que ha de ser concebido en los generosos términos en que lo hace el art. 1.2 ET. Es una obligación directamente derivada del art. 8 del ET, como parte del conocimiento que ha de tener el trabajador sobre las materias relevantes para determinar sus condiciones de trabajo. Y reformas recientes de la legalidad laboral la han hecho presente en el contexto de supuestos ordinarios de complejidad empresarial. Piénsese en la obligación respectiva de ambos empresarios de informar en el contexto de las contratas y subcontratas sobre este supuesto de hecho (art. 42 ET), y parecidamente en los supuestos de transmisión de empresas ex art. 44 ET. Piénsese en los requisitos de clarificación de la estructura compleja empresarial de la contratación a través de ETTs. No creo que sea arriesgado o excesivo extender analógicamente este principio extraíble de la legalidad laboral común a los supuestos en que la contratación tenga lugar en el seno de contratos de cooperación empresarial como los ya citados (franquicia, management, etc) o con empresas que instrumentalmente marginan la normativa sobre ETTs, y sobre cesión de trabajadores como las empresas de servicios, multiservicios o expresamente calificadas de “descentralización”. El que sus respectivos objetos no sean “inherentes” a la actividad de la empresa principal (porque no lo pueden ser, dado que la imprecisión sobre este particular es parte de su código genético) no puede quitarle relevancia jurídica al hecho de la cooperación directa con el empleador en la gestión del trabajo, que es un factor relevante en nuestro ordenamiento, directamente extraído del art. 8 ET y del deber mutuo de buena fe que a las partes impone el art. 20 ET. Destinatarios de esta informa-

ción serán tanto los trabajadores individuales –ex art. 8 ET– como los representantes legales y sindicales de los mismos, por la mutua buena fe inserta en el seno de las relaciones colectivas, no sólo en el marco de la negociación colectiva, y por la sencilla razón de que estas circunstancias son el fundamento mismo de la información relevante acerca de las condiciones de trabajo y de empleo en la empresa sobre las que aporta luz el art. 64 ET. Puede ser una guía interpretativa del alcance de la información sobre la estructura empresarial en el marco de la contratación laboral la legislación ya existente sobre las contrata y subcontratas en el ámbito del sector de la construcción que en su frontispicio coloca una serie amplia de deberes de mutua información. Entendiendo existente este deber, la sanción administrativa refrendará su efectividad si no es cumplido –poca cosa dada la escasa relevancia sancionadora que en general tienen los deberes informativos del empresario– y considero que debe de ser un indicador fundamental a la hora de evaluar la licitud de las prácticas de cooperación empresarial que de alguna manera se clandestinizan al hurtar la información a sus destinatarios.

3.- La relación pluriempresarial es relevante también a la hora de determinar la duración de los contratos de trabajo y puntualizar el momento de su extinción. La asignación del trabajador a una actividad de colaboración con otra empresa por parte de la suya propia, y la continuidad de la necesidad de seguir con el auxilio de trabajadores para desenvolverse en un negocio que no ha concluido aunque lo hiciera la contrata en cuyo contexto se concertó la cooperación –continuidad que usualmente se manifestará en el recurso a otras contrata o a mecanismos contractuales alternativos por parte de la empresa principal– debe tener consecuencias jurídicas porque el hecho jurídico es en sí mismo relevante. Debe tener consecuencias y las tuvo hasta 1998, en que el TS inició su actual y muy formalista línea interpretativa. Entiendo que ha de volverse sobre la misma examinando hasta qué punto con ella se están trasladando indebidamente sobre el trabajador los riesgos de la temporalidad de la cooperación que incumben a la empresa que le ha contratado. Así, la finalización de las contrata en este marco debe ser examinada con arreglo a los criterios que presiden el despido sin causa, por una parte, y desde la perspectiva de la eventual sucesión de empresas, centros de trabajo o unidades productivas autónomas del art. 44 ET, acentuando la relevancia de la continuidad de la actividad,

pasando por encima de criterios discutibles como la existencia de tracto sucesivo en la medida en que favorecen por sistema a la empresa principal en detrimento de los trabajadores de la contratista. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE es conocida desde el momento en que se admite la transmisión en supuestos en los que existe una colectividad organizada de trabajadores y en sectores en que resulta dominante el elemento personal frente a los medios materiales<sup>44</sup>. “Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable (véanse las sentencias Sūzen, antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP, antes citada, apartado 29)”. En nuestro país ha sido saludada como un avance esta doctrina, que tanto le ha costado asumir a nuestro Tribunal Supremo, ahora se trata de examinarla desde la perspectiva, no sólo de un avance en la interpretación del art. 44 ET, sino de una consecuencia lógica del juego del art. 1.2 ET, de la realidad continuada de la prestación de trabajo en favor de la empresa titular, y de la naturaleza compleja de la figura del empleador, que implica en la parte empresarial de la relación a la empresa cedente lo mismo que a la cesionaria.

4.- En línea con lo que se acaba de exponer, la continuidad de la relación laboral aunque se vayan sucediendo sujetos en el polo em-

<sup>44</sup> STJUE Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998 – asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-47/97. Martín Valor STJUE (Sala Tercera) de 20 de enero de 2011 (\*)En el asunto C-463/09.

presarial complejo, es otro factor que debe ser tenido en cuenta a la luz de esta realidad. De hecho, la sucesión de contratos entre nosotros no ha impedido que la jurisprudencia admita la continuidad del vínculo a efectos de antigüedad, sobre todo en el marco retributivo, pero no hay motivo trascendente para detener el análisis en este punto, por importante que sea. Así, tampoco ha retenido al legislador del art. 15.5 ET cuando, para aplicar la regla que introduce, computa la eventual sucesión de contratos con o sin solución de continuidad, incluido el recurso a las ETTs plasmando a estos efectos el principio de realidad. Aunque se detenga la norma en el caso de la cooperación por ETTs, ese principio puede guiar el razonamiento analógico del intérprete en el marco de un empresario complejo pues resulta obvia la identidad de razón. Por otra parte, este debe ser también el principio rector de la solución a dar a la cuestión de la determinación de la antigüedad del trabajador en el contexto de las relaciones entre las empresas agrupadas, mediante la toma en consideración del desempeño en supuestos de sucesión de contratos entre las empresas del grupo, constatando la unidad básica de éstas, que sería otra consecuencia de la toma en consideración del carácter complejo del empleador. Y ello, como se acaba de apuntar, aunque el desempeño continuado haya sido realizado al amparo de firmas sucesivas de contratos con las distintas empresas si la interpenetración entre ellas es un hecho que se manifiesta en la continuidad laboral. Este dato sí es tomado en consideración en los casos de grupos patológicos por parte de nuestros Tribunales. Ahora se trata de subrayar hasta qué punto es un fenómeno que trasciende a la patología; de una consecuencia que es posible por la complejidad del empresario, atendiendo a la realidad de la estructura organizativa unitaria en el contexto del contrato de trabajo. Y otra consecuencia lógica de la toma en consideración de la unidad básica de la relación laboral afecta a la propia clasificación del trabajador, a sus derechos de ascenso y promoción en el seno de la relación laboral que mantiene con la empresa compleja. La pregunta, claro, es cuál es la norma colectiva aplicable cuando, como sucede en la mayoría de los casos, no se ha hecho referencia a la unidad de base en el Convenio colectivo de sector o, más normalmente, de empresa de grupo explícitamente presentada como tal. Me permito, para responder a esta pregunta, remitir a un momento posterior en que se examina el fenómeno desde la perspectiva colectiva.

5.- La determinación del salario es otro punto sensible en el contexto de la organización empresarial compleja, siquiera sea porque hay un consenso generalizado en que las peores condiciones económicas y el ahorro que ello supone para la empresa que externaliza son una pareja de conceptos difícilmente separables y un objetivo siempre existente. Para evitar este resultado ha de tenerse en cuenta que no se trata de negar la posibilidad de que la empresa descentralizada tenga su propio Convenio, y que tengan convenios separados las empresas que colaboran si la colaboración tiene lugar en términos de autonomía mutua. Dicho lo cual, hay que valorar la existencia de los pactos interempresariales por parte de los Tribunales a la hora de examinar la razonabilidad de la existencia de una unidad separada de negociación, revirtiendo la aplicación del convenio aparente en los casos en que, particularmente, suponga un fraccionamiento injustificado de una realidad coordinada en la gestión de personal<sup>45</sup>. La doctrina de nuestros Tribunales no se ha abstenido de evaluar negativamente ese proceso de diversificación; se trata de aplicarlo al caso que nos ocupa y deducir de ello cuál sea la unidad real y aplicable, sin que sea preciso para ello esperar a alcanzar las cotas de degradación que son propias de la doctrina del grupo laboral. Punto de partida para un razonamiento análogo es la consagración del principio de igualdad de retribución con los trabajadores propios de la empresa usuaria en los casos de ETT, que como sabemos cortó una práctica de precarización progresiva que se había ido implantando tras el reconocimiento legal de éstas en 1994.

6.- Todo lo dicho alcanza una especial entidad en relación con el juego de los preceptos que desde la perspectiva laboral se han dedicado a la cooperación interempresarial (42, 43 y 44 ET<sup>46</sup>, amén de la

---

<sup>45</sup> Por lo que hace a la jurisprudencia, la cuestión llega al nivel de manuales: “el Tribunal Supremo ha señalado que la elección del ámbito de negociación por las partes contratantes debe de hacerse atendiendo al criterio de la <<unidad apropiada de negociación>> [STS de 19 de diciembre de 1995 (Ar 9315)], debe de tratarse de <<unidades adecuadas a las características y necesidades propias de quienes las constituyan>>, esto es, <<unidades razonables o apropiadas>>, no pudiéndose incluir empresas o subsectores con intereses específicos que exijan una regulación diferenciada o autónoma [SSTS de 27 de abril y 30 de octubre de 1995 (Ar 3273 y 7930)]” <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/teoria-de-la-negociacion-colectiva/material-de-clase-1/tema3.pdf>.

<sup>46</sup> En un interesante supuesto de esquirolaje externo en el marco de una sucesión empresarial STS-IV 6 octubre 2015 rec. 268/2014.

regulación de las ETTs). Este juego no puede permanecer al margen de esta tendencia, sino que resultará profundamente afectado por ella en todos los ámbitos de la realidad laboral ampliamente diseñada por la jurisprudencia del TJUE. “Las grúas y locales que ADIF puso a disposición de Algeposa son elementos indispensables para desarrollar la citada actividad. En cuanto al hecho de que esos elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad hayan pertenecido siempre a ADIF, el Tribunal de Justicia recuerda que la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23. En efecto, el TJUE ya ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva”. Por último, el Tribunal de Justicia subraya que “el hecho de que ADIF no se hiciera cargo de los trabajadores de Algeposa no basta para excluir que la entidad económica de que se trata haya mantenido su identidad y no permite negar, por tanto, que se trate de una transmisión de empresa en el sentido de la citada Directiva”<sup>47</sup>.

Esta orientación ya está siendo intensificada cada vez más en sucesivas reformas: el incremento de los deberes de mutua información y las limitaciones a la estructuración compleja del empresario en sectores sensibles como construcción, constituyen una muestra de particular importancia de esta tendencia, pero se trata de avanzar en esta vía, que de otra manera puede conducir a ignorar derechos básicos de los trabajadores como, por ejemplo, el derecho de huelga, como el TC puso de manifiesto en la Sentencia sobre el caso Samoa<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> STJUE 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14 Aira Pascual y otros, en que la Corte declara que “la Directiva 2001/23 relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, es aplicable a supuestos en los que una empresa pública pone fin al contrato de gestión de servicios y decide explotar la actividad con su propio personal”.

<sup>48</sup> Sobre la solidaridad –incluso las posibilidades de que ésta exista entre los empresarios coaligados sin pronunciamiento legal o convencional al respecto, vid una acertada síntesis de la llamada “solidaridad impropia” en la doctrina del Tribunal Supremo: “resulta que la jurisprudencia viene aplicando la expresión solidaridad impropia para referirse a todos aquellos casos en los que dos o más personas están obligadas a reparar el mismo daño; y ello con independencia de que:

Efectivamente, en la serie de Sentencias que generó el caso, el TC pone al descubierto la conexión entre los despidos por fin de contrata producidos por la empresa contratista y el cese de la contrata misma a consecuencia del ejercicio del derecho de huelga en el seno de ésta y los problemas que producía en la empresa principal. Y declara la nulidad de los despidos generados en la empresa contratista aunque fuera real la causa alegada para terminar el contrato, pues efectivamente la empresa principal había procedido a rescindir la contrata. La nulidad es ineludible en el razonamiento de la sentencia aunque deje en blanco de alguna manera cuáles han de ser las consecuencias de esa nulidad remitiendo la solución definitiva al estudio del caso y al análisis de las concretas circunstancias por el juzgador *a quo*. Cuál ha de ser la empresa obligada a readmitir y cómo se reparten entre las empresas afectadas la responsabilidad por la cuantía de las indemnizaciones que procede abonar si la readmisión queda fallida por carecer la empresa contratista –contratante formal y real– de puestos a los que readmitir al trabajador una vez finalizada la contrata. Se trataba de una contrata real y en ningún momento se cuestiona la realidad de la empresa contratante, pero el juego de los pactos interempresariales genera una lesión del derecho de huelga en los trabajadores de esta última y el efecto es saltar sobre los ámbitos empresariales para poner de manifiesto el efecto perjudicial para el derecho fundamental invocado. Una conducta que es exigible a los Tribunales de justicia aunque<sup>49</sup> “no se aprecia la existencia de connivencia entre ambas empresas dirigida a lograr la extinción de los contratos de los tra-

(a) La obligación conjunta se deba a que todos ellos han causado simultáneamente el daño, bien sea debido a que todos han contribuido en una misma acción, bien a que se haya producido una concurrencia de causas.

(b) La obligación conjunta se deba a que unos hayan causado el daño y otros deban responder por los primeros, bien porque así lo indique alguna norma (principalmente los arts. 1903 y 1596), bien porque el que debe responder así lo haya pactado con el causante del daño, como ocurre en el seguro de responsabilidad civil”. ATAZ LÓPEZ, J., “La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. El subrayado es mío. En <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20Joaquin%20Ataz%20.pdf>

<sup>49</sup> Pleno. Sentencia 75/2010, de 19 de octubre de 2010 (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010). En el mismo sentido y en el mismo conflicto SSTC 76/2010 y 98/2010, de 16 de noviembre de 2010. Sobre el tema SANGUINETTI RAYMOND W., “La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas”, *Revista de Derecho Social* núm. 74, 2016.

bajadores, o, dicho de otra forma, que la decisión de rescisión de la contrata mercantil, determinante de la consiguiente extinción de los contratos laborales, fue adoptada única y exclusivamente por la empresa principal. En efecto, no consta en los hechos probados elemento alguno que permita deducir, ni siquiera indiciariamente, la existencia de un tal acuerdo, ni se advierte cuál sería la lógica del mismo, dado que la rescisión de la contrata no parece que pudiera ocasionar sino un perjuicio a la empresa contratista, cifrado en la pérdida de la actividad productiva objeto de la contrata. Antes al contrario, han quedado acreditados los esfuerzos desarrollados por ésta para evitar la rescisión de la contrata, tratando de alcanzar un acuerdo con los trabajadores sobre las diferentes cuestiones objeto de negociación y advirtiéndoles del riesgo de que la empresa principal decidiera rescindir la contrata de no retirar la denuncia presentada, como así finalmente sucedió”. Por todo lo cual “no se ha apreciado tampoco la existencia de la denunciada cesión ilegal de mano de obra de la empresa contratista a la principal, cuestión ésta de estricta legalidad ordinaria que ha sido resuelta por las resoluciones judiciales recurridas con base en los hechos probados y mediante una aplicación razonada, no arbitraria, ni patentemente errónea de los criterios legales y jurisprudenciales que disciplinan dicha institución”<sup>50</sup>. “En el caso que ahora consideramos ha quedado plenamente acreditado que el trabajador demandante de amparo ha perdido su empleo como consecuencia del ejercicio de sus derechos fundamentales y, por tanto, con vulneración de los mismos. Pese a ello, las resoluciones judiciales recurridas han rechazado la existencia de cualquier responsabilidad de las dos empresas afectadas, impidiendo que dicha vulneración sea reparada a través de la garantía básica establecida por la legislación laboral a tal fin, esto es, la declaración de nulidad del despido. Y a este desamparo se llega, precisamente, como consecuencia de lo que constituye la esencia misma de los procesos de subcontratación, esto es la fragmentación de la posición empresarial en la relación de trabajo en dos sujetos, el que asume la posición de empresario directo del trabajador, contratando con éste la prestación de sus servicios, y el que efectivamente recibe éstos, de una manera mediata y merced a un contrato mercantil. En la práctica si no pudiese otorgarse tu-

<sup>50</sup> STC 75/2010, FJ 5.

tela jurisdiccional ante vulneraciones de derechos fundamentales en supuestos como éste, se originaría una gravísima limitación de las garantías de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de procesos de descentralización empresarial, cuando no directamente a su completa eliminación, lo que resulta constitucionalmente inaceptable”<sup>51</sup>.

7.- El ámbito preventivo es otro de los que es impactado desde el momento en que se genera una cooperación empresarial y hasta cierto punto introduce reglas nuevas, rectoras de la cooperación, potenciando jerarquías internas en las empresas que cooperan para propiciar la introducción de las reglas laborales preventivas en el juego de la misma, señalando esta jerarquía competencias empresariales y también, en su caso, responsabilidad. De alguna manera la regulación de la subcontratación en la construcción no debe ser una excepción proyectada sobre una actividad “peculiar” sino un modelo de regulación y de detección de los principios aplicables en el seno de la empresa compleja desde el ordenamiento de la prevención de riesgos laborales. Y no lo es si se contempla el sentido profundo del art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: *“1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.*

*2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.*

---

<sup>51</sup> Sobre la incidencia de la existencia de una empresa compleja en el marco del derecho de huelga, en su supuesto declarado de esquirolaje externo, vid. El interesante resumen jurisprudencial y la no menos interesante doctrina de la STS-IV de 20 abril 2015, rec. 354/2014.

3. *Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.*

4. *Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.*

5. *Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo”. Obsérvese cómo, a pesar de la realidad de las empresas que cooperan –que no se cuestiona en ningún momento– la ley señala a una de ellas, la titular del centro de trabajo, otorgándole deberes y competencias especiales –acompañados de la responsabilidad correlativa– propios de la empresa principal en la agrupación, que abarcan a todas las empresas concurrentes e incluso a los trabajadores autónomos implicados. Y que sujetan a esta empresa “principal” a una posición especial de responsabilidad *in vigilando* que es la consecuencia de atenuar, en el caso y para todo un fundamental bloque normativo, los efectos de las fronteras creadas por la diversificación empresarial.*

8.- Y parecidamente habría de incidir la consideración compleja del empresario en el momento de la extinción del contrato de trabajo; nuestra jurisprudencia ya ha tomado en cierto modo el camino en el contexto del juego de la causa económica, proyectándolo sobre el conjunto de empresas agrupadas. Ahora bien, cabe plantearse hasta qué punto queda justificada la parcelación en relación con las causas técnicas, organizativas y productivas, que pueden tener también una proyección plural sobre todo si se toma en consideración la posibilidad de recolocación del trabajador o trabajadores afectados en otras empresas del grupo, solución que no sólo consiste en uno de los contenidos de la negociación en periodo de consultas, sino que debería incorporarse al momento de evaluar la licitud

misma del despido y su proporcionalidad, particularmente, aunque no solo, en el supuesto de la causa organizativa. La reestructuración de la empresa, por ejemplo, en el contexto de un proceso de filialización, puede ser y debe ser examinada desde la perspectiva del conjunto y no sólo de la razonabilidad del proceso empresa por empresa, imponiendo en el control de razonabilidad el examen de las posibilidades de recolocación de trabajadores entre las empresas agrupadas. Si se desconoce esta realidad y se revisa la licitud del despido al margen de la agrupación de empresas, separadamente, se proporciona al trabajador una tutela judicial parcial y se hurtan al control colectivo aspectos cruciales del devenir empresarial sin que haya una adecuada justificación de este hiato.

9.- La dimensión colectiva del fenómeno es otro de los campos globalmente afectados por la complejidad empresarial. Ya se apunta esta posibilidad en algunos preceptos del ET –los dedicados a determinar los sujetos legitimados en la negociación de convenios de grupo, vertical u horizontal– y, de alguna manera, aunque reconocida esta posibilidad en un precepto ubicado en el Título I del ET, art 51, el derecho de información de los trabajadores es un vehículo privilegiado para la efectividad y licitud de los existentes en todo el marco de las empresas agrupadas. Sobre todo a la hora de los despidos colectivos, es crucial la toma en consideración de la influencia de la competencia decisional origen del despido, que ha de ser seguida por la información a los trabajadores por parte de la empresa secundaria, con independencia de que no haya sido quien ha tomado la decisión extintiva, y que constituye una solución que la normativa comunitaria impulsa decididamente, art. 7.4. 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: *“las obligaciones previstas en el presente artículo serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle. En lo que se refiere a las presuntas infracciones de las obligaciones de información y de consulta previstas en la presente Directiva, no podrá aducirse como justificación, que una empresa bajo cuyo control se halle el empresario no facilitó la información necesaria”*.

10.- Como se ha apuntado anteriormente, la negociación colectiva es otro campo abierto para interiorizar las consecuencias de la agrupación de empresas. No sólo con el mecanismo de legitimación específica para la negociación del convenio expuesto en el art. 87 ET, en el que, al cabo, se ha recogido lo que era doctrina de nuestros Tribunales; tampoco en el marco regulador de supuestos de transmisión mencionados en el anterior apartado 1, sino también y sobre todo, desde el punto de vista de señalar cuál es la fuente de regulación de las relaciones intragrupo, tanto si son explícitas como si son el resultado de una práctica de movilidad laboral en el grupo, lo que lleva a cuestionarse cuál es el Convenio aplicable en el marco de la negociación colectiva en estos fenómenos de movilidad intragrupo y la razonabilidad misma del fraccionamiento de las normas en una realidad unitaria<sup>52</sup>. Aun cuando no haya obstáculo legal a la negociación de convenios independientes, que no lo hay, la interpretación de la regla aplicable al caso no puede dejar de verse condicionada por su inserción en la realidad de una empresa plural y por la normativa que rige en la empresa principal, que por ser de empresa no puede verse condicionada por la negociación de convenios de ámbito distinto en los términos del art 84.2 ET, siendo éste el Convenio dominante<sup>53</sup>. Buscando –mejor dicho, partiendo– de la identidad de razón, la extensión a los supuestos de empresas agrupadas del principio de igualdad de condiciones con los trabajadores de la empresa principal consagrado en beneficio de los trabajadores en misión de las ETTs es una pista adecuada para coordinar la pluralidad eventual de convenios con la unidad de resultados propia de la empresa unitaria *de facto*. Y un elemento clave a la hora de frenar la precarización, desincentivando uno de los motivos clave de la empresa principal para disgregarse en el grupo.

11.- Y es precisa una especial sensibilidad especial por parte de los Jueces y Tribunales a la hora de admitir los supuestos de creación de instancias representativas que excedan del marco de la empresa

<sup>52</sup> La razonabilidad en la selección de la unidad de negociación es uno de los límites que se viene abriendo paso en la jurisprudencia, reconduciendo las consecuencias más patentes del principio de libertad del art. 83 ET.

<sup>53</sup> Sobre el papel del Convenio de empresa en la legislación vigente, vid. LÓPEZ ANIORTE M.C., “Nuevas reglas de concurrencia de convenios y descentralización de la negociación colectiva. La empresa como unidad de negociación prevalente” LABORUM, Murcia 2014, especialmente pp. 87 y ss.

formal para extender su influencia sobre el conjunto, interpretando en esta clave los preceptos que se han revelado obstáculos a tener en cuenta estas realidades.

La creación de órganos específicos de representación dentro de las empresas agrupadas, con enlace directo en la vertiente organizativa de la libertad sindical, ha de ser el instrumento de representación procedente, soslayando las dificultades que plantea una legislación –la del Título II del ET– que ha sido manifiestamente diseñada para empresas unitarias, preferentemente con un único centro de trabajo, y que por ello mismo requiere su adecuación a las nuevas realidades productivas. Además ha de postularse el acceso de representantes del sindicato a los diversos centros de trabajo, y la circulación de la información a las instancias sindicales, compatibles con el deber de sigilo en la línea de uso prudente de la información que ha acabado por imponerse para la interpretación del art. 65 ET<sup>54</sup> y que es inescindible del fenómeno de agrupación legal en la norma comunitaria cuando se enfrenta a estas realidades. En efecto, así sucede en relación con la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo (Directiva 2009/38/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria).

12.- Y el propio conflicto colectivo es otro campo al que se ha de aproximar la legislación de grupos y, en todo caso, la interpretación flexible de las normas. Sobre todo, las huelgas a este nivel han de ser tomadas en consideración cuando se cruza la realidad conflictiva con la complejidad empresarial, modernizando la interpretación de una norma reguladora que se remonta más de 30 años atrás, a efectos de considerar la licitud de la huelga, las instancias negociadoras en su seno y la extensión subjetiva de sus efectos, incluidos por supuesto los del acuerdo de fin de huelga. La sentencia TC del caso Samoa, ya citada, es una muestra doctrinal que debe de ser seguida en el ámbito de la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios, en la medida en que implanta el principio de realidad a la hora de valorar la huelga y sus efectos.

---

<sup>54</sup> BOZA PRO, G., “El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores” Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

En fin, todos los ámbitos del derecho del trabajo han de verse afectados de alguna manera cuando la empresa no sólo descentraliza, sino que internacionaliza su dimensión, mediante la creación de filiales en otros países o la celebración de contratos de colaboración en ese ámbito con empresas de países distintos, atraída, entre otras cosas, por el ahorro de costes. A escala europea, como se acaba de ver, va emergiendo esta línea de regulación en relación con el Comité de Empresa europeo o la participación de los trabajadores, o la misma negociación colectiva a este nivel, a pesar de sonados retrocesos en general protagonizados por la versión dominante de las libertades económicas y el derecho de la competencia<sup>55</sup> sobre el ejercicio y efectividad de derechos laborales. Dentro de la Unión, la ausencia de sensibilidad social subyacente a sentencias como la Viking y concordantes, no tiene comparación con el nivel de degradación de las condiciones laborales en el contexto internacional más allá de la propia UE y la ausencia de algo más contundente que declaraciones no vinculantes exhortando a la regularización de las relaciones laborales también a este nivel no es una situación tolerable. En esta línea las declaraciones de responsabilidad social corporativa constituyen un incógnito de difícil interpretación y más difícil efectividad. La mejor síntesis, sus propios textos. Así como lo hace, por ejemplo entre tantos, el Código de Colgate: “La compañía cuida su gente: el personal de Colgate, sus clientes, accionistas, consumidores, proveedores y socios comerciales. Colgate tiene el compromiso de actuar con compasión, integridad, honestidad y altos estándares éticos en todas las situaciones, de escuchar con respeto a los demás y de valorar las diferencias. La compañía también tiene el compromiso de proteger el medioambiente global, mejorar las comunidades en las que viven y trabajan los integrantes de Colgate y cumplir con todas las leyes y reglamentaciones gubernamentales”. La vinculabilidad de estas declaraciones es discutible a pesar de los esfuerzos teóricos que se han dedicado, también entre nosotros, al análisis del tema<sup>56</sup>. Entiendo que acabará siendo

<sup>55</sup> Una visión de conjunto del problema y sus dimensiones en, Goerlich Peset (dir), “Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado” CES, Madrid 2011, especialmente pp. 19 y ss.

<sup>56</sup> LÓPEZ CUMBRE, L. (dir), “Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa” Comares, Granada, 2013, es una muestra de síntesis de esta rica orientación en la doctrina española.

más viable, quizás como respuesta estadística, la negociación a escala de empresa internacional o, en los raros supuestos en que va existiendo, la negociación de sector a este nivel, para perfilar unos derechos básicos que se han demostrado tan útiles en otros ámbitos a escala interna (piénsese en la negociación del principio de igualdad de trato, a mi juicio, un potentísimo freno de este tipo de prácticas empresariales).

La última pregunta a hacer en el marco que se ha diseñado es por qué sucede todo lo contrario a lo que se ha auspiciado en el apartado anterior. Por qué se puede seguir diciendo sin la más mínima exageración que “Esta sorprendente falta de interés, o incluso «desidia», mostrados a la hora de perfilar los alcances de la noción de empleador no resulta difícil de explicar. Lo que ocurre es que, hasta el momento, el empleador ha venido siendo para el Derecho del Trabajo un personaje sin rostro. Es decir, un sujeto que, aunque podía comparecer al tráfico jurídico de muy diversas maneras (como persona física o jurídica o incluso ente sin personalidad, de carácter público o privado, con fines lucrativos o benéficos, etc.), interesaba a éste desde una sola perspectiva: en tanto sujeto que contrataba la prestación de trabajo y, por tanto, recibía los servicios del trabajador.

Esta noción «refleja», «traslativa» o «mediata» del empleador como mero acreedor del trabajador no es gratuita, sino que ha respondido históricamente a un claro propósito garantista. En concreto, de lo que se trataba era de no incluir ningún elemento o rasgo definitorio particular de la figura del empleador con el fin de asegurar la mayor extensión posible del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo; el cual ha venido siendo definido en la inmensa mayoría de los ordenamientos en función del tipo de trabajo –identificado por el legislador como subordinado o dependiente– desarrollado por el trabajador”<sup>57</sup>. Entiendo que va siendo hora de superar esta visión primitiva y centrar la atención en el empresario en este siglo, en este Derecho del Trabajo, cuando su estructura está diseñada para buscar fines contrarios a la aplicabilidad de las normas laborales que fueron justamente la causa de la visión refleja del mismo.

<sup>57</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “La dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española. Una visión de conjunto de la gestión laboral transnacional de las multinacionales españolas”, Ed. CINCA, Madrid, 2014.

# ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA SUCESIÓN, EXTINCIÓN Y REDUCCIÓN DE CONTRATAS

*Ricardo Bodas Martín*

Presidente de la Sala Social de la Audiencia Nacional

## 1. INTRODUCCIÓN

Las contratas y subcontratas son una manifestación típica de la descentralización productiva, por la que la empresa principal o comitente encomienda a otra u otras la realización de una actividad o de parte de su proceso productivo, manteniendo cada empresa su independencia y autonomía. Se trata de un fenómeno emergente, generalizado históricamente en sectores como la construcción y obras públicas, aunque en la actualidad se ha extendido geométricamente en el sector servicios. En efecto, aunque el objeto de la contratación y la subcontratación se orientaba tradicionalmente hacia actividades necesarias<sup>58</sup>, pero ajenas al proceso productivo de la empresa principal, como la limpieza, vigilancia, o la restauración, es cada vez más habitual, que se extiendan a todo el proceso productivo<sup>59</sup>, entendiéndose que, para delimitar este concepto de

---

<sup>58</sup> GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. Lecciones de derecho del trabajo.

<sup>59</sup> Y en ese cuerpo de doctrina el último pronunciamiento del Tribunal Supremo es, salvo error u omisión de nuestra parte, está contenido en la sentencia del Alto Tribunal de 29 de octubre de 2013 (rec. 2558/2012, Ponente Excmo. Sr. Luelmo Millán) y en la que, como indica el propio Tribunal, lo que se discute por las partes del procedimiento es, tanto en la sentencia recurrida como en la que es objeto de comparación, “el alcance de la condena en casos de régimen de contratas y subcontratas y de la responsabilidad solidaria que de ello podría derivarse”. El Tribunal no hace otra cosa en la misma sentencia que repetir lo que manifiesta con criterio que considera único al efecto. Sobre dicha cuestión, advierte así el Alto Tribunal, “esta Sala tiene declarado en sus sentencias de 5 de noviembre y 7 de diciembre de 2012 (recs. 191/2012 y 4272/2011) que “para delimitar este concepto de “propia actividad” la doctrina mayoritaria entiende que son las “obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa”, y que “nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por

“propia actividad”, debe distinguirse entre “obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa”, de manera que, de no haberse concertado por la empresa principal, debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial y aquellas otras obras o servicios, necesarios para el funcionamiento de la empresa, pero que no afectan a su ciclo productivo<sup>60</sup>.

La contratación o subcontratación de obras o servicios de la misma actividad de la comitente activarán las responsabilidades previstas

---

el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial” (SSTS 18 de enero de 1995, rec. 150/1994; 14 de noviembre de 1998, rec. 517/1998; 22 de noviembre de 2002, rec. 3904/2001 y 11 de mayo de 2005, rec. 2291/2004)...”. Así, y en relación a la actividad de transporte sanitario que contempla en las actuaciones mencionadas, apuntará que “concretamente se consideran tales los supuestos de transporte sanitario tanto de urgencia (SSTS 23 de enero de 2008, rec. 33/2007 y 3 de octubre de 2008, rec. 1675/2007), como el ordinario no urgente, porque el servicio de transporte sanitario es “indispensable para prestar una correcta atención sanitaria” (STS 24 de junio de 2008, rec. 345/2007)...(y) siendo esto así, es claro que si el transporte sanitario se considera “actividad propia” del Servicio Canario de Salud por tratarse de una actividad indispensable para prestar una atención sanitaria correcta, al contratarse por el Servicio de Salud ese transporte sanitario con la empresa pública demandada GSC, con facultades para realizarlo por sí misma o encomendárselo, a su vez, a terceros mediante la correspondiente subcontrata, pasa a ser también “actividad propia” de la referida empresa pública, así como de los demás subcontratistas que asumen el transporte sanitario dentro de lo que es su objeto social, dando lugar por tanto a la responsabilidad solidaria de todos ellos conforme a lo dispuesto en el art. 42 ET”. A partir de dicho criterio no podemos en el caso que ahora enjuiciamos sino confirmar la decisión adoptada por el órgano judicial de instancia. Dificilmente podemos entender que el diseño y construcción de las propias canalizaciones que han de servir a la distribución del gas resultan ajenas al ciclo productivo de la recurrente por cuanto resultaría materialmente imposible, no podemos sino constatar, el desarrollo de su actividad al margen o con independencia de la existencia de dichas canalizaciones de manera que la actividad relativa a su construcción, hemos de concluir, ha de tenerse como parte o integrante en el núcleo de actividad que definirían las actividades principales de la empresa. O, y dicho de otro modo, modo también empleado por el Alto Tribunal, estamos ante una contrata de servicios en la relación mantenida entre las dos recurrentes desde el momento en que, y de no haberse concertado dicha contrata, las obras y servicios a las que la misma remite tendrían que materializarse o realizarse por la propia recurrente Gas Natural so pena no ya de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial sino, y simplemente, de poder llevarla a cabo. Habiéndose pronunciado en este sentido el órgano judicial de instancia no podemos sino descartar la existencia de infracción legal alguna de las denunciadas por la empresa Gas Natural debiendo en este sentido, y también, confirmar la decisión recurrida en todos sus términos (STSJ Cataluña 6 de octubre de 2015, rec. 3339/2015).

<sup>60</sup> STSJ Cataluña 23 de marzo de 2015, rec. 6191/2014.

en el art. 42 ET, lo que sucederá cuando un hotel subcontrate la actividad de restauración<sup>61</sup>, o cuando la empresa subcontrate obras relacionadas con su propia actividad<sup>62</sup>. Por el contrario, cuando no se contrate o subcontraten obras o servicios de la propia actividad, no se actualizarán las responsabilidades del art. 42 ET, como sucederá con la limpieza de hospitales<sup>63</sup>, ni tampoco cuando la obra contratada o subcontratada afecte a la actividad constructiva o modificativa de las instalaciones de la propia empresa, puesto que no forman parte de la propia actividad<sup>64</sup>, o cuando se entienda, que la relación existente entre las partes no es propiamente una contrata, sino un contrato de agencia<sup>65</sup>.

## 2. LA GENERALIZACIÓN DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS Y SUS RAZONES

La generalización del fenómeno trae causa en diversos motivos, sintetizados por la doctrina científica<sup>66</sup>:

- a. Fomenta la eficiencia de las empresas, quienes pueden concentrar su gestión en las actividades nucleares o esenciales,

<sup>61</sup> STSJ Sevilla 27 de noviembre de 2014, rec. 2738/2013.

<sup>62</sup> STSJ Cataluña 23 de marzo de 2015, rec. 6191/2014.

<sup>63</sup> STSJ Comunidad Valenciana 11 de diciembre de 2014, rec. 1693/2014 y 15 de mayo de 2015, rec. 2519/2014.

<sup>64</sup> STSJ Cataluña 20 de marzo de 2015, rec. 171/2015.

<sup>65</sup> La actora había venido prestando servicios para Guadalefón S.L. hasta la fecha de su despido, el 4 de junio de 2013. El 1 de julio de 2010 dicha empresa y Telefónica Móviles suscribieron un contrato denominado “de colaboración” por el que Guadalefón S.L. se obligaba a mediar, formalizar y promover la venta y/o contratación de los productos y servicios (telefonía móvil digital) en nombre y por cuenta de Telefónica Móviles España, en todo el territorio nacional, sin exclusividad. La cuestión litigiosa se ciñe a determinar si procede declarar la responsabilidad solidaria en el pago de parte de la condena derivada de las demandas de despido y extinción contractual interpuestas. La Sala de suplicación consideró que la venta de los productos de Telefónica de España y Telefónica Móviles España es una operación que forma parte del ciclo productivo de la empresa principal lo que permite incardinar la actividad en la contrata o subcontrata del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Criterio del que discrepa el Tribunal Supremo, por entender que la relación debe calificarse como propia del contrato de Agencia (Ley 12/1992), no de contrata o subcontrata (STS 15 de diciembre de 2015, rec. 2614/2014 y 2653/2014).

<sup>66</sup> MERCADER UGUINA, J., Lecciones de derecho del trabajo.

externalizando las que no lo sean, beneficiándose, además, de la división del trabajo y la especialización de las empresas contratadas o subcontratadas, que le ahorrarán costes en formación e inversiones propias de las actividades afectadas, lo que diversificará su riesgo económico.

- b. Permite utilizar los servicios de empresas especializadas en nuevas tecnologías, que requieren alta especialización, como la publicidad, el marketing, la asistencia técnica, la comercialización y actividades de gestión de inmuebles, seguimiento y recuperación de créditos morosos<sup>67</sup>.
- c. Aprovecha el mejor trato fiscal a las pequeñas y medianas empresas.
- d. Simplifica la gestión empresarial de los recursos humanos, cuya gestión descentralizada se desplaza a las contrata o subcontratas.
- e. Permite finalmente la generalización del contrato de obra o servicio determinado, que puede asociarse a la duración de la contrata o la subcontrata<sup>68</sup>.

### **3. CONCEPTO Y REQUISITOS EXIGIDOS A LA CONTRATA Y SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS**

La contrata es un negocio jurídico, asociado normalmente al contrato de arrendamiento de obras y servicios, regulado en el art. 1.588 CC, aunque puede fundarse en otros contratos equivalentes, como los contratos y concesiones administrativas<sup>69</sup>, por el que el contratista se obliga a realizar una obra o servicio determinado a favor del empresario principal o comitente, quien abona un precio por dichas actividades. La subcontrata es el acuerdo contractual entre un contratista y un subcontratista, mediante el cual el primero encarga al segundo la realización de parte de la encomienda recibida del empresario principal o comitente.

<sup>67</sup> SAN 26 de febrero de 2015, proc. 330/2015 y SAN 7 de abril de 2016, proc. 365/2015.

<sup>68</sup> STSJ Madrid 2 de diciembre de 2015, rec. 706/2015 y STSJ Sevilla 31 de marzo de 2016, rec. 3121/2014.

<sup>69</sup> STS 15 de julio de 1996, rec. 1089/1996.

Los requisitos, para el despliegue de las contratatas y subcontratatas, son los siguientes:

- a. La contratista o subcontratista deberá desplegar una organización productiva propia, con medios materiales y/o personales ajustados a la actividad contratada o subcontratada y utilizarlos efectivamente para la actividad contratada o subcontratada.
- b. Deberá asumir los riesgos y obligaciones de las actividades empresariales contratadas y subcontratadas.
- c. Deberá ejercer finalmente las actividades de dirección y organización de sus medios materiales y/o personales para atender a las actividades reiteradas y ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad, siempre fuera del ámbito de la organización y dirección de la empresa que les haya contratado<sup>70</sup>, sin perjuicio de que aplique las instrucciones de la empresa principal<sup>71</sup>.

#### **4. LAS FRONTERAS DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**

Como se anticipó más arriba, el presupuesto, para que se utilice lícitamente las modalidades de contratación o subcontratación, es que la empresa contratista o subcontratista despliegue efectivamente los medios materiales y/o personales necesarios para la realización de la actividad contratada y subcontratada y que lo haga con autonomía e independencia de la empresa principal o comitente. Cuando no suceda así y el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario, no estaremos propiamente ante una contrata o subcontrata lícita, sino ante una cesión ilegal de trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el art. 43.2 ET.

<sup>70</sup> STSJ Cataluña 14 de octubre de 2015, rec. 1233/2015; 19 de junio de 2015, rec. 1118/2015 y 1 de febrero de 2016, rec. 4964/2015.

<sup>71</sup> STSJ Madrid 2 de diciembre de 2015, rec. 706/2015.

Así pues, deberá distinguirse obligatoriamente entre las contrata o subcontratas, amparadas plenamente en nuestro ordenamiento jurídico, que no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva, como se desprende del artículo 42.1 ET, que regula la contratación o subcontratación para “la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa”, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores», acreditando, de este modo, que la contrata de obras y servicios de la propia actividad no es una actuación meramente tolerada, sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa. Por el contrario, en los supuestos, en los que el contratista o subcontratista se limite a proporcionar mano de obra sin el debido encuadramiento por su parte, estaremos ante una cesión ilícita de trabajadores.

La frontera entre ambas figuras obligará a ponderar las circunstancias concretas existentes para determinar precisamente a quien corresponde propiamente la condición de empresario real, que será el contratista o subcontratista cuando desplieguen efectivamente su organización empresarial para el desempeño de las actividades contratadas o subcontratadas, o el comitente, cuando la contrata o subcontrata no cumpla los estándares referidos más arriba. Algunos elementos para distinguir ambas situaciones, partiendo de la esencial necesidad de ponderar las concretas circunstancias del caso a fin de determinar quien es el empresario efectivo<sup>72</sup>, son las siguientes:

- El suministro de mano de obra no organizada y sin aportar ninguna infraestructura<sup>73</sup>.
- El número de trabajadores, pues cuando se aporta un escaso número de trabajadores a la relación interempresarial es poco

<sup>72</sup> STS 25 octubre 1999, RJ 1999/8152.

<sup>73</sup> STS 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997 o 25 de octubre de 1999, RJ 1999/8152; STS 14 de septiembre de 2001, RJ 2002/582 o 17 de enero de 2001, RJ 2002/3755.

probable que se esté poniendo en juego una verdadera organización empresarial y sí más lógico que se propicie un mero suministro de mano de obra, máxime si tal deducción se confirma por la identidad de quienes imparten las instrucciones habitualmente<sup>74</sup>.

- El efectivo ejercicio del poder de dirección es, a la postre, el dato esencial, habiéndose reiterado la doctrina en el sentido de que el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal<sup>75</sup>, puesto de que lo que en realidad se trata es de averiguar quien es el verdadero empresario y si éste coincide con el empresario formal o no<sup>76</sup>.

Por consiguiente, los presupuestos constitutivos, para que estemos ante una contrata o subcontrata, admitida legalmente por el art. 42 ET, requieren la existencia de dos reales empresas, con entramado organizativo y con personal y patrimonio propios que se prestan, una a la otra, un determinado servicio u obra que se encuadra en el marco de la actividad industrial, comercial o de servicios, propia de la empresa contratista, revelándose, dicha actividad, como tangencial respecto de la que caracteriza a la empresa principal o contratante. Si estas circunstancias no concurren y se utiliza, por tanto, de modo anormal o irregular el negocio jurídico de la contrata o subcontrata se estará ante el hecho ilícito de la cesión ilegal de mano de obra, hasta ahora, absolutamente prohibido<sup>77</sup>.

Así, cuando el desarrollo de la actividad laboral en las instalaciones de la entidad principal, que organiza el trabajo y dota de los medios materiales necesarios, prestando servicios conjuntamente con el resto del personal de la entidad cesionaria, que es un organismo público, concurrirá cesión ilegal de trabajadores<sup>78</sup>; también cuando se trate de contrata de servicios aparente, cuya actividad se presta

<sup>74</sup> STS 20 de septiembre de 2003, RJ 2004/260.

<sup>75</sup> STS 17 de julio de 1993, RJ 1993/5688.

<sup>76</sup> STSJ Cataluña 1 de enero de 2016, rec. 4964/2015.

<sup>77</sup> STSJ Cataluña 19 de junio de 2015, rec. 1118/2015 y 14 de octubre de 2015, rec. 1233/2015.

<sup>78</sup> STSJ Las Palmas 7 de octubre de 2014, rec. 938/2013.

íntegramente en las instalaciones de la comitente con sus medios materiales y bajo su dirección<sup>79</sup>; así como en supuestos en los que la actividad se limitó a suministrar mano de obra, mediante la apariencia de una contrata de servicios, desarrollándose la actividad laboral investigadora en los locales y con los medios propios de la entidad universitaria cedente<sup>80</sup>.

Por el contrario, no concurrirá cesión ilegal de trabajadores en concesión administrativa, en la que la empresa contratista mantiene el poder directivo y organizativo sobre la trabajadora, aportando la mayor parte de los medios de producción, y reservándose la entidad titular las correspondientes funciones técnicas y de vigilancia<sup>81</sup>, ni tampoco cuando se acredita que la contrata gestionó efectivamente la externalización de la gestión del material audiovisual de la Corporación de Radio Televisión Española, entendiéndose que concurre causa productiva para extinguir el contrato, cuando se ha reducido significativamente el objeto de la contrata<sup>82</sup>, ni concurrirá, del mismo modo, cuando la empresa concesionaria de los servicios auxiliares de la Universidad mantiene el poder directivo y despliega sus propios medios, aunque haya de adecuarse a las instrucciones de la entidad principal<sup>83</sup>; también, cuando la actividad contratada consiste en la gestión del “proyecto de inserción socio-laboral con familias en riesgo de exclusión social”, apoyado en contrataciones administrativas sucesivas con el Ayuntamiento en las que se ha desplegado realmente una organización empresarial<sup>84</sup>. Se ha concluido, del mismo modo, que no concurre cesión ilegal, aunque se trate de empresa mixta, conformada por la DP y accionistas privados, con mayoría de la DP en el consejo de administración, fijándose precios por la DP, que puso los medios materiales para el desempeño de la actividad, comprometiéndose a la reversión del servicio, habiéndose acreditado que la empresa no pagó el canon por el uso de los medios materiales, por cuanto se trata de gestionar un servicio público, habilitándose legalmente la posibilidad de ha-

<sup>79</sup> STSJ Galicia 20 de enero de 2015, rec. 4047/2014.

<sup>80</sup> STSJ Galicia 12 de mayo de 2015, rec. 2664/2013.

<sup>81</sup> STSJ Sevilla 6 de noviembre de 2014, rec. 3035/2013.

<sup>82</sup> STSJ Madrid 8 de junio de 2015, rec. 249/2015.

<sup>83</sup> STSJ Madrid 2 de diciembre de 2015, rec. 706/2015.

<sup>84</sup> STSJ Madrid 3 de julio de 2015, rec. 382/2015.

cerlo mediante empresa mixta, que es lo sucedido aquí, de manera que la decisión de la empresa, una vez disuelta, de despedir colectivamente a los trabajadores, estaba justificada y era ponderada, sin que la Sala entre a conocer sobre las consecuencias de la reversión, porque no se pidió en el recurso<sup>85</sup>.

## 5. LA SUCESIÓN DE CONTRATAS

La sucesión de contratas o subcontratas, cuando se extingue la precedente, o concluye por cualquier otra razón, encomendándose a un nuevo contratista por el comitente, o a un nuevo subcontratista por el contratista, plantea una conflictividad extraordinaria, cuando el nuevo titular de la contrata o de la subcontrata no se subroga en los contratos de trabajo de los trabajadores de los empleadores salientes.

Como es sabido, el presupuesto objetivo, para que concurra sucesión de empresa, centro de trabajo, o unidad productiva autónoma, es que se trate de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica principal o accesoria, tal y como dispone el art. 44.2 ET. Consiguientemente, viene admitiéndose en la jurisprudencia y en la doctrina judicial que, cuando se trate de sucesión en la ejecución de una actividad económica, si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial, no estaríamos propiamente ante una sucesión empresarial. Esta doctrina es la que se viene aplicando a la sucesión de contratas o contratas administrativas, cuando no van acompañadas de la transmisión de elementos materiales o inmateriales, entendiéndose por la jurisprudencia tradicional que en las contratas sucesivas de servicios en que no se transmite una empresa, ni una unidad productiva con autonomía funcional, la cual comporta que los responsables de esta entidad tengan, dentro de las estructuras de organización del cedente, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajado-

<sup>85</sup> STS 11 de febrero de 2016, rec. 98/2015.

res subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esencia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario<sup>86</sup>, siendo así que la concurrencia de la autonomía funcional mencionada se ha considerado relevante para admitir que se ha producido sucesión de empresa<sup>87</sup>.

No obstante, la doctrina del TJUE, sintetizada por Cruz Villalón y Rodríguez Ramos<sup>88</sup>, ha afirmado que, en la medida en que existen

<sup>86</sup> STJUE 29 de julio de 2010, C-151/09 y STJUE 6 de marzo de 2014, C-458/12.

<sup>87</sup> STS 14 de abril de 2016, rec. 35/2015.

<sup>88</sup> La STJCE de 11 de marzo de 1997, Süzen, asunto C-13/95 significará el retorno a posiciones donde la empresa se concibe como una organización, como *“un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”*, por lo que la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión a efectos de la Directiva; *“la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa”*. Eso sí, lo que también realiza la sentencia en examen es inaugurar la tesis de la jurisprudencia comunitaria denominada de la asunción de plantilla, a tenor de la cual *“en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”*.

La doctrina Süzen, recaída en un supuesto de sucesión de contratas, que son, por lo demás, los que mayores dificultades han originado en relación a la determinación de si existía o no una transmisión de empresa en los términos de la Directiva, se ha reiterado en pronunciamientos posteriores relativos a similares presupuestos de hechos, perfilándose su alcance y concretándolo en el caso de autos (STJCE de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96; STJCE de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97; STJCE de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98; STJUE de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09; STJUE 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/1051). Así, se indica que la circunstancia de que sea el convenio el que obligue a hacerse cargo del personal carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiera a una entidad económica (STJCE de 24 de enero de 2001, Temco, asunto C-51/00); que poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de una cesión convencional entre cedente y cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del perso-

actividades empresariales que pivotan esencialmente en la organización de sus medios personales, se ha validado que un conjunto de trabajadores que ejerce de modo duradero una actividad común puede constituir una entidad económica, en cuyo caso ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trate, sino que se hace cargo además de una parte esencial, en términos numéricos y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea, en cuyo caso se aplica lo dispuesto en el art. 44 ET<sup>89</sup>.

La doctrina expuesta ha sido aplicada sin fisuras por la jurisprudencia<sup>90</sup>, aunque no por la totalidad de la doctrina judicial<sup>91</sup>, concluyéndose que, en los supuestos de sucesión de contratatas o concesiones administrativas, siempre que el empresario entrante haya asumido la mayor parte de la plantilla del anterior, se aplica el art. 44 ET, para la cual se exige la concurrencia de las notas siguientes<sup>92</sup>:

---

nal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para realizar las mismas tareas (STJUE de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09); que la actividad de restauración no es una actividad.

<sup>89</sup> STS 27 de octubre de 2004, rec. 899/2002.

<sup>90</sup> STS 7 de diciembre de 2011, rec. 106/2002; 28 de febrero de 2012, rec. 4026/2012; 5 de marzo de 2013, rec. 3649/2013; 9 de abril de 2013, rec. 5127/2013 y 9 de julio de 2014, rec. 4637/2014.

<sup>91</sup> ... es evidente que para que se pueda apreciar la existencia de sucesión de empresa, conforme a las mismas, es de todo punto necesario que se haya producido la transmisión de una “entidad económica” formada o estructurada por “un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica”. Es claro, por consiguiente, que si no se produce la cesión de ese conjunto de medios organizados difícilmente podrá existir traspaso o sucesión de empresas. De ahí que, en principio, no puede calificarse de traspaso o sucesión de empresa la mera cesión de actividad o la mera sucesión de plantilla”. Para terminar con la exposición de nuestra doctrina conviene insistir en que la Sala considera de preferente aplicación el artículo 44 del E.T. y la normativa comunitaria que trasplanta a nuestro derecho (STSJ Madrid 21 de marzo de 2016, rec. 87/2016).

<sup>92</sup> Los requisitos, para la sucesión de plantilla son: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios (“empresa entrante”) sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades (“empresa saliente”) por cuenta o a favor de un tercero (empresa “principal” o entidad “comitente”); B) la sucesión de contratatas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la “empresa saliente”, encargando a la “empresa entrante” servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la “empresa entrante” ha incorporado al desempeño

- a. Una empresa contratista adjudicataria de servicios o entrante sucede a la que desempeñaba anteriormente dicha actividad por cuenta del comitente.
- b. La sucesión de contrata o adjudicaciones trae causa en que el empresario principal decide dar por terminada la relación con la saliente y encomienda la misma actividad a la entrante.
- c. La empresa entrante incorpora para el desempeño de estos servicios a una parte importante, cuantitativa o cualitativamente, de la plantilla de la empresa saliente<sup>93</sup>, que opera en el ámbito que tenga lugar, sin que tenga que producirse en todos los centros de trabajo, cuando se trate de una contrata global<sup>94</sup>. Cuando no sea así, no se producirá sucesión de empresa con base a la sucesión de plantillas<sup>95</sup>.
- d. La actividad desarrollada pivota esencialmente sobre el despliegue de los medios personales organizados<sup>96</sup>.

En consecuencia, viene afirmándose que la contrata de arrendamiento de obra o servicio no es como tal una empresa, o un centro de trabajo, lo cual comporta que, no transmitido éste a la nueva titular del negocio o industria, habrá de ser la propia titular del contrato de prestación de servicio, quien haga frente a las responsabi-

---

de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la “empresa saliente”; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la “mano de obra” organizada u organización de trabajo”, lo que no sucede en este caso (STSJ Sevilla 18 de febrero de 2016, rec. 503/2015).

<sup>93</sup> Procede subrogación, si la empresa entrante asumió el 80% de la plantilla de la saliente (STSJ Madrid 11 de marzo de 2016, rec. 32/2016).

<sup>94</sup> STS 8 de julio de 2014, rec. 1741/2013).

<sup>95</sup> STSJ Sevilla 31 de marzo de 2016, rec. 3121/2014 y STSJ Valladolid 31 de marzo de 2016, rec. 1782/2014.

<sup>96</sup> Se produce la sucesión de contrata cuando la entidad comitente decide dar por terminada su relación contractual con la empresa saliente, encargando a la empresa entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior: c) La empresa entrante incorpora al desempeño de los servicios objeto de la contrata a una parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la saliente. d) El activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la mano de obra organizada u organización de trabajo. En suma, hay sucesión de plantilla cuando la empresa entrante ha asumido una parte cuantitativamente importante (STSJ Sevilla 31 de marzo de 2016, rec. 1191/2015).

lidades con sus trabajadores<sup>97</sup>. En efecto, la jurisprudencia viene defendiendo de modo reiterado que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Y que por lo mismo, la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos. En tal sentido se ha afirmado que la sucesión de empresas contratistas de servicios generalmente no comporta la sucesión regulada en el referido art. 44 ET, porque al carecer la contrata –por regla general– del adecuado soporte patrimonial, la sucesión de las mismas no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales. Ello es así, porque en las contratas sucesivas de servicios lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, y por lo mismo no opera, por este exclusivo hecho, la subrogación estatutaria –la del art. 44 ET–, sino que la misma se producirá –si no se trasmite la unidad productiva– tan sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión<sup>98</sup>. También se ha defendido con reiteración que cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal<sup>99</sup>. Se ha defendido finalmente que, tratándose de Admi-

<sup>97</sup> STS 16 de junio de 2015, rec. 1785/2014 y 17 de junio de 2015, rec. 1548/2014.

<sup>98</sup> SSTs 5 de abril de 1993, rec. 702/1992; 12 de febrero de 2014, rec. 2028/2012; 25 de febrero de 2014, rec. 646/2013; 19 de noviembre de 2014, rec. 1845/2013 y 16 de diciembre de 2014, rec. 1198/2013.

<sup>99</sup> SSTs 6 de febrero de 1997, rec. 1886/1996; 27 de junio de 2008, rec. 4773/2006; 30 de junio de 2011, rec. 2192/2010; 11 de julio de 2011, rec. 2861/2010; SG 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013, FJ 8.C; SG 17 de noviembre de 2014, rec. 79/2014.

nistraciones Públicas- que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET<sup>100</sup>.

Se ha considerado, en todo caso, que concurre transmisión de empresa, cuando la nueva adjudicataria contrata al 80% de la plantilla de la saliente, sin que los elementos patrimoniales fueran relevantes, en cuyo caso procede la subrogación legal<sup>101</sup>; también cuando la nueva concesionaria de los servicios de gestión de la Escuela Municipal Musical se hace cargo de la mayor parte de la plantilla saliente<sup>102</sup>. Por el contrario, se ha descartado que la mera sucesión de plantilla obligue a la subrogación contractual, siempre que sea necesarios medios materiales para el desempeño de la actividad, cuya transmisión no se produjo<sup>103</sup>, lo cual sucederá siempre que la actividad exija medios materiales y no se transmitan los mismos<sup>104</sup>. En cualquier caso, la empresa no puede imponer a los trabajadores el cambio de empleador, si no concurren las exigencias del art. 44

---

<sup>100</sup> SSTs 30 de mayo de 2011, rec. 2192/2010, para el servicio municipal de retirada de vehículos; 26 de enero de 2012, rec. 917/2011 - JAJ, para servicio público asistencial.

<sup>101</sup> STS 27 de abril de 2015, rec. 348/2014.

<sup>102</sup> STSJ Las Palmas 30 de enero de 2015, rec. 1084/2013.

<sup>103</sup> STSJ Cataluña 22 de febrero de 2016, rec. 6731/2015.

<sup>104</sup> Como consecuencia de la pérdida por Sertel de la contrata que tenía con ADIF, que se adjudicó a Atento, se tramitó ERE por Sertel y se acordó la extinción de 227 contratos de los centros de Madrid, Barcelona y Sevilla, contratando esta última a 221 de los 227 trabajadores de Sertel cuya extinción se autorizó, para que prestaran servicios con medios propios de la empresa. Tras presentar demanda CGT impugnando los despidos y la resolución administrativa que autorizó el ERE, a la que se adhirieron determinados trabajadores, en instancia se desestimaron las demandas. La Sala IV confirma dicha sentencia por entender: 1) Que no puede alegarse falta de legitimación activa de los trabajadores puesto que no está ante un procedimiento del art. 124 LRJS, sino del art. 151 LRJS de impugnación de acto administrativo de autorización de las extinciones. 2) Que no puede declararse la nulidad del despido colectivo por falta de aportación de determinados documentos del art. 6.4 RD 801/2011, ya que se funda en hechos no probados y además las extinciones se fundaron en causas organizativas y productivas y no económicas; 3) Que no ha existido sucesión de empresas del art. 44 ET, ya que la empresa aportó sus propias instalaciones, y medios de trabajo sin los que no podría desarrollarse la actividad, sin que pueda estimarse que existió sucesión de plantillas puesto que no es de aplicación el art. 44 ET (STS 27 de enero de 2015, rec. 15/2014).

ET, lo que se considera no ha sucedido en un supuesto de externalización de la limpieza de un local, en cuyo caso deberán contar con su consentimiento<sup>105</sup>.

Como vemos, la jurisprudencia y doctrina judicial comentadas distinguen entre la actividad, que es el objeto de las contratas y subcontratas y la empresa, el centro de trabajo y la unidad productiva, defendiendo que el mero cambio de titularidad en la actividad no comporta sucesión de empresas, a los efectos del art. 44 ET, salvo que se transmitan medios organizados capaces de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorias, que incluirá también aquellos supuestos en los que se produzca sucesión de plantillas.

Lo cierto es, sin embargo, que si las contratas y subcontratas tienen por finalidad la realización de actividades económicas, que pueden afectar al ciclo productivo de la principal, en cuyo caso estaríamos ante actividades económicas principales, o a actividades necesarias, que serían propiamente actividades económicas accesorias, la pregunta es, si dichos fines pueden acometerse sin el debido soporte empresarial, ya sea en su versión tradicional –medios materiales y personales organizados para alcanzar dichos fines– ya sea en su versión más específica, donde la organización empresarial pivota básicamente sobre la ordenación y encuadramiento de medios personales.

Si la respuesta es que la inmensa mayoría de contratas y subcontratas obligan a desplegar medios materiales y/o personales debidamente organizados y encuadrados, para alcanzar los fines ya reiterados, la conclusión es que en la mayoría de los cambios de titularidad, se estará transmitiendo una empresa, o una unidad productiva autónoma.

## **6. LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS**

Ya hemos visto que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. De esta manera en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación

<sup>105</sup> STSJ Cataluña 19 de febrero de 2016, rec. 6362/2015.

no opera en virtud del mandato estatutario –artículo 44 ET– si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una “sucesión de plantillas”, en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, como se argumentó en la jurisprudencia, que asumió la sucesión de plantillas como fórmula de sucesión empresarial<sup>106</sup>, que recogió la doctrina comunitaria citada más arriba<sup>107</sup>.

Consiguientemente, si el cambio de titularidad de la contrata o subcontrata no comporta la transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma en los términos expuestos, el contratista o subcontratista entrante solo deberá asumir a la plantilla de la empresa saliente, cuando así lo disponga el convenio colectivo o el pliego de condiciones de las contratas administrativas, lo que no excluye la aplicación prioritaria de la subrogación por sucesión empresarial frente a la subrogación contractual, cuando se acredita que la infraestructura productiva para la prestación de servicios está formada por una importante estructura material (como es la propia de un servicio de atención telefónica, que implica locales, teléfonos, aparatos informáticos, software, etc.), de la que es titular la empresa principal y a la que la empresa contratista aporta únicamente la mano de obra<sup>108</sup>, no concurriendo tampoco sucesión de empresas, conforme al art. 44 ET, cuando la entrante es quien despliega los medios materiales para el desarrollo de la actividad, de manera que la contratación de la mayor parte del personal de la saliente es propiamente subrogación convencional<sup>109</sup>. Así pues, el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el art. 44 ET, porque lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, de modo que debe estarse a lo que disponga el convenio colectivo de aplicación, que suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una

<sup>106</sup> STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/00.

<sup>107</sup> STS 24 de julio de 2013, rec. 3228/2012.

<sup>108</sup> STSJ Valladolid 6 de abril de 2016, proc. 573/2016.

<sup>109</sup> STS 15 de julio de 2013, rec. 1377/2012.

obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos, en cuyo caso la empresa saliente estará obligada a notificar a la entrante toda la información exigida por el convenio, cuyo cumplimiento se convierte en constitutivo para la subrogación<sup>110</sup>.

Por tanto, cuando no proceda la subrogación contractual en aplicación del art. 44 ET, el empresario entrante deberá subrogarse, cuando así lo disponga el convenio de aplicación<sup>111</sup>, lo que exigirá que su actividad se encuentre dentro de su ámbito funcional<sup>112</sup>, lo que no sucederá cuando esté implicada en la sucesión la Administración, o empresas del sector público, puesto que no estarán incluidas en el ámbito funcional de convenios del sector privado<sup>113</sup>. En cualquier caso, deberá aplicarse el principio de especialidad, como sucederá con los centros especiales de empleo, a quienes se aplica su propio convenio, en vez del convenio de limpieza, por cuanto la limpieza es solo una de sus actividades posibles<sup>114</sup>, si bien se ha defendido que, cuando una empresa contrata una obra o servicio en actividad distinta a la propia de su ámbito funcional, deberá someterse al convenio de la actividad contratada o subcontratada<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> STS 12 de febrero de 2013, rec. 4379/2011; 4 de julio de 2013, rec. 366/2012; 15 de julio de 2013, rec. 2209/2012; 30 de septiembre de 2013, rec. 2196/2012; 14 de octubre de 2013, rec. 1844/2012; 16 de octubre de 2013, rec. 1640/2012.

<sup>111</sup> No hay transmisión de elementos patrimoniales, pues las instalaciones no constituyen el medio de ejecución de la contrata sino el elemento sobre el que recae el objeto (piscinas municipales en verano) de la contrata y tampoco sucesión de plantillas, pues la jurisprudencia exige que en la sucesión de plantillas las obligaciones que impone el art 44 ET operan en el ámbito en que esta sucesión tiene lugar y no consta que los 7 empleados de OPADE contratados por la entrante pertenecieran al centro en el que trabajaba la actora. Procede la subrogación porque el pliego de cláusulas administrativas de la contrata contiene el mandato de que la empresa adjudicataria deberá subrogarse en los contratos de las personas que realizan el servicio. Añade la Sala que de acuerdo con el art. 19 del convenio colectivo aplicable también resultaría el deber de subrogación empresarial (STSJ Madrid 19 de febrero de 2016, rec. 944/2015).

<sup>112</sup> STS 20 de febrero de 2013, rec. 3081/2011, que aplicó el convenio de limpieza a los trabajadores de un centro especial de empleo, por cuanto esa era la actividad de los trabajadores afectados.

<sup>113</sup> STS 11 de julio de 2012, rec. 3056/2011 y STS 19 de mayo de 2015, rec. 3028/2015.

<sup>114</sup> STS 24 de noviembre de 2015, rec. 136/2014 y 9 de diciembre de 2015, rec. 135/2014.

<sup>115</sup> En respuesta al primer motivo jurídico de censura (determinación del Convenio aplicable) recuerda el Tribunal (en aplicación al caso de la STS que cita y tras advertir sobre la inexistencia de Convenio de empresa) que si la adjudicataria

Consiguientemente, cuando el convenio colectivo disponga que el contratista o subcontratista entrante debe subrogarse en los contratos de trabajo de la plantilla del saliente, habrá de estarse a los propios términos del convenio, cuyos requisitos deberán cumplirse exactamente, de manera que, si el convenio dispone que es requisito constitutivo para la subrogación que el trabajador lleve 7 meses en la empresa, habrá de asumirse a los trabajadores que cumplan dicho requisito<sup>116</sup>, siendo irrelevante que los servicios de escolta se realizaran para distintas personas, siempre que se cumpla la antigüedad mínima del convenio<sup>117</sup>. Será también obligada la subrogación, cuando se cumplan los requisitos convencionales para ello, aun cuando se reduzca el objeto de la contrata, en cuyo caso el contratista entrante podrá utilizar, en su caso, extinciones o reducciones de jornada por causas objetivas<sup>118</sup>.

Por el contrario, cuando el trabajador, afectado por la subrogación convencional, no acredite la antigüedad exigida por el convenio<sup>119</sup>, o carezca de la correspondiente autorización (tarjeta profesional) para el ejercicio de su profesión, no procederá su subrogación<sup>120</sup>, o cuando la empresa saliente no cumplimente las exigencias previstas en el convenio no procederá la subrogación convencional<sup>121</sup>. Tampoco procederá subrogación alguna, cuando no concurren los requisitos del art. 44 ET, ni lo imponga el convenio, ni los pliegos de condiciones de la contratación administrativa<sup>122</sup>.

---

concorre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a que figura en el ámbito funcional de su Convenio, debe someterse al aplicable en el sector en que se integra (el III Convenio colectivo sectorial estatal de servicios externos en el caso de autos frente al de discapacitados). Respecto a la subrogación la empresa cedente cumplió con las obligaciones de comunicación que le imponía el convenio; incurriendo la cesionaria en la responsabilidad que se deriva de no haberle indicado la documentación que debía remitirle; haciendo extensiva la misma a la recurrente al hacerse cargo de la realización de una actividad, perfectamente delimitada, y respecto a la cual el convenio le impone la obligación de subrogación (STSJ Cataluña 14 de diciembre de 2015, rec. 7468/2015).

<sup>116</sup> STS 13 de febrero de 2013, rec. 718/2012.

<sup>117</sup> STS 22 de octubre de 2013, rec. 269/2012.

<sup>118</sup> STS 3 de marzo de 2015, rec. 1070/2014.

<sup>119</sup> STS 16 de julio de 2014, rec. 2440/2013.

<sup>120</sup> STS 25 de febrero de 2014, rec. 4374/2011.

<sup>121</sup> STS 15 de octubre de 2013, rec. 3173/2012.

<sup>122</sup> Por lo expuesto, no existiendo transmisión de elementos patrimoniales de la empresa "Ombuds Servicios S.L." a "Protección Castellana S.L.U.", ni asunción de

## 7. LA SUCESIÓN DE LAS CONTRATAS ADMINISTRATIVAS

Es práctica habitual, aunque no obligatoria, que en los pliegos de condiciones para la adjudicación de obras o servicios públicos, las administraciones públicas dispongan que los adjudicatarios de las obras o servicios contratados se subroguen en las condiciones de trabajo del contratista saliente, en cuyo caso deberá estarse a dichos pliegos, que se constituyen en la ley del concurso, si bien las empresas del sector público deberán respetar las obligaciones convencionales de no externalizar servicios, que pudieran realizar con sus plantillas, en cuyo caso deberán abstenerse de hacerlo<sup>123</sup>, aun cuando ni el derecho comunitario, ni la normativa interna impide a estas empresas acudir a fórmulas de externalización<sup>124</sup>. De este modo, no opera la subrogación con base al mandato del art. 44 ET, si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales, o no se produce la sucesión de plantilla, aunque si operará si el Ayuntamiento acuerda seguir prestando el servicio público con la misma infraestructura empresarial y plantilla de la concesionaria saliente<sup>125</sup>, aun cuando este personal no adquiriría la condición de empleado público, puesto que no aseguraría los principios de igualdad, mérito y capacidad<sup>126</sup>, tal y como dispone el art. 301.4

---

plantilla, sin que la subrogación se imponga por un convenio colectivo ya que el convenio de “Ombuds Servicios S.L.” que regía la relación laboral no prevé la subrogación por sucesión de contratatas, ni estando prevista la misma en el pliego de condiciones de la contrata, no cabe estimar que se produzca una sucesión de empresas, lo que nos conduce a la estimación del recurso de suplicación interpuesto por “Protección Castellana S.L.U.” y a la absolución de todas las pretensiones deducidas en su contra en esta (STSJ Sevilla 3 de marzo de 2016, rec. 477/2015).

<sup>123</sup> SAN 22 de noviembre de 2013, proc. 435713 y SAN 23 de diciembre de 2015, proc. 273/2015.

<sup>124</sup> SAN 12 de febrero de 2015, proced. 320/2014.

<sup>125</sup> La cuestión que se suscita en la sentencia anotada se centra en determinar si existe o no solidaridad en materia de responsabilidad salarial, en supuesto de reversión de un servicio público asistencial, desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento. Y la Sala IV da a tal cuestión una respuesta positiva. Razona al respecto -reiterando un pronunciamiento previo- que la 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 asumiendo a toda la plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET y la responsabilidad solidaria de las deudas salariales anteriores (STS 26 de enero de 2012, rec. 917/2011).

<sup>126</sup> Se denuncia que la subrogación de los trabajadores provenientes de una empresa disuelta por el Consejo de Ministros en una empresa pública, vulnera los

TRLCSP<sup>127</sup>, aun cuando pudiera haber dudas con las sociedades mercantiles públicas<sup>128</sup>.

Al igual, que en las subrogaciones convencionales, deberá estarse a los propios términos de los pliegos de condiciones, de manera que, si no se incluyó a todos los trabajadores en el listado de personal afectado por la subrogación, deberá producirse la subrogación, cuando se acredite que los trabajadores afectados reunían los requisitos, exigidos en el pliego de condiciones, para la misma<sup>129</sup>. Del mismo modo, si el pliego de condiciones estableció que el contratista entrante debía asumir la plantilla del saliente, siempre que se acreditara prestación de servicios en los tres meses anteriores, debió subrogarse en el contrato del demandante, en quien concurrían dichas circunstancias, aunque no concurriera claramente el supuesto de sucesión de plantilla<sup>130</sup>.

Por el contrario, si no se transmitieron medios materiales, ni el nuevo contratista asumió la mayoría de la plantilla y el pliego de condiciones no previó la subrogación, la contratista entrante no será responsable de los trabajadores<sup>131</sup>. En cualquier caso, si una de las empresas del grupo de empresas del sector público decide subrogarse en los contratos de trabajo de otra empresa del grupo, sin que concurren ninguno de los requisitos del art. 44 ET, estaríamos

---

principios de igualdad, mérito y capacidad, que lesiona los derechos de otros trabajadores a ocupar sus puestos de trabajo. Se desestima la excepción de falta de acción, por cuanto se debaten las consecuencias jurídicas de un proceso subrogatorio. Se descarta la vulneración de derechos fundamentales, puesto que no estamos propiamente ante funcionarios, sino ante personal laboral. Se desestima la demanda porque el personal subrogado en la empresa pública no adquiere la condición de empleado público, ni se le retribuye como tal y se les aplica un convenio diferente, no concurrendo, por consiguiente, vulneración de los derechos denunciados (SAN 29 de octubre de 2013, proc. 329/2013).

<sup>127</sup> A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante.

<sup>128</sup> CARLOS L. ALFONSO MELLADO, La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales. *Revista de Derecho Social* 73.

<sup>129</sup> STS 13 de noviembre de 2013, rec. 1334/2012.

<sup>130</sup> STSJ Murcia 11 de abril de 2016, rec. 994/2015.

<sup>131</sup> STSJ Madrid 3 de julio de 2015, rec. 382/2015 y 2 de diciembre de 2015, rec. 706/2015.

ante una novación contractual unilateral, que debe ser aceptada por los trabajadores<sup>132</sup>.

### 7.1. ¿COMPORTA SUCESIÓN DE PLANTILLAS LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL OBLIGADA, EN CUYO CASO HA DE APLICABLE EL ART. 44 ET?

Constatado que la sucesión de contratatas no obliga a la entrante de subrogarse en los contratos de los trabajadores de la saliente, cuando no se transmiten medios materiales necesarios para realizar la actividad contratada, ni el contratista entrante decide subrogarse en la mayor parte de la plantilla del empresario saliente, cuando la actividad de la contrata pivota esencialmente sobre los medios personales, debe despejarse qué consecuencias conlleva que el empresario se subroge en la plantilla del saliente, porque se lo imponga el convenio colectivo, o le obliguen los pliegos de condiciones.

La cuestión controvertida ha sido abordada recientemente por el TS, concluyéndose mayoritariamente que, si no se han transmitido los medios materiales y personales propios de una entidad económica organizada, ni se ha producido propiamente sucesión de plantillas, aunque el empresario entrante se subrogara en los contratos de la saliente por imperativo convencional, no estaríamos propiamente ante una sucesión de empresa, sino ante una subrogación convencional, de manera que, si el empresario saliente no abonó los salarios de los trabajadores, el entrante no está obligado a su abono, al no preverse así en el convenio colectivo de empresas de seguridad<sup>133</sup>.

<sup>132</sup> Impugnada la subrogación contractual, decidida unilateralmente por las empresas, entre dos empresas del grupo, se desestima la excepción de inadecuación de procedimiento, por cuanto el conflicto afecta a un colectivo genérico, unidos por un interés común, consistente en la imposición unilateral de un nuevo empleador. Se desestima también la excepción de caducidad, porque la subrogación controvertida no constituye traslado, ni modificación sustancial, ni sucesión empresarial, tratándose de una novación unilateral de la persona del empleador, cuya nulidad no se pide en la demanda, sin perjuicio de las acciones que puedan promover individualmente los trabajadores afectados por la reiterada subrogación contractual (SAN 17 de noviembre de 2015, proc. 270/2015).

<sup>133</sup> Sucesión de contratistas. Subrogación convencional en el sector de empresas de seguridad que se produce por mandato del convenio colectivo. Trabajador al que se le adeudan cantidades salariales anteriores al cambio de contrata. El convenio colectivo expresamente establece que la contratista saliente es la única obligada al pago de las retribuciones devengadas por el trabajo realizado antes de la subrogación. Exoneración de la empresa entrante por no ser un supuesto de sucesión al

La solución, decidida por la mayoría de la Sala, no es pacífica, por cuanto se produjeron dos votos particulares, suscritos por 1 y 4 Magistrados respectivamente, quienes defienden la aplicación del art. 44 ET, con base a la sucesión de plantillas, apoyándose en la STJCE de 24 de enero de 2001, Temco, asunto C-51/00, donde se sostuvo que, si el empresario entrante se subrogó en la mayoría de la plantilla, es irrelevante que su decisión viniera impuesta por el convenio colectivo, entendiéndose, por consiguiente, que la empresa entrante debió responder solidariamente de los salarios adeudados por la anterior<sup>134</sup>.

En mi opinión lo relevante aquí es determinar cual fue la intención de los negociadores del convenio cuando comprometieron la subrogación del contratista entrante en los contratos del saliente, puesto que su inclusión en los convenios fue anterior a la aparición de la doctrina comunitaria sobre sucesión de plantillas. Dicha circunstancia despeja claramente la intención de los sindicatos, puesto que la subrogación convencional solucionaba, al menos en parte, la inaplicación del art. 44 ET en estos supuestos, pero no aclara las razones que justificaron la adhesión masiva a esta fórmula de las asociaciones empresariales, que representan a las empresas, cuya actividad pivota sobre la utilización esencial de medios personales.

La respuesta más razonable, a mi juicio, es que la subrogación convencional se justificaba precisamente en su racionalidad y eficiencia económica, puesto que se mantenía una plantilla rodada en las

---

amparo del artículo 44 ET. Voto Particular, que defiende que se produjo sucesión de plantillas, puesto que el entrante asumió la mayor parte de la plantilla del saliente (STS 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014).

<sup>134</sup> El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato.

actividades contratadas o subcontratadas, conocida por la empresa usuaria, a la que no era necesario formar para el desarrollo de la actividad, lo cual aseguraba la estabilidad de plantilla, que es un activo económico relevante, lo que permite concluir, sin grandes alardes, que la razón justificativa de la sucesión convencional generalizada de plantillas, se apoya en la convicción de que se estaba transmitiendo una entidad económica, fundada en la utilización intensiva de medios personales, capacitada para la realización de actividades económicas principales o accesorias. Así lo ha defendido la jurisprudencia cuando mantiene que lo esencial en determinadas actividades es la calificación y experiencia profesional de los trabajadores empleados y no los medios materiales empleados<sup>135</sup> y también la propia doctrina comunitaria, en la que se subraya que la sucesión convencional se apoya precisamente en la transmisión de una entidad económica<sup>136</sup>.

## 7.2. LA INSATISFACTORIA DOCTRINA DE LA SUCESIÓN DE PLANTILLAS

Como anticipamos más arriba, la jurisprudencia y la doctrina judicial, basadas en la doctrina comunitaria, vienen admitiendo que se

<sup>135</sup> La cuestión litigiosa que se plantea en el caso de la sentencia examinada consiste en determinar si ha existido sucesión de empresa del art. 44 ET en la modalidad de “sucesión de plantillas”, a raíz de la adjudicación de una contrata de servicios auxiliares a una nueva empresa que prestará los mismos servicios que la anterior adjudicataria asumiendo una parte importante de su plantilla. La sentencia estima el recurso al apreciar sucesión empresarial por “sucesión de plantillas”, porque se produce en el caso enjuiciado una sucesión en la actividad de prestación de los mismos servicios auxiliares en determinados hipermercados y la empresa entrante ha asumido una gran parte de la mano de obra (más del 70 por 100) de la anterior; trabajadores a quienes ha empleado en los mismos hipermercados en los que venía trabajando, sin que la nueva empleadora, aparte de algún trabajador propio, haya aportado elementos materiales que fuesen necesarios para el desarrollo de la actividad, lo que evidencia que lo esencial para los “servicios auxiliares” que presta es la cualificación y experiencia profesional de los trabajadores que emplea y no la aportación de elementos materiales necesarios para la producción, máxime cuando tal aportación no consta. A ello no obsta que se trate de una contrata global para toda España, porque contrata y transmisión de empresa tienen naturaleza y contenido diferentes (STS 9 de julio de 2014, rec. 1201/2013 y 10 de julio de 2014, rec. 1051/2013).

<sup>136</sup> “Si bien Temco sostuvo en la vista que un convenio colectivo sectorial (CCT de 5 de mayo de 1993), le obligaba a hacerse cargo de una parte del personal de GMC, dicha circunstancia, en todo caso, carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica. Además, hay que subrayar que el objetivo perseguido por el CCT de 5 de mayo de 1993 es el mismo que el de la Directiva y que este convenio colectivo se refiere expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, al caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal” (STJCE 24 de enero de 2002, C-51/00).

produce transmisión de empresa, cuando el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la “mano de obra” organizada u organización de trabajo”, por cuanto dicha organización de medios personales constituye propiamente una entidad económica organizada capacitada para realizar una actividad económica principal o accesoria. Ahora bien, no basta que concurra la circunstancia expuesta, sino que es necesario además, que la “empresa entrante” haya incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la “empresa saliente”<sup>137</sup>.

### 7.3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA SUBROGACIÓN

La jurisprudencia del TJCE ha reiterado el carácter imperativo de las disposiciones de la Directiva, de manera que no pueden admitirse excepciones en perjuicio de los trabajadores. En efecto, el TJCE ha señalado reiteradamente el carácter imperativo de las disposiciones de la Directiva a tales efectos, en el sentido de que no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ella en perjuicio de los trabajadores (STJCE de 16 de diciembre de 1992, Katsikas y otros, asuntos acumulados C-132/91, C-138/91 y C-139/91; STJCE de 24 de enero de 2002, Temco, asunto C-51/00; STJCE de 26 de mayo de 2005, Celtec Ltd, asunto C-478/03; STJCE de 6 de noviembre de 2003, Serene Martin, asunto C-4/01; STJCE de 9 de marzo de 2006, Werhof, asunto C-499/04), de tal manera que *“la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores, con la única excepción, en lo relativo a éstos, de la posibilidad que tienen de no continuar después de la transmisión de la empresa la relación laboral con el nuevo empresario, si así lo deciden libremente”* (STJCE de 7 de diciembre de 1995, Spano, asunto C-472/93; STJCE de 15 de julio de 1991, D’Urso, asunto C-362/89; STJCE de 24 de enero de 2002, Temco, asunto C-51/00)<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> STSJ Sevilla 18 de febrero de 2016, rec. 503/2015.

<sup>138</sup> SAN 14 de julio de 2014, proc. 108/2014.

## **8. REQUISITOS, EXIGIDOS POR LA DIRECTIVA Y POR EL ART. 44 ET, PARA QUE CONCURRA SUCESIÓN DE EMPRESAS**

### **8.1. LA NECESARIA AUTONOMÍA DE LA EMPRESA, CENTRO DE TRABAJO O UNIDAD PRODUCTIVA QUE SE TRANSMITEN**

El art. 1, a y b de la Directiva 2001/23/CE dispone lo siguiente:

- a) *La presente Directiva 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.*
- b) *Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva 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.*

Como vemos, la Directiva prevé su aplicación a empresas, centros de actividad o partes de empresa, siempre que la empresa, el centro de actividad, o la parte de empresa sean 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, pero no dispone expresamente que esas entidades transmitidas deban tener autonomía.

Sin embargo, el art. 6.1 de la Directiva dispone que, *en la medida en que la empresa, el centro de actividad o una parte de éstos conserve su autonomía, el estatuto y la función de los representantes o de la representación de los trabajadores afectados por un traspaso subsistirán en los términos de las condiciones existentes antes de la fecha de traspaso según lo previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas o por un acuerdo, siempre que se reúnan las condiciones necesarias para la formación de la representación de los trabajadores.*

Debemos despegar, a continuación, si la conservación de la autonomía, regulada en el art. 6.1 Directiva, es equivalente al concepto de identidad, utilizado por el art. 1.1.b de la Directiva. Pues bien, en STJUE 29 de julio de 2010, C-151/09 respondió negativamente a dicho interrogante, puesto que la identidad, exigida por el art. 1.1.b Directiva, debe existir en el momento de la transmisión, mientras

que la determinación del mantenimiento de la autonomía ha de examinarse a partir del momento en que se concluya la transmisión, subrayando, a continuación, que si los conceptos de “identidad” y “autonomía” fueran equivalentes, la parte introductoria del art. 6.1 de la Directiva, que exige, para su despliegue, que la empresa, el centro de actividad, o la parte de empresa transmitida conserven su autonomía, se aplicaría en todos los supuestos siempre que las entidades transmitidas conserven su identidad.

La sentencia define, a continuación, el significado de “autonomía”, concluyendo que, aplicado a una entidad económica, este término se refiere a las facultades, conferidas a los responsables de dicha entidad, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro de la referida entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (en lo sucesivo, «facultades organizativas»). Por consiguiente, la autonomía en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23 se conserva, en principio, cuando, con posterioridad a la transmisión, las facultades organizativas de los responsables de la entidad transmitida permanecen en esencia inalteradas, dentro de las estructuras de organización del cesionario, en comparación con la situación existente antes de la transmisión.

Concluye finalmente que es requisito constitutivo, para que una entidad económica transmitida conserve su autonomía, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/23, que las facultades conferidas a los responsables de esta entidad dentro de las estructuras de organización del cedente, a saber, la facultad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, permanecen en esen-

cia inalteradas dentro de las estructuras de organización del cesionario. El mero cambio de los máximos responsables jerárquicos no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última.

Los apartados 1 y 2 del art. 44 ET dicen lo siguiente:

*1. 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.*

*2. A los efectos de lo previsto en este artículo, 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.*

Por otra parte, su apartado 5 del artículo citado dispone que cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

Parece claro, por tanto, que el ordenamiento español exige, para la aplicación del art. 44 ET, que la empresa, el centro de trabajo y la unidad transmitida tengan autonomía, siendo revelador la utilización del verbo “conservar” en el apartado 5, puesto que, si su aplicación depende de que la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva autónoma “conserven su autonomía”, es claro que deberían tenerla con anterioridad a su transmisión.

## 8.2. LA NECESARIA PREEXISTENCIA DE LA EMPRESA, EL CENTRO DE TRABAJO, O LA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA CON ANTERIORIDAD A SU TRANSMISIÓN

El TJUE ha examinado también la exigencia de preexistencia de la entidad transmitida en STJUE 6 de marzo de 2014, C-458/12, en la que se cuestionó si el art. 2112, apartados 1 y 5 del Codice Civile, que dice lo siguiente:

*A los efectos del presente artículo, se entiende por transmisión de empresa toda operación que, a raíz de una cesión contractual o de una fusión, implique una modificación [del control] de una actividad económica organizada con o sin ánimo de lucro, que preexistiera a la transmisión, y que, con motivo de ésta, conservara su propia identidad, independientemente del tipo de acto jurídico o de la medida sobre la base de la cual tuviera lugar la transmisión, incluido el usufructo o el arrendamiento de empresa. El presente artículo será igualmente aplicable a la transmisión de una parte de empresa, entendida como una rama funcionalmente autónoma de una actividad económica organizada, identificada como tal por el cedente y el cesionario en el momento de su transmisión.»*

La pregunta del Tribunal italiano fue la siguiente: *¿Impide la normativa de la Unión Europea en materia de “transmisión de parte de una empresa”, en particular, el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), [de la Directiva 2001/23], en relación con el artículo 3, apartado 1, de [dicha] Directiva, una norma de carácter interno, como la prevista en el artículo 2112, apartado 5, del codice civile, que permite la sucesión del cesionario en las relaciones laborales del cedente sin que los trabajadores cedidos tengan que prestar su consentimiento, incluso en el supuesto de que la parte de empresa objeto de transmisión no constituya una unidad económica funcionalmente autónoma y ya preexistente a la transmisión, que el cedente y el cesionario podrían haber calificado como tal en el momento de su transmisión?*

La resolución a la cuestión, se contiene en los fundamentos 31 a 35 de la sentencia:

*Dicha transmisión debe referirse a una unidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. Constituye tal unidad todo conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica*

*que persigue un objetivo propio, suficientemente estructurada y autonomía (véanse las sentencias de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, rec. p. I-8179, apartados 26 y 27; de 13 de septiembre de 2007, Jouini y otros, C-458/05, rec. p. I-7301, apartado 31, y Scattolon, antes citada, apartado 42).*

*De ello se deduce que, para la aplicación de la referida Directiva, la unidad económica de que se trate debe, con anterioridad a la transmisión, en particular, gozar de una autonomía funcional suficiente, refiriéndose el concepto de autonomía a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas entre los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (sentencia Scattolon, antes citada, apartado 51 y jurisprudencia citada).*

*Corroboración esta apreciación el artículo 6, apartado 1, párrafos primero y cuarto, de la Directiva 2001/23, relativo a la representación de los trabajadores, según el cual esta Directiva debe aplicarse a toda transmisión que cumpla los requisitos establecidos en su artículo 1, apartado 1, con independencia de que la unidad económica transmitida conserve o no su autonomía en la estructura del cesionario (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 2009, Klarenberg, C-466/07, rec. p. I-803, apartado 50).*

*En efecto, el hecho de que en el artículo 6, apartado 1, párrafos primero y cuarto, conste el término «conservar» implica que la autonomía de la unidad cedida debe, en todo caso, preexistir a la transmisión.*

*Por consiguiente, si, en el asunto principal, resultara que la unidad transferida de que se trata no disponía, con anterioridad a la transmisión, de una autonomía funcional suficiente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, tal transmisión no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23. En tales circunstancias, no existiría la obligación que se deriva de dicha Directiva de mantener los derechos de los trabajadores transmitidos.*

Así pues, exigiéndose, para la aplicación del art. 44 ET, que las empresas, centros de trabajo o unidades productivas transmitidas sean

un conjunto de medios organizados con autonomía, entendiéndose como tal cuando la organización de esos medios se realice por responsables con potestad de organizar, de manera relativamente libre e independiente, el trabajo en dicha entidad desarrollando la actividad económica que le es propia y, más concretamente, las facultades de dar órdenes e instrucciones, distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes a la entidad en cuestión y decidir sobre el empleo de los medios materiales puestos a su disposición, sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario, dentro de las estructuras de organización del cedente, parece claro que deben preexistir con anterioridad a la transmisión, aun cuando es más dudoso que no quepa su organización como tales entidades autónomas inmediatamente antes de la a la transmisión con la finalidad de transmitir las, que podría garantizar los derechos de los trabajadores, a quienes la subrogación contractual sería más beneficiosa que la amortización de sus puestos de trabajo si la actividad, que venían desempeñando no tenía la autonomía exigida.

## **9. LA SUSTITUCIÓN DEL EFECTO POR LA CAUSA EN LAS SUCESIONES DE PLANTILLAS**

Como se adelantó más arriba, si la contrata se organiza esencialmente con medios personales y debe encuadrarse necesariamente de manera autónoma e independiente frente a la empresa principal, so pena de incurrir en cesión ilegal de trabajadores<sup>139</sup> y preexiste con anterioridad al cambio de titularidad, parece evidente que se trata de una entidad económica, entendida como un conjunto de medios organizados, capacitada para llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio. Por consiguiente, la exigencia de que el empresario entrante se haga cargo de los contratos de trabajo de la totalidad o la mayor parte de la plantilla de la saliente comporta que sea el empresario entrante quien decida si la

---

<sup>139</sup> En efecto, aun cuando puede ocurrir que la influencia ejercida por dicho organismo en el servicio efectuado por el adjudicatario sea amplia, lo cierto es que, normalmente, éste conserva cierta libertad, siquiera reducida, para organizar y prestar dicho servicio, sin que quepa interpretar que su misión se limita a poner su personal a disposición del organismo adjudicador (STJCE 10 de diciembre de 1998, C-173/96).

entidad transmitida es o no es una entidad económica capacitada para llevar a cabo una actividad económica principal o accesorio, lo que ni está contemplado en la Directiva, ni en el art. 44 ET, cuya aplicación es imperativa por las razones ya expuestas.

En efecto, la decisión empresarial de asumir la mayor parte de la plantilla de la saliente se convierte en presupuesto constitutivo para que se active la sucesión empresarial, lo cual supone que, si el empresario entrante no decide asumir la mayor parte de la plantilla, no se producirá la sucesión empresarial. La relevancia de esa decisión, impuesta por la jurisprudencia comunitaria y asumida por nuestra jurisprudencia y doctrina judicial, da una vuelta completa a la finalidad de la Directiva y del art. 44 ET, que obliga a la subrogación, cuando se produce la transmisión de la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva, mientras que ahora la subrogación se convierte en el presupuesto de la sucesión de empresas, de manera que lo que era efecto en la Directiva y en el art. 44 ET se convierte en causa y lo que era causa, se convierte en efecto.

Así pues, si la transmisión de una empresa, centro de trabajo, o unidad productiva autónoma preexistente a la transmisión comporta imperativamente la subrogación de la entrante en los contratos de la saliente y es pacífico que las contratadas, organizadas esencialmente en la utilización de medios personales, constituyen entidades económicas organizadas y capacitadas para alcanzar objetivos económicos principales o accesorios<sup>140</sup>, porque si no acreditaran dichos requisitos comportaría cesión ilegal de trabajadores, deberían aplicarse imperativamente las consecuencias previstas en la Directiva y el art. 44 ET<sup>84</sup>, aun cuando el empresario decida no asumir a la mayor parte de la plantilla.

<sup>140</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Transmisión de empresas y sucesión de plantillas: el caso de las contratadas globales en la reciente doctrina del Tribunal Supremo.

<sup>141</sup> El mantenimiento de los derechos de los trabajadores constituye la finalidad de la Directiva europea de la que bebe el art. 44 ET y tal como se indica en la STUE de 26 de mayo de 2005, caso Celtec C-478/03: Tal como ha declarado repetidamente el Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, D'Urso y otros, C-362/89, rec. p. I- 4105, apartado 9, y de 12 de noviembre de 1998, Europièces, C-399/96, rec. p. I- 6965, apartado 37), la Directiva 77/187 pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente. El objeto de la citada Directiva

## 10. SUCESIÓN DE CONTRATAS CON RUPTURA DE LA CONTINUIDAD

La extinción de la personalidad jurídica de una empresa, que prestaba servicios para una Entidad Empresarial Pública, quien asumió sus activos y pasivos, no comporta sucesión empresarial, por cuanto dicha cesión las convierte en propietarias de su patrimonio, pero no les convierte mecánicamente en empresarios para explotar unas áreas de negocio, que siempre externalizaron y que previa extinción de los contratos con COMFERSA, sacaron legítimamente a licitación, adjudicándose a nuevos empresarios, quienes se subrogaron en los contratos de los trabajadores<sup>142</sup>.

es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión (véase la sentencia de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro, 287/86, rec. p. 5465, apartado 25). Y más adelante señala: Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la efectividad de los derechos conferidos a los trabajadores por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187 no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores, con la única excepción, en lo relativo a estos últimos, de la posibilidad que tienen de no continuar después de la transmisión de la empresa la relación laboral con el nuevo empresario, si así lo deciden libremente (véanse las sentencias de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar, 105/84, rec. p. 2639, apartado 16, y D'Urso y otros, antes citada, apartado 11). De ello se desprende que, con esa única excepción, los contratos y las relaciones laborales existentes, en la fecha de la transmisión de la empresa mencionada en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 77/187, entre el cedente y los trabajadores destinados a la empresa traspasada se transmiten de pleno derecho del cedente al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa (véanse las sentencias D'Urso y otros, antes citada, apartado 20, y de 14 de noviembre de 1996, Rotsart de Hertaing, C-305/94, rec. p. I-5927, apartado 18). Este criterio se reitera en la STJUE de 6 de septiembre de 2011 caso Sacattolon C 108/10. Pero si cabe, el TJUE, en la sentencia de 9 de marzo de 2006 caso Werhof C-499/04, es aún más contundente en su apreciación de la obligada observancia de las previsiones contenidas en la Directiva, cuando indica que: También es jurisprudencia reiterada que las disposiciones de la Directiva deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas (véase la sentencia Martín y otros, antes citada, apartado 39). De ello se deduce que los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores de la empresa transmitida serán transferidos de pleno derecho al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa (en este sentido, véanse las sentencias D'Urso y otros, antes citada, apartado 20, y de 14 de noviembre de 1996, Rotsart de Hertaing, C-305/94, rec. p. I-5927, apartado 18). El carácter imperativo de estas disposiciones se reitera en la sentencia de 11 de junio de 2009, caso Comisión vs. República Italiana, asunto C-561/07 (SAN 14 de julio de 2014, proced. 108/2014).

<sup>142</sup> SAN 11 de julio de 2014, proc. 91/2014, confirmada STS 8 de marzo de 2016, rec. 82/2015.

El contrato de obra o servicio determinado se extingue al finalizar la contrata, que fue el objeto del contrato, sin que la asunción del servicio de conservación y mantenimiento de los centros escolares públicos por parte de la Administración durante siete meses hasta que se produjo la adjudicación a otra contrata, tenga relevancia alguna, porque ni se transmitieron medios materiales, ni se asumió la plantilla, ni concurría obligación subrogatoria en el convenio colectivo aplicable<sup>143</sup>, defendiéndose, incluso, que si se extinguió la contrata y la nueva no entró hasta varios meses después a realizar los servicios de cafetería y comedor, aunque la adjudicación fuera anterior al cese de la precedente, no hay responsabilidad de la Administración, porque no le es aplicable el convenio de hostelería, ni tampoco de la nueva adjudicataria, por cuanto no se habían reanudado los servicios<sup>144</sup>, lo que resulta dudoso, puesto que, si el convenio obligaba a la subrogación por la nueva adjudicataria, debió cumplirlo en sus propios términos, sin perjuicio de su derecho a promover la suspensión del contrato hasta que se activara la contrata, admitiéndose finalmente que, si el trabajador firmó un solo contrato de obra, cuyo objeto era la contrata concreta, su extinción, comporta, a su vez, la extinción del contrato de obra, aunque se subrogaran en el mismo distintas concesionarias<sup>145</sup>.

Se ha entendido, del mismo modo, que la Administración puede externalizar los servicios de limpieza, sin que su asunción posterior

<sup>143</sup> STS 9 de febrero de 2016, rec. 400/2014.

<sup>144</sup> Como consecuencia de la extinción de la contrata del servicio de cafetería de la IGAE, la empresa comunicó a los empleados del centro que desconocía quién era la nueva adjudicataria, por lo que procedía a su baja, encontrándose al día siguiente los trabajadores cerrado el centro con un cartel que decía que se acometerían reformas y que permanecería cerrada hasta una determinada fecha, habiéndose adjudicado previamente y con anterioridad a la baja el servicio a otra empresa respecto de la que no consta que haya comenzado la prestación de servicios. La Sala IV, sistematizando la jurisprudencia en relación a la sucesión de empresa, confirma la nulidad del despido y absuelve a la Administración Pública por entender que no existe subrogación ex art. 44 ET puesto que no se transmite un conjunto organizado de bienes con autonomía productiva y no consta que se hayan reanudado los servicios, ni procede la subrogación del art. 43 del CC de Hostelería y Restauración de la CAM y art. 59 ALEH puesto que la Administración no pactó el convenio y no puede quedar obligado por el mismo, máxime cuando la Ley de Contratos del Sector Público, impide la consolidación de trabajadores de una contrata. En atención a ello, considera que no ha existido despido colectivo (STS 21 de abril de 2015, rec. 91/2014).

<sup>145</sup> STSJ Madrid 2 de diciembre de 2015, rec. 706/2015.

al cese de la contrata le obligue a subrogarse en los contratos de los trabajadores de la misma, porque no se ha producido transmisión de empresa<sup>146</sup>. Destacar finalmente que, si cambió el comitente, adjudicándose distintos servicios a otra adjudicataria en el centro, donde prestaba servicios la anterior, una vez extinguida la primera contrata, no cabe subrogación convencional, por lo que la empresa adjudicataria solo tiene la posibilidad de adscribir al trabajador con contrato indefinido a una nueva contrata<sup>147</sup>.

## **11. EXTINCIONES DE CONTRATOS Y MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DERIVADAS DE LA FINALIZACIÓN O REDUCCIÓN DE LA CONTRATA**

### **11.1. DESPIDO COLECTIVO POR EXTINCIÓN O REDUCCIÓN DE CONTRATA**

Cuando se extingue la contrata y no procede la subrogación, ya sea porque no se transmite una entidad económica organizada, ni se produce sucesión de plantillas, ni obligación subrogatoria convencional o administrativa, concurre, en principio, causa productiva y organizativa para justificar la extinción colectiva, puesto que la empresa ha perdido un cliente relevante y tiene una plantilla sobredimensionada, considerándose irrelevante que la empresa entrante haya contratado a la mayoría de la plantilla, puesto que se acreditó que la actividad contratada exigía obligatoriamente el despliegue de instalaciones y medios materiales, que se aportaron efectivamente por la nueva concesionaria<sup>148</sup>.

Se ha considerado, del mismo modo, que la externalización de servicios, como la limpieza de habitaciones en una cadena hotelera, constituye causa productiva y organizativa por las razones siguientes: *Primera porque la externalización en cuanto supone un cambio de los sistemas y métodos de trabajo constituye una causa organizativa que encaja en la descripción que de la misma hace el artículo 51-1 del E.T. Segunda porque era necesario tomar medidas para solucionar los acreditados problemas (económicos y organizativos) que ocasionaba la menor ocupación de los hoteles y las pérdidas en la facturación de*

<sup>146</sup> STSJ Cataluña 2 de junio de 2015, rec. 1814/2015.

<sup>147</sup> STS 14 de julio de 2015, rec. 1514/2014.

<sup>148</sup> STS 27 de enero de 2015, rec. 15/2014.

*los mismos, lo que suponía un incremento proporcional de los costes de personal, al tener el mismo personal con independencia del nivel de ocupación. Tercera porque la medida era idónea para atajar el problema y razonable en términos de proporcionalidad. En efecto, aunque cabía reducir la plantilla por motivos económicos, la externalización suponía una respuesta más razonable y adecuada a las necesidades de la empresa, ya que, la contratista se comprometía a prestar el servicio de limpieza en su integridad y a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas. La solución tomada era más razonable que la de reducir la plantilla porque permitía atender el servicio de limpieza sin que los picos ocupacionales que por los más diversos motivos puedan tener los hoteles, supongan un problema para la empresa hotelera que no se ve obligada a realizar contrataciones para atender los periodos o días de mayor ocupación, ni a rescindir contratos en los periodos de baja ocupación, lo que facilita su actividad de gestión y, a la par, le ayuda a ajustar los costes de la limpieza a la facturación, pues, los costes suben y bajan al mismo ritmo que la facturación<sup>149</sup>. La sentencia tiene votos particulares, en los que se defiende que la medida es abusiva, por desproporcionada, ya que no cabe extinguir contratos de trabajo por la mera conveniencia del empleador, siendo exigible acreditar que la medida es adecuada, razonable y proporcionada.*

La reducción de la contrata por parte del empresario principal constituye causa productiva y organizativa, que justifica el despido colectivo o, en su caso, la modificación de condiciones, cuando se acredita que la medida es adecuada razonable y proporcionada, siendo irrelevante que se haya cambiado la adjudicataria, cuando el despido no se apoya en el cambio de empresa, sino en la reducción de contrata, que hubiera obligado a la empresa saliente a tomar medidas similares, si no se hubiera producido el cambio de adjudicatario<sup>150</sup>. No obstante, cuando sea obligatoria la subrogación convencional, el nuevo adjudicatario deberá asumirla, aunque se haya reducido el objeto de la contrata, sin perjuicio de su derecho a promover las medidas de flexibilidad o externa que se adecuen a dicha disminución<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> STS 20 de noviembre de 2015, rec. 104/2015.

<sup>150</sup> SAN 29 de marzo de 2016, proc. 139/2014.

<sup>151</sup> STS 3 de marzo de 2015, rec. 1070/2014.

En cualquier caso, no sería admisible acordar, en la negociación de un convenio colectivo, que la externalización de un servicio de la empresa, caso de no aceptarse por los trabajadores afectados, su cambio de grupo profesional, comportaría la concurrencia de causas organizativas y productivas, justificativas del despido colectivo<sup>152</sup>.

Se ha admitido finalmente la extinción colectiva de los contratos de trabajo de empresa pública, controlada mayoritariamente por la Diputación Provincial, cuando se decide la extinción de su personalidad jurídica<sup>153</sup>, descartándose fraude de ley en su constitución, siempre que se acredite que se extinguió en la fecha prevista, tratándose de servicios no permanentes, acreditándose además, pérdidas importantes.

Por el contrario, se ha declarado la nulidad del despido colectivo, cuando la empresa adjudicataria, pese a la existencia de acuerdo

<sup>152</sup> Impugnadas las novaciones contractuales, promovidas por la empresa demandada, tras alcanzar acuerdo durante la negociación del convenio colectivo, en el que se acordó la externalización del servicio de logística y se admitió que se había producido un excedente de 87 contratos de trabajo por causas económicas, organizativas y productivas, se desestima la concurrencia de variación sustancial de la demanda y la excepción de falta de acción, puesto que las medidas ejecutadas finalmente constituyen novación contractual suficiente, siendo irrelevante que hubiera acogimientos voluntarios, porque el consentimiento quedó francamente viciado, dado que la alternativa era la extinción de sus contratos. Se concluye que se ha vulnerado la libertad sindical del sindicato demandante en su vertiente funcional a la negociación colectiva, por cuanto se le ha privado de negociar el preceptivo período de consultas, que es una manifestación propia de la negociación colectiva, admitiéndose también que el acuerdo se produjo con manifiesta mala fe. Se descarta la indemnización de 600 euros por daños morales a cada trabajador, por cuanto la lesión del derecho fundamental atañe al sindicato y no a los trabajadores afectados por la medida (SAN 23 de noviembre de 2015, proc. 171/2015).

<sup>153</sup> CAMINOS DE JAÉN: Impugnado un despido colectivo contra una empresa mixta, que gestiona el servicio público para la creación y mantenimiento de caminos rurales, se concluye que no concurrió fraude de ley en su constitución por LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL, ni tampoco cesión ilegal de trabajadores, por cuanto la normativa sobre contratación posibilitaba la constitución de la empresa mixta, siendo irrelevante, que se hubiesen fijado sólo 15 años de duración de su actividad social, por cuanto este tipo de explotaciones de servicios públicos no puede ser indefinido, así como la reserva de la Diputación de nombrar cargos de duración, junto con el mantenimiento de determinadas prerrogativas, entre las que se encuentra la reversión de bienes. Descarta fraude en la extinción, por cuanto se ajustó al tiempo previsto y se acreditaron pérdidas importantes, sin que la Sala pueda pronunciarse sobre qué consecuencias pudiera tener la reversión del servicio, por cuanto no se alegó en su momento. VOTO PARTICULAR (STS 11 de febrero de 2016, rec. 98/2015).

para prorrogar provisionalmente la contrata hasta la nueva adjudicación, decidió cesar a los trabajadores, dando por concluido unilateralmente el acuerdo, cuando todavía no se había adjudicado a la nueva empresa ni el organismo público se hizo cargo de aquellos ni de los bienes materiales, entendiéndose que no cabe sucesión de empresas con base al art. 44 ET, cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, ni tampoco se ha producido la sucesión según lo pactado en la norma convencional puesto que los negociadores del ALEH y del Convenio Colectivo en manera alguna pretendieron que las previsiones pactadas alcanzasen a las Administraciones Públicas contratantes, sino tan sólo a las empresas del sector, aunque en este caso cualquiera que fuese el ámbito -público o privado- en el que la contrata tuviese lugar. Finalmente se declara la improcedencia de examinar la cuestión prejudicial en orden a la validez del Acuerdo, por innecesaria<sup>154</sup>.

#### 11.2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS ORGANIZATIVAS DERIVADAS DE LA EXTERNALIZACIÓN DEL SERVICIO, O POR PÉRDIDA DE CONTRATA

Como hemos visto, la externalización del servicio por parte de la empresa puede constituir causa organizativa y/o productiva, siempre que se acredite que la medida es adecuada, razonable y proporcionada, lo que no sucederá cuando se demuestra que la reestructuración empresarial no trae causa en reducción de producción o clientela, sino todo lo contrario, en cuyo caso no procedería la extinción de contratos, si se comprueba que la actividad externalizada no solo no se ha reducido, sino que se ha incrementado<sup>155</sup>.

La pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores. Asimismo, el art. 52 c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa; sin que esté obligada a destinar al trabajador a otro puesto vacante. Ahora bien la mera pérdida de la contrata puede no resultar suficiente para concluir que siempre

<sup>154</sup> STS 19 de mayo de 2015, rec. 3028/2015.

<sup>155</sup> STSJ Cataluña 15 de octubre de 2015, rec. 4872/2015.

y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo puesto que se impone a la empresa la carga de acreditar la concurrencia de la causa. En el caso, se declara justificado el despido porque, considerando acreditada la existencia de la causa, no consta ninguna circunstancia que desdibuje la razonabilidad de la extinción contractual, que viene avalada por el fin de la contrata<sup>156</sup>, habiéndose admitido, del mismo modo, que la contratista entrante no está obligada a subrogarse en el contrato de trabajadora, que fue despedida por la saliente y no formó parte de la plantilla de adjudicataria interina hasta que entró la nueva adjudicataria definitiva<sup>157</sup>.

### 11.3. DESPIDOS COMO CONSECUENCIA DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS

Concurre causa de extinción por razones organizativas, cuando el comitente extingue la contrata de limpieza, sin que se adjudique a otra contrata<sup>158</sup>.

Constituye despido la decisión de la contratista saliente de actividad de Contact Center de extinguir contrato de trabajador con contrato indefinido, porque el convenio no obliga a la empresa a subrogarse en su contrato de trabajo, aunque obligue a asumir parte de la plantilla<sup>159</sup>.

### 11.4. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES Y REDUCCIÓN DE CONTRATAS

La reducción de la contrata por parte del comitente, como podría suceder cuando se suprime el turno de noche, constituye causa productiva y organizativa suficiente que justifica sobradamente la inclusión de los trabajadores de dicho turno en los restantes, sin que pueda exigirse a la empresa que tome medida alguna frente a la principal<sup>160</sup>, habiéndose admitido, incluso, que concurre causa productiva suficiente para extinguir el contrato, cuando se acredita la reducción significativa de la contrata<sup>161</sup>.

<sup>156</sup> STS 26 de abril de 2013, rec. 2396/2012.

<sup>157</sup> STS 27 de abril de 2016, rec. 336/2015.

<sup>158</sup> STJ Valladolid 31 de marzo de 2016, rec. 186/2016.

<sup>159</sup> STSJ Madrid 31 de marzo de 2016, rec. 169/2016.

<sup>160</sup> STS 12 de julio de 2013, rec. 89/2012.

<sup>161</sup> STSJ Madrid 8 de junio de 2015, rec. 249/2015.

Si la nueva adjudicataria del servicio se subroga en el contrato de una trabajadora, con quien mantenía también relación laboral, superando ambos contratos la jornada máxima convencional, la decisión de reducir la jornada al máximo convencional no constituye despido, sino modificación sustancial de condiciones de trabajo, que debió impugnarse por el procedimiento específico<sup>162</sup>.

## 12. OTROS EFECTOS DE LA EXTERNALIZACIÓN

### 12.1. EXTERNALIZACIÓN Y EXCEDENCIA

Como es sabido, el art. 46.5 ET prevé que el trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reintegro en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa, lo cual comporta, en principio, que el excedente conservará dicho derecho, aunque se haya externalizado el servicio, en el que prestaba servicios, salvo que se acredite que dicha externalización afecta a toda vacante de igual o similar categoría. No es esa la posición del TS, quien considera que, al haber sido externalizadas las funciones desempeñadas en el departamento en que había prestado sus servicios el demandante con anterioridad al inicio de la situación de excedencia voluntaria, incluso con el consentimiento de los trabajadores que habían continuado en dicha fecha prestando servicios en el departamento, y al no venir la empresa por ley obligada a la reserva de la plaza, su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor, se considera un ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo<sup>163</sup>.

### 12.2. EXTERNALIZACIÓN Y DERECHO DE HUELGA

Cuando la relación laboral se mantiene con las empresas contratadas y subcontratadas y no se mantiene con la principal y se pretende que ésta sea quien negocie con el comité de huelga, entendiéndose que, si la principal se negara a negociar, se vulneraría el citado

<sup>162</sup> STS 15 de octubre de 2013, rec. 3098/2014.

<sup>163</sup> STS 17 de septiembre de 2013, rec. 2140/2012.

derecho fundamental, descartándose la existencia de vulneración del derecho de huelga y de libertad sindical, porque el deber de negociar que establece el art. 8.2 RDL 17/1997, tiene por finalidad la solución mediante acuerdo entre los representantes de trabajadores y los empresarios de los trabajadores afectados, pero el precepto no obliga a terceras empresas a negociar sobre la huelga de trabajadores que no pertenecen a su plantilla. En definitiva, el ámbito subjetivo del Acuerdo se circunscribe a los comités de huelga y en su caso los representantes designados por los distintos Comité de huelga y a los empresarios afectados<sup>164</sup>.

### 12.3. DERECHO DE OPCIÓN A OCUPAR LA PRIMERA VACANTE RECONOCIDA EN CONVENIO

Producida una sucesión de contrata, en la que la empresa entrante asumió a la mayor parte de la plantilla, uno de los trabajadores no admitidos se acoge a su derecho a contratación preferente, que no se produce, reclamando, a continuación, indemnización de daños y perjuicios, que se estima, si bien parcialmente, al período correspondiente en que debió ser contratado, sin que quepa indemnizar hacia el futuro, porque sería presupuesto para ello, que mantuviera su derecho al puesto de trabajo, que continúa existiendo<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> SAN 28 de octubre de 2015, proc. 233/2015.

<sup>165</sup> STSJ Valladolid 20 de abril de 2016, rec. 633/2016.

# **PROBLEMAS LABORALES ANTE DETERMINADOS MEDIOS DE EXTERNALIZACIÓN: EMPRESAS MULTISERVICIOS Y COOPERATIVAS<sup>166</sup>**

*Emilio Palomo Balda*

Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco

## **1. LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS: CONSIDERACIONES GENERALES**

### **1.1. LA PROLIFERACIÓN DE LAS EMS Y LA APARICIÓN DE UNA NUEVA CATEGORÍA DE TRABAJADORES**

El avance imparable de la externalización de servicios tanto desde el punto de vista de los sectores o actividades económicas en los que se manifiesta como desde la perspectiva del número de empresas que se acogen a él, ha encontrado un estímulo importante a su progresión en la consolidación de un nuevo paradigma que va sustituyendo paulatinamente al anterior.

Si hasta tiempos muy recientes el terreno de juego de la subcontratación venía delimitado por la presencia en el mercado de una pluralidad de empresas especializadas en la prestación de un concreto y determinado servicio que, en general, en sus relaciones laborales con los trabajadores ocupados en cada uno de sus centros de trabajo se sometían a la regulación contenida en el convenio colectivo sectorial, preferentemente de ámbito provincial, que regulaba las condiciones del personal en términos que si bien diferían notablemente, a la baja, de las aplicables al ocupado en la empresa cliente donde desarrollaban su labor, les procuraba un “trabajo decente” y un “estatus digno” de vida, y le garantizaba la estabilidad en el empleo ante los cambios de contrata, el nuevo modelo de subcontrata-

---

<sup>166</sup> Texto de la intervención oral en las Jornadas sobre “Problemas laborales de externalización y reversión de las actividad productiva”, Albacete 9 y 10 junio 2016. Dada la extensión del apartado dedicado a las empresas multiservicios no hubo tiempo de abordar el relativo a las cooperativas.

ción que se está implantando de manera paulatina en gran número de empresas pasa por encargar o encomendar la realización de un conjunto de actividades, o de una sola, a una empresa dedicada a la gestión integral de servicios. Proceso que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público y que afecta no sólo a actividades previamente subcontratadas a empresas tradicionales de servicios, sino también a los que son objeto de nueva concertación, externalización o privatización, lo que fomenta su potencial de transformación de la realidad.

Sin descartar otros posibles beneficios derivados del recurso a las denominadas empresas multiservicios (en adelante EMS), como los que representa para la empresa comitente la mayor simplicidad en el proceso de contratación y el ahorro inherente al mismo, así como contar con un interlocutor único en la ejecución, desarrollo y finalización de la contrata o concesión, y el que supone para la EMS la mayor eficiencia y flexibilidad en la gestión de los equipos de trabajo, la ventaja principal, sin duda, es el abaratamiento del precio del servicio contratado como consecuencia de la reducción de los costes laborales. Minoración que se consigue, básicamente, a través de la inaplicación por las EMS del salario y de las condiciones estipuladas en los convenios colectivos sectoriales previstos para las diferentes actividades que lleva a cabo.

Con la misma finalidad introductoria a la problemática laboral que suscitan esta clase de empresas, es de advertir que en estos últimos años se aprecia una tendencia hacia una mayor complejidad en el sector, en el que coexisten un reducido número de empresas de gran tamaño y ámbito estatal, creadas hace varios años y plenamente consolidadas, con una mirada de pequeñas y medianas empresas con un espacio geográfico de actuación más reducido y en proceso de expansión. Así, se observa, por un lado, una inclinación de determinadas EMS a la progresiva asunción de tareas de mayor valor añadido, con superior nivel de exigencia, que precisan de cierto sustento tecnológico y de una fuerza de trabajo más preparada y mejor retribuida. Confluye también un proceso de especialización, a virtud de la cual determinadas EMS se limitan a prestar un conjunto de servicios interrelacionados y muy especializados en un entorno concreto, como p. ej., el aeroportuario. Otro fenómeno a considerar, en este caso incipiente, es la internacionalización, de la

que encontramos huella en la STSJ Rioja 19 de junio de 2014 (rec. 89/2014). Tampoco cabe ignorar la actuación como EMS de determinados Centros Especiales de Empleo para personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al trabajo. A todo ello se une, sin ánimo exhaustivo, la conformación de grupos de empresas integrados por EMS, empresas especializadas en la prestación de un determinado servicio, y ETT, que en algunos casos intervienen también como agencias de colocación.

En otro plano, y por su eventual incidencia futura en la negociación colectiva, no cabe ignorar que según datos facilitados por las organizaciones sindicales algunas EMS de singular dimensión mantienen contactos de cara a constituir asociaciones patronales específicas en sectores como el de logística e industria, y servicios integrales a edificios y servicios auxiliares a la seguridad, lo que les permitiría negociar convenios colectivos sectoriales en los niveles correspondientes.

La realidad que se percibe desde una atalaya ciertamente limitada, que obliga a extremar la precaución y a someter a una mirada crítica cualquier afirmación, es la de que el fenómeno de las EMS ha devenido en una suerte de conglomerado difuso de realidades muy diversas en permanente movimiento expansivo, y dotado de una energía y capacidad de desarrollo extraordinario, que va extendiendo y ampliando sus tentáculos al tiempo que, al menos en ciertos aspectos, los difumina y oculta.

Sin embargo, frente a las dificultades que plantea el conocimiento de ese fenómeno, y la consiguiente necesidad de profundizar en el mismo, objetivo que desborda los límites de esta intervención, en estos momentos hay más elementos de juicio, a los que más adelante se hará referencia, para sostener que esta figura está propiciando la aparición de una nueva categoría de trabajadores que desarrollan su actividad en peores condiciones que los integrados en la plantilla de una empresa tradicional de servicios, y que a cambio de su prestación laboral –que en general se desarrolla a un ritmo superior– unos sueldos sensiblemente inferiores que, en bastantes casos, les sitúan en el umbral de la pobreza.

Es forzoso reconocer que las EMS no son una institución novedosa en nuestro país, pues tienen más de 20 años de historia. Sin embar-

go, la gravedad de la última crisis económica, unida a la reforma laboral de 2012, son algunos de los factores que han dado lugar a la “tormenta perfecta”, para que dicho fenómeno haya alcanzado la relevancia que actualmente tiene que, desde el enfoque que aquí interesa, y sin desconocer la importancia de los restantes, como el que atiende a la posible competitividad desleal con las empresas de servicios clásicas, o la incidencia en la calidad de los servicios, está cristalizando en la aparición de una nueva categoría de trabajadores que representa otro escalón descendente en la escalera de la desigualdad, acreciendo la distancia con los ocupados en las empresas contratantes e intensificando la segmentación de aquellos que prestan servicios en régimen de subcontratación.

A la diferenciación clásica de las condiciones retributivas y laborales de los trabajadores de las empresas contratistas con respecto a las de los empleados pertenecientes a la plantilla de la empresa comitente, se une ahora la que separa de los primeros a los trabajadores de las EMS. El tratamiento distintivo se manifiesta en los múltiples aspectos de la relación de trabajo, aunque es más evidente en el salarial, si bien se proyecta de manera relevante en otras esferas, como en la de estabilidad en el empleo en el supuesto de sucesión de contratistas, sin que pueda tampoco desconocerse su repercusión a corto, medio y largo plazo en otras facetas tanto individuales –como p. ej., la desprofesionalización de los afectados, el mayor riesgo de sufrir accidentes de trabajo y contraer enfermedades profesionales o la incidencia en la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social–, y colectivas, como el impacto negativo en la presencia sindical en un sector básico en la sociedad actual, como es el terciario, y la potenciación de la representación unitaria por las empresas, singularmente las de menor tamaño, en beneficio de su posición.

Una de las expresiones más extremas de la desigualdad, que últimamente ha adquirido una especial visibilidad en los medios de comunicación es la creciente externalización total, o parcial, por parte de las empresas hoteleras de los servicios atendidos tradicionalmente por el personal del Departamento de Pisos (Gobernantas y camareras de pisos), con el objetivo de conseguir una rebaja considerable de los costes, no sólo mediante la reducción de los salarios respecto de los marcados por el convenio colectivo sectorial aplicable, sino

a través de otras fórmulas de gestión y retribución de la mano de obra, como el “trabajo a la llamada”, el “trabajo a destajo”, con sistema de remuneración por “unidad de obra” (habitación), unidas a una mayor tasa de temporalidad y de parcialidad en la jornada –con la merma retributiva adicional que esta última representa–, de superior exposición a los riesgos laborales dados los ritmos de trabajo, y a la elusión de la subrogación.

El anterior ejemplo sirve también para visualizar una doble nota que caracteriza a este tipo de empresas, relativa una al carácter poco cualificado de los servicios que prestan, y la otra a la condición mayoritariamente femenina del personal que emplea, con el consiguiente retroceso en las políticas de igualdad de género y repercusión desfavorable en el ámbito de la pobreza, que afecta en mayor medida a las mujeres.

Hay que resaltar que la temática de las EMS, cuya importancia hasta la reforma laboral de 2012 era escasa, ha pasado a constituir una de las cuestiones que suscita mayor preocupación en las organizaciones sindicales de lo que son muestra las actuaciones desarrolladas en el último año por UGT y CCOO sobre la base de la declaración realizada el 12 de marzo de 2015.

Ciertamente, la solución de la problemática que están generando este tipo de empresas no se encuentra sólo, ni principalmente, en la dada por los órganos jurisdiccionales del orden social y por la Inspección de Trabajo al resolver las demandas y denuncias formuladas por los trabajadores afectados y sus representantes legales y sindicales. La respuesta debe articularse desde distintos planos, empezando, sin intención ni mucho menos de agotar el tema, por la concienciación de las empresas principales y de los representantes del personal sobre este asunto y por la implementación por los mismos de los mecanismos que están en sus manos arbitrar, siguiendo por la acción sindical y las eventuales previsiones a introducir en la negociación colectiva sectorial, y terminando por la regulación normativa.

No obstante, las cuestiones suscitadas ante los tribunales laborales, y las contestaciones que han recibido pueden ayudar a establecer un correcto diagnóstico y enfoque de los distintos temas específicos referentes a esta clase de empresas y a entrever las fórmulas más

adecuadas para solventarlos. A esta finalidad pretende contribuir esta intervención, si bien con carácter previo es conveniente diferenciar esta figura de aquellas con las que puede plantear algún grado de confusión.

## 1.2. CONCEPTO, ORIGEN Y FUNCIÓN INICIAL DE LAS EMS, DELIMITACIÓN DE OTRAS FIGURAS

a.- En forma meramente descriptiva, se puede definir a las EMS como aquellas empresas cuya actividad consiste en prestar una pluralidad de servicios, normalmente con carácter permanente, a terceros, aportando el personal necesario para ello que, por lo general, desarrolla sus cometidos en las instalaciones de la empresa cliente.

La realización por las EMS de las actividades y servicios encomendados por su principal se encauza, al igual que sucede con las empresas proveedoras de un único servicio, a través de las figuras de la contrata y subcontrata de servicios y de la concesión administrativa, en función de la naturaleza privada o público del aquél, mediante la suscripción de los correspondientes contratos de arrendamientos de servicios o de gestión de servicios públicos

b.- La aparición en España de las EMS se remonta a la década de los años noventa del pasado siglo, configurándose en su inicio como una alternativa a las empresas de trabajo temporal.

Si bien ambas figuras tienen en teoría importantes elementos diferenciales, empezando porque lo que hacen las ETT es prestar trabajadores a la empresa usuaria para que, bajo su mando, desarrollen tareas que para ella tienen carácter temporal, mientras que lo que las EMS prestan determinados servicios que, en general, tienen carácter permanente para las empresas clientes, con personal al que organizan y dirigen, existen otros factores que les aproximan y que, en ocasiones, hacen difícil deslindar en la práctica una de otra.

Un buen ejemplo lo tenemos en el ya expuesto de externalización del servicio de limpieza y arreglo de las habitaciones, lo que no sólo preocupa a los trabajadores y a los Sindicatos, sino que se ha convertido también en fuente de inquietud para las ETT, en tanto que la forma de operar de las EMS, y en general de las empresas de servicios, puede responder más al modelo de la ETT –con las que

compiten sin tener que soportar sus cargas-, que al de las contratas o subcontratas de servicios.

Muestra de esa preocupación es la impugnación de determinados preceptos de los convenios colectivos de las EMS Expertus Servicios Hoteleros S.L. y J2Y Serhotel Outsourcing, SLU por parte de la Asociación de Empresas de Trabajo Temporal, demandas que fueron desestimadas por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional mediante sendas sentencias fechadas el 30 de mayo de 2014 (autos 90/2014 y 92/2014). En la primera de ellas, después de señalar que las ETT están sujetas a estrictos requisitos de autorización, avales y garantías, controles administrativos, etc., así como a una regulación que reconoce determinados derechos a los trabajadores, entre los que destaca el recogido en el art. 11.1 de la Ley 14/1994, y asumir que este no es aplicable a las empresas de externalización de servicios, por lo cual si se permite que una de estas empresas actúe dentro del espacio reservado a las ETT se producirá un daño cierto en la competencia en dicho mercado, dado que podrán aplicar salarios y condiciones de trabajo inferiores a las vigentes en la empresa cliente, algo que no puede hacer una ETT, el Tribunal arguye que la mera posibilidad, más o menos elevada de que la empresa demandada realice actos de puesta a disposición de trabajadores no puede elevarse en causa de ilicitud del convenio de empresa, debiendo valorarse en cada caso concreto si en las concretas contrataciones la empresa pueda realizar actos de puesta a disposición, lo que tendría las consecuencias legalmente previstas.

La segunda de las sentencias citadas se pronuncia en términos similares llegando a afirmar que *“sin duda resulta preocupante la proliferación en el mercado de empresas de externalización de servicios que, basadas en un abaratamiento de los costes laborales por el sencillo mecanismo de constituir mercantiles a las que se dota de un convenio colectivo propio inferior siempre a los precios de los convenios de sector, compiten en condiciones ventajosas con otras empresas con costes más elevados (es palmario para las ETT que han de abonar el mismo salario que la usuaria) y se aprovechan en situación de crisis económica de la depreciación del valor de los recursos humanos. Ahora bien, quizá no sea la jurisdicción social y salvo soluciones que puedan darse para casos concretos y normalmente además a través de modalidades procesales distintas a la hoy empleada, el cauce idóneo*

*para que los poderes públicos puedan atajar estas prácticas ilícitas cuando efectivamente se produzcan. Más adecuado resultará acudir a la Inspección de Trabajo desde el momento en que la cesión ilegal de trabajadores es una infracción muy grave, art. 8.2 LISOS*". Esta sentencia fue recurrida en casación ordinaria por la asociación demandante, pero la STS 1 de diciembre de 2015 (rec. 40/2015) lo desestimó por concurrir defectos insubsanables en el escrito de interposición, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Otro ejemplo de lo expuesto lo constituye la asunción por EMS de actividades atendidas previamente por ETT, sin que ese cambio vaya acompañado de variaciones significativas, como en el caso que resuelve la TSJ Cataluña 13 de mayo de 2015 (rec. 1981/2015), en la que una y otra pertenecían al mismo grupo mercantil. O la puesta a disposición de un trabajador por una ETT para que desarrolle su actividad en una EMS (TSJ Madrid 20 de diciembre de 2012, rec. 4610/2012).

Es de notar que los trabajadores "de operaciones" de las EMS, a diferencia de los trabajadores "en misión" de las ETT, no se benefician del principio de equiparación retributiva con el personal de la empresa contratante que proclama el art. 11 de la Ley 11/1994, de 1 de junio. En tal sentido la sentencia de 3 de noviembre de 2012 (rec. 657/2012), de la Sala de Valencia razona que *"el diferente régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal y las contrata o subcontratas de obras o servicios (no supone) una discriminación salarial, pues ambos fenómenos de externalización productiva operan sobre situaciones distintas. Así, aunque tanto los trabajadores cedidos como los de una contrata o subcontrata pueden prestar sus servicios en las instalaciones de la empresa principal o usuaria, concurriendo con los trabajadores de ésta, los operarios puestos a disposición están sometidos al poder de organización y dirección de la empresa usuaria, mientras que los pertenecientes a las plantillas de las empresas contratistas o subcontratistas siguen estando subordinados a éstas. Por tal motivo rechazamos también la aplicación analógica del citado artículo 11 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal"*.

Entre las medidas que se han articulado para hacer frente a la situación descrita, cabe mencionar la plasmada en el art. 18 del convenio colectivo de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife que prohíbe la contratación o subcontratación para los servicios de restaurantes,

bares, cocinas, recepción y pisos, admitiéndola por el contrario para las de carácter accesorio, como jardinería, animación, tareas específicas de mantenimiento técnico, servicios de socorrismo, labores especializadas de limpieza, sin incluir la limpieza normal y habitual de las zonas comunes de trabajo y de las zonas de clientes, así como el servicio de seguridad con la puntualización de que se debe realizar con guardas o con vigilantes de seguridad. Sobre la validez de este tipo de cláusulas se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 12 de abril de 2011 (rec. 852/2010).

Otras figuras que deben diferenciarse de las EMS son las que representan las empresas auxiliares de servicios, vinculadas exclusivamente a la seguridad (control de accesos...), o las dedicadas únicamente a la prestación de servicios integrales a edificios, aunque una y otra actividad pueden formar parte de las realizadas por las EMS. Tampoco hay que confundirlas, claro está, con las empresas de multiservicios del hogar.

## **2. PROBLEMAS LABORALES EN LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS**

En el desarrollo de su relación laboral con las EMS, los asalariados, además de afrontar los problemas típicos que el trabajo en régimen de subcontratación implica, entre los que destacan, entre otros, los relacionados con la precariedad en el empleo (contratación temporal y a tiempo parcial fraudulenta), el prestamismo laboral, la prevención de riesgos laborales, y la delimitación de las responsabilidades de la empresa principal, tienen que enfrentarse, además, a dos dificultades específicas: una, en el ámbito de la negociación colectiva, de cuya solución dependen otras cuestiones fundamentales que le están subordinadas, como las condiciones laborales por las que se han de regir; y la otra, relativa al mantenimiento del empleo cuando se produce un cambio en la contrata, problemas que aun diferenciados para su análisis presentan claros puntos de conexión, como se verá al abordar el estudio del segundo.

Es principalmente en el campo de la negociación colectiva donde han surgido una serie de dificultades adicionales a las que existentes en las empresas que se dedican a la prestación de un único servicio a terceros, determinantes de un menor nivel de protección de los trabajadores, en las que se centra esta intervención sin perjuicio

de se haga una breve consideración final sobre la temática singular en materia de subrogación.

A pesar de que su análisis desborda el tiempo de esta ponencia, no puede faltar una breve referencia al fenómeno de la cesión de trabajadores en el marco de una contrata realizada con una EMS, en la medida que el ofrecimiento en el mercado de una pluralidad de servicios de diferente naturaleza, y, en su caso, la prestación conjunta de varios de ellos a favor de un mismo cliente, puede facilitar que lo que en realidad se produzca no sea una operación de externalización de una actividad para que sea realizada por la EMS con la organización y los medios que conforman su estructura empresarial, sino un mero suministro de trabajadores, como podría suceder p.ej. en aquellos casos en los que lo que se subcontrata es la limpieza de las habitaciones y las zonas comunes de un Hotel.

Un supuesto representativo, aunque el tribunal no apreciase, con criterio discutible, la existencia del prestamismo prohibido, lo encontramos en la STSJ Valladolid 25 de junio de 2015 (rec. 908/2015), recaída en un caso en el que la empresa titular de un Teatro encomendó a una EMS la prestación del servicio técnico de escenario, especificándose en el pliego de condiciones que la Dirección Técnica del Teatro sería la que determinaría los servicios necesarios que efectivamente debían prestarse en cuanto a número de plantilla, categorías, horarios, jornada y supervisaría el trabajo, y que el ejercicio de la actividad se desarrollaría bajo las instrucciones dadas por el responsable del servicio de la Fundación y las necesidades puntuales que demandase cada evento. Tal encargo se prolongó durante varios años, la contratista facturaba mensualmente en función del número de horas realizadas por los trabajadores, y del número de éstos y contaba con un supervisor que acudía al centro de trabajo con periodicidad semanal.

### **3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

En ausencia de un convenio colectivo para el subsector de las EMS, a nivel provincial, autonómico o estatal, cuya negociación presenta enormes dificultades dada la gran disparidad existente entre los diferentes servicios que ofertan en el mercado, se abre el interrogante de determinar qué criterios hay que utilizar para seleccionar

la norma convencional sectorial por la que han de regirse en su relación con el personal, dada la especial situación creada por la poliaktividad productiva que las caracteriza y que se manifiesta en la prestación, en el marco de la misma o de diferentes contrataciones, de servicios de distinta naturaleza susceptibles de encontrar acomodo en el ámbito de diversos convenios sectoriales.

Como es sabido, los convenios colectivos sectoriales –provinciales, interprovinciales, autonómicos o estatales– configuran sus ámbitos funcionales de aplicación por referencia a una o más actividades productivas o de servicios, atendiendo a criterios de homogeneidad o similitud que permiten establecer una regulación uniforme de las condiciones de trabajo del personal que las efectúa; actividades cuyo ejercicio por una concreta empresa acarrea la aplicación automática de la correspondiente disposición convencional que, por su eficacia normativa, se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito, sin precisar del complemento de voluntades individuales, situándose en la esfera de lo indisponible.

Según recuerda la STS 10 de junio de 2015 (rec. 175/2014), con arreglo al sistema de fuentes establecido en el art. 3.1 ET, la determinación del convenio colectivo aplicable a una relación laboral queda fuera de las posibilidades de contratación individual, imponiéndose a las partes de forma automática e imperativa por mor de lo dispuesto por el art. 82.3 ET, si bien, como precisa la STS 9 de diciembre de 2015 (rec. 135/2014), en nuestro ordenamiento jurídico aplicable no existen reglas para la identificación de la norma convencional aplicable, más allá de las previsiones generales de los artículos 83.1 y 82.3 ET relativas a que los convenios tienen el ámbito de aplicación que las partes acuerden y obligan a todos los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación.

Ahora bien, cuando la actividad de la empresa consiste en la prestación, a terceros, de una pluralidad de servicios de diversa índole, susceptibles de ser encuadrados en el ámbito funcional de diferentes convenios colectivos sectoriales, surge la necesidad de identificar la regulación o regulaciones convencionales a las que debe someterse la empresa, y, por ende, el estatuto jurídico de los trabajadores que desarrollan tareas comprendidas en el ámbito de diferentes convenios sectoriales, o que llevan a cabo actividades que no pueden sub-

sumirse en el radio de acción de ninguno de ellos, como sucede, en general, en los servicios auxiliares de control de accesos, portería y conserjería en las instalaciones del cliente, evitando situaciones de vacío convencional que implican un agravio comparativo frente a los restantes colectivos de trabajadores de la EMS, nada deseables, especialmente en materia de subrogación.

Lejos de lo que podría pensarse en una primera aproximación, el problema enunciado, no se suscita, y es de obligada resolución, únicamente cuando la EMS no cuenta con un convenio colectivo propio de empresa, sino que también se puede plantear cuando disponga del mismo, supuesto en el que la norma sectorial, de ser anterior en el tiempo, actúa como norma mínima en las materias no enumeradas en el art. 84.2 ET y desplaza al convenio colectivo de empresa en aquellos aspectos en los que contenga una regulación menos favorable para los trabajadores que la fijada en la disposición sectorial aplicable. E incluso en el caso de que el convenio de ámbito posterior en el tiempo y la materia de que se trate –singularmente la obligación de subrogación– no esté regulada en el convenio colectivo de empresa y se debata la posible traslación de la cláusula incorporada al convenio o colectivos sectoriales correspondiente a la actividad o actividades afectadas, como en el caso que resuelve a favor de su aplicación la TSJ Castilla-La Mancha 26 de enero de 2016 (rec. 1501/2015) la última de la serie de las que en ella se citan en las que estaba implicada la EMS Umano. Por todo ello, no puedo estar de acuerdo con la afirmación categórica de algún sector doctrinal en el sentido de que “el convenio colectivo sectorial no resulta aplicable en el caso de que exista un convenio colectivo de empresa”.

No obstante lo anterior, a efectos expositivos dividiré el presente capítulo en dos apartados: el primero, está dedicado a las EMS carentes de convenio colectivo propio de empresa, en las que el asunto jurídico fundamental que hay que resolver es, precisamente, la identificación del convenio colectivo aplicable, mientras que el segundo se ocupa de c las EMS dotadas de una regulación convencional propia, en las que al problema enunciado se suma principalmente el que surge como consecuencia del ámbito y contenido de los convenios colectivos hasta ahora firmados, en conexión con la regla legal de prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa y con las previsiones relativas a su ámbito territorial.

Pero antes de abordar ese análisis diferenciado conviene reparar en que, como advierte la STS 14 de noviembre de 2007 (rec. 2910/2006), la cuestión de carácter general relativa al convenio colectivo aplicable en el ámbito de las contratas multiservicios, no es equivalente al problema de determinación del salario que puede surgir en ese marco a la vista de las funciones desempeñadas por uno o más trabajadores de la EMS en la empresa cliente. Esa cuestión es la que examina la STSJ C. Valenciana 9 de noviembre de 2005 (rec. 1247/2005), dictada en un supuesto el que las tareas que desarrollaba el actor en la empresa IBM no eran las descritas para la categoría profesional de peón en el convenio de Limpieza de Edificios y Locales, aplicado por la EMS, sino las propias de un “mantenedor” básico, dirigidas a asegurar un correcto funcionamiento de las instalaciones, que podían ser desarrolladas por personal contratado directamente por la comitente. Y también, el que resuelve la TSJ Málaga 25 de mayo de 2006 (rec. 942/2006), que se decantó asimismo por la aplicación del salario previsto en el convenio colectivo de la empresa comitente dada la multiplicidad de funciones encomendadas al trabajador demandante y la cláusula de disponibilidad para la empresa principal que rigió su prestación de servicio.

### 3.1. EMS SIN CONVENIO COLECTIVO PROPIO DE EMPRESA

Si bien ni el ordenamiento jurídico laboral, ni los acuerdos colectivos alcanzados en el marco de los apartados 2 y 3 del artículo 83 ET, ofrecen una respuesta a la pregunta anteriormente expuesta, la doctrina de suplicación y, de manera reciente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, han venido sentando determinadas pautas para su solución, cuyo análisis permite anticipar que la delimitación del convenio colectivo aplicable no puede solventarse a partir de un criterio unívoco, aplicable en todos los supuestos, sino teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, debiéndose atender a tal propósito de manera principal a aquellas que a continuación se relacionan.

Sin embargo, antes de hacerlo resulta oportuno hacer una referencia a la desprotección laboral que genera la laguna apreciable en este punto y la falta de una doctrina jurisprudencial concluyente, que llega a extremos alarmantes como el enjuiciado por la STSJ

Asturias 13 de noviembre de 2015 (rec. 1959/2015) en el que una EMS que desarrolla su actividad en el Principado pese a llevar a cabo distintas actividades que tenían encaje en varios convenios colectivos sectoriales, no aplicaba ninguno de ellos y retribuía la prestación de servicios de todos su personal con el salario mínimo interprofesional. La toma en consideración de esa situación permite establecer además un nexo de unión con el segundo apartado de este Capítulo pues pocos meses después de la reclamación formulada por el trabajador demandante en el mencionado proceso al objeto de que se le aplicase un determinado convenio sectorial, la EMS demandada suscribió con el delegado de personal un convenio colectivo de empresa, publicado en el BOPA 24 de julio de 2015, con una duración de 8 años y 7 meses, en el que para los Grupos de iniciación y I – en los que se encuadran la mayor parte de los trabajadores se fija un salario anual de 9.080,40 euros, y en cuyas disposiciones adicionales se introducen un conjunto de previsiones para “blindar” el convenio colectivo de empresa y facilitar su implantación en otros territorios, a saber: 1<sup>a</sup>) la no complementación con otros convenios colectivos, salvo expresa remisión a los mismos; 2<sup>a</sup>) su prioridad aplicativa respecto de los convenios colectivos sectoriales de cualquier ámbito, sin salvedad alguna; 3<sup>a</sup>) su aplicación a todos los trabajadores de la empresa en cualquier punto de España.

Dicho lo anterior, veamos los distintos supuestos que pueden presentarse.

### **3.1.1. Trabajadores ocupados en exclusiva en una actividad incardinable en un convenio colectivo sectorial**

#### **3.1.1.1. Regla general; criterio de especialidad**

En esta primera hipótesis, en la que las actividades desarrolladas por los trabajadores de la EMS, cuentan con un convenio colectivo sectorial específico que les es de aplicación, la doctrina mayoritaria de la AN y de los TSJ se ha inclinado por otorgar primacía al criterio de especialidad en la elección de la norma sectorial aplicable sobre el principio de unidad de empresa, conforme al cual todos los trabajadores de la EMS deberían regirse por un único convenio colectivo: el de la actividad principal a la que se dedique su empleador.

Con arreglo al criterio mayoritario, los trabajadores de las EMS se han de sujetar al convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la concreta actividad que llevan a cabo. De esa forma sus condiciones laborales estarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro o más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la EMS en su conjunto que llevaría a alejar su estatus de la esfera natural que le es propia y a expandir un convenio colectivo fuera de su campo específico para regular situaciones muy distintas de las contempladas en él.

En este tipo de empresas, la especificidad que justifica la inaplicación del principio de unidad de empresa, viene determinada por la naturaleza independiente y heterogénea y normalmente inconexa de las actividades que ejecutan por cuenta de los terceros, que impide hallar un punto de encuentro y considerar a una de ellas como preponderante respecto de otras de muy distinta naturaleza. Esta singularidad resta importancia al elemento formal que representa la pertenencia a una misma organización empresarial y a la eventual preeminencia de una de ellas desde la perspectiva de la facturación o del número de trabajadores ocupados, lo que desde el punto de vista conceptual no la transforma necesariamente en principal y a las restantes en accesorias, secundarias o complementarias.

Aunque el centro de trabajo sea común, la diferenciación existente entre las distintas actividades que se desarrollan en el mismo hace más razonable la aplicación de dos o más convenios sectoriales distintos, teniendo en cuenta además que lo habitual es que no exista prestación indistinta de servicios por parte de los trabajadores de la EMS atendiendo actividades comprendidas en ámbitos de aplicación de distintos convenios colectivos sectoriales y tampoco trasvases de personal desde una actividad a otra distinta.

Por otra parte, la aplicación del convenio colectivo correspondiente a la actividad nuclear de la empresa tiene sentido y lógica cuando las restantes actividades carecen de un convenio colectivo sectorial específico. Pero si existen, como en el supuesto que se analiza, parece más racional que se apliquen las normas convencionales que se adaptan mejor a cada actividad productiva y al tipo de trabajo desarrollado por el personal adscrito a cada una de ellas. En esa hipótesis, la conexión funcional es preferible a la conexión “actividad

principal”, teniendo en cuenta que el contenido de la prestación y las condiciones laborales se amoldarán más que las previstas en el convenio colectivo predicable de la actividad preponderante, salvo que una y otra coincidan.

Nótese, asimismo, que el recurso al principio de unidad de empresa puede servir de coartada a las empresas para privar a su personal de cobertura convencional colectiva, y provocar serios problemas aplicativos, como es de ver en la STSJ Madrid 23 de septiembre de 2015 (rec. 215/2015). En ese supuesto, la EMS tenía como actividades principales la limpieza, la conserjería, el mantenimiento, la jardinería y el mantenimiento de piscinas y no aplicaba ningún convenio colectivo a sus trabajadores; uno de ellos, que desempeñaba funciones de jardinero en una Urbanización, reclamó la aplicación del convenio provincial de jardinería, pretensión que fue rechazada judicialmente bajo el argumento de la falta de prueba de la preponderancia de esa clase de servicios.

Desde otro aspecto muy relevante en el ámbito de la subcontratación, cuál es el del cambio de empresario como consecuencia de la sucesión de contratas, la opción interpretativa mayoritaria se revela más ajustada pues la aplicación del principio de unidad de empresa podría conducir a situaciones conflictivas de variación del convenio referencial en función de la actividad principal desarrollada por las empresas implicadas. Empero también puede argumentarse en sentido contrario con razón que tal alternativa posibilita que la obligación de subrogación no se someta a una pauta unitaria sino que dependa de las estipulaciones contenidas en cada convenio sectorial, lo que resulta manifiestamente disfuncional.

Más justificación si cabe tiene la aplicación del canon de la especialidad cuando en un determinado centro de trabajo, la EMS presta un único servicio a favor de la empresa cliente, situación que puede producirse en la práctica pues el hecho de que la EMS desarrolle diferentes actividades en el mercado no implica necesariamente que en todas y cada una las contratas deba realizar más de una, pero también debe entrar en juego en el caso más característico de que realice diversos servicios por cuenta del mismo cliente (contrata de servicios múltiples), sea en el mismo o en diferentes centros de trabajo, supuesto en el que se aplicarán tantos convenios colectivos

sectoriales como actividades sean objeto de la contrata y cada trabajador se regirá por el convenio correspondiente al servicio que realice.

Conforme a la línea doctrinal expuesta en las EMS no resulta de aplicación un único convenio colectivo sectorial, sino tantos como actividades se efectúen en los diferentes centros de trabajo, o en el marco de cada contrata, que se deben aplicar de forma simultánea y concurrente a los empleados que respectivamente las lleven a cabo, lo que supone que en las EMS convivirán colectivos de trabajadores sujetos a diversos convenios de ámbito sectorial.

Se estima, en definitiva, que son los criterios funcional y territorial de las normas sectoriales paccionadas los que hay que conjugar para determinar los convenios aplicables en esa clase de empresas, por imperativo de los principios de autonomía negocial y libertad sindical de los arts. 37.2 y 28.1 CE, en conexión con los principios de libertad de fijación de los ámbitos de negociación y de obligatoriedad de las convenios para todas las empresas que desarrollen actividades comprendidas en su ámbito de aplicación que se contienen en los arts. 83.1 y 82.3 ET.

La opción por el criterio reseñado presenta indudables ventajas, entre las que se cuenta la aplicación de una regulación unitaria a todos los trabajadores que desarrollan el mismo tipo de trabajo, al margen de la peculiar configuración del sujeto empleador, esto es, con independencia de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un concreto servicio, o de una EMS que además oferta otros servicios, lo que permite acomodar la clasificación profesional y las condiciones de trabajo del personal de las EMS a las particularidades del servicio desarrollado, en lugar de someterlas a un convenio que regula una actividad de características muy diferentes.

Tampoco es despreciable el efecto consistente en evitar situaciones susceptibles de distorsionar la competencia efectiva y leal en el mercado, favoreciendo a las EMS –que podrían ver reducidos sus costes como consecuencia de la aplicación de un convenio diferente del correspondiente al servicio contratado– frente a las que no tienen ese carácter, e incluso entre las propias EMS. No obstante, también presenta ciertos inconvenientes, entre los que destacan las diferencias de tratamiento de los trabajadores de las EMS, some-

tidos a distintas condiciones laborales según el tipo de servicio y el ámbito territorial en que se desenvuelvan las actividades de la empresa.

El principio de especialidad ha sido asumido por la Sala de lo Social de la AN en la sentencia de 9 de marzo de 2015 (autos 2/2015), en la que se razona que “a este tipo de empresas, vinculadas a procesos de externalización donde opera abundante mano de obra ocupada en todo tipo de actividades y tareas, en tanto que carezcan de convenio propio, les resultan de aplicación y atendiendo a cada concreta actividad, el convenio de sector o territorial que regule cada una de tales actividades”. En el mismo sentido se han pronunciado las STSJ Cataluña 10 de febrero de 2015, rec. 7115/2014; Valladolid 17 de septiembre de 2014, rec. 1062/2014 y 14 de abril de 2014, rec. 92/2014; Burgos 21 de noviembre de 2013, rec. 616/2013; Asturias 28 de junio de 2013, rec. 1076/2013; y Comunidad Valenciana 15 de noviembre de 2012 (rec. 2508/2012); y TSJ Las Palmas 11 de mayo de 2010 (rec. 335/2010).

La tesis defendida por la doctrina judicial la comparte la Comisión Nacional de Convenios Colectivos sobre la base de que, por lo general, ninguna de las actividades desarrolladas por las EMS se constituye en la principal, lo que con arreglo al principio de especialidad conlleva que cada una de ellas deba regirse por el convenio colectivo sectorial correspondiente, resultando aplicables tantos convenios colectivos sectoriales como servicios distintos se presten (Expedientes 66/2009 y 105/2012, entre los más recientes).

### 3.1.1.2. Incidencia de la STS 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/2014)

No he localizado en las bases jurisprudenciales ninguna sentencia en la que la Sala de lo Social de Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre el convenio colectivo aplicable en la situación a estudio, esto es, en la que todos los trabajadores de la EMS desarrollan actividades que disponen de su propio paraguas convencional sectorial. Pero surge la duda, alimentada por algunas resoluciones de suplicación recientes, de si es posible ampararse en los argumentos que utiliza la TS 17 de marzo de 2015, para en el caso hasta ahora analizado, descartar la aplicación del principio de especialidad y optar por el principio de la actividad principal desarrollada por la empresa.

A fin de poder pronunciarse al respecto resulta forzoso señalar que en el supuesto que enjuicia el Tribunal Supremo una EMS importante que desarrolla su actividad en todo el Estado l había suscrito con la comitente un contrato de gestión integral de servicios complementarios, que abarcaban la reparación y mantenimiento de equipos de edificios, el mantenimiento de ascensores y equipos de seguridad, la limpieza y la conserjería. Las demandantes en el proceso trabajaban como auxiliares de información –actividad que carece de regulación convencional específica– reclamaron la aplicación del convenio colectivo provincial de limpiezas, por ser el que se corresponde con la actividad principal a la que se dedica la EMS. La Sala de suplicación estimó su pretensión, decisión que es confirmada en casación para la unificación de doctrina, trasladando a las EMS la doctrina jurisprudencial elaborada en relación a otras empresas que, sin tener esa condición, desarrollan diferentes actividades, citando y transcribiendo la Corte de casación parte de las sentencias que la contienen.

La configuración fáctica del caso, la fundamentación de la sentencia y la conclusión a la que llega permite hacer dos lecturas diametralmente opuestas. La primera es que el criterio que sienta despliega su virtualidad en todas las EMS, partiendo de la premisa de que, a juicio del Tribunal Supremo, el elemento decisivo para fijar el estatus convencional de los trabajadores de las EMS lo constituye la actividad principal de la empresa en su conjunto, y no las funciones concretas que realizan dentro del centro de trabajo. Es de notar que la aplicación de esta solución resultaría inviable cuando la actividad principal desarrollada por la EMS no encontrase encaje en el ámbito funcional de ningún convenio colectivo sectorial, supuesto en el que en todo caso parece razonable acudir al criterio de la especialidad, salvo que se entendiese que de ser así o todos los trabajadores de la EMS quedarían desprotegidos convencionalmente y sometidos únicamente a la legislación laboral general, lo que no se considera admisible. Otro obstáculo a la aplicación generalizada de esta pauta, aparte de los señalados al exponer el criterio de la especialidad, es el de la irracionalidad que implica que en determinados centros en los que se lleva a cabo una única actividad o varias no coincidentes con la principal de la empresa, rija el convenio correspondiente a otra actividad diferente.

Pero es posible también otra lectura de la sentencia que lleve a la consideración de que resuelve un caso particular en el que en un determinado centro de trabajo se desarrollan una pluralidad de actividades y parte del personal adscrito al mismo carece de cobertura convencional sectorial, de forma que, más allá de los razonamientos utilizados, el Tribunal se limita a procurar una salida a la situación de ese concreto personal que reclama, sin que ello signifique, por ejemplo, que los dedicados en esa misma contrata al mantenimiento de los ascensores tengan que sujetarse también al convenio colectivo de limpiezas.

En todo caso, y en la hipótesis de que prosperase la primera opción, habría que plantearse con mayor impulso y rigor la cuestión relativa a la validez y eficacia de las disposiciones incorporadas a determinados convenios colectivos sectoriales que incluyen expresamente a las EMS que desarrollen actividades comprendidas en su ámbito de aplicación.

Para concluir este epígrafe ha de ponerse de manifiesto la posibilidad de que la actividad que ejecuten por los trabajadores de una EMS en el marco de una determinada contrata se corresponda con la propia de la empresa cliente, como ocurre si el servicio prestado consiste en la limpieza de las habitaciones de un Hotel. En ese caso, y con independencia de otras consecuencias y responsabilidades en materia laboral, preventiva y de Seguridad Social previstas en la legislación laboral (arts. 42, apartados 1 y 2, ET y 24.3 LPRL), la norma paccionada por la que se regularán las condiciones laborales de ese personal coincidirá con la aplicable a los trabajadores de la empresa principal (TSJ Castilla-La Mancha 22 de marzo de 2006, rec. 1606/2004, aunque empleando argumentos diferentes).

### 3.1.1.3. Excepción a la regla general: la aplicación del convenio colectivo al que se sujeta la empresa cliente

Fuera del supuesto al que acabamos de hacer referencia en el párrafo precedente, para la identificación del convenio colectivo aplicable hay que estar a la concreta actividad o actividades que realiza la EMS en el marco de la contrata, haciendo abstracción de cuál sea la actividad específica de la empresa contratante y la norma paccionada a la que se someta. En tal sentido, y frente a algunas

resoluciones que inicialmente se pronunciaron en sentido contrario utilizando razones de analogía con la situación de los trabajadores puestos a disposición por una empresa de trabajo temporal (TSJ Castilla-La Mancha 6 de noviembre de 2002, rec. 1798/2002, y TSJC. Valenciana 22 de febrero de 2007, rec. 1686/2006), la doctrina de suplicación más reciente ha rechazado mayoritariamente este criterio al no existir ninguna norma que, imponga una paridad de condiciones laborales entre los trabajadores de las contratas y los de la empresa principal, análoga a la establecida en el art. 11 LETT. Y ello, tanto en supuestos en que la EMS contaba con un convenio colectivo propio de empresa (TSJ Sevilla 21 de junio de 2012, rec. 3025/2010 y 20 de noviembre de 2014, rec. 2489/2014), como en otros en que carecía del mismo. Repárese, por lo demás, aunque no sea la situación más común, que el convenio sectorial aplicable a la actividad realizada por los trabajadores de la EMS puede ser más favorable que el que rijan la actividad de la empresa cliente, como en el caso que decide la TSJ Castilla-La Mancha 26 de julio de 2005 (rec. 1137/2005).

A pesar de lo que se ha dicho anteriormente, el criterio general de la especialidad puede encontrar una excepción cuando el convenio colectivo sectorial aplicable en la empresa cliente incluye, “nominatim”, en su ámbito funcional a las EMS, o de manera más general a aquellas empresas que en virtud de cualquier tipo de contrato realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al convenio sectorial, especificando que en estos supuestos, las empresas deberán aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que presten tales servicios, las condiciones generales contenidas en el convenio y en particular la tabla salarial.

La licitud de este tipo de estipulaciones ha sido reconocida por el TSJ Las Palmas en sentencias de 6 de noviembre de 2013 (rec. 780/2013), 27 de octubre de 2014 (rec. 1117/2013), 29 de enero de 2015 (rec. 621/2014 y 29 de septiembre de 2015, rec. 638/2015), que considera que las mismas no contravienen el art. 82.3 ET, desde el momento en que no atraen a su ámbito funcional a empresas de otro sector, sino que se limitan a regular la prestación de servicios dentro de su propio ámbito, estableciendo una regla, análoga a la que contiene la LETT. No obstante, y de conformidad con lo pre-

venido en el propio convenio provincial de hostelería, el Tribunal excluye de ese beneficio los servicios o tareas especializadas prestados por trabajadores cuya categoría profesional y/o funciones no se encuentren incluidos en el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal de Hostelería, como la de socorrista (TSJ Las Palmas 30 de octubre de 2013, rec. 839/2013; 29 de abril de 2015, rec. 1197/2014 y 4 de diciembre de 2015, rec. 1063/2015).

Ese tipo de cláusulas, aparte de la ventaja que representa para los trabajadores de la EMS y en general de las empresas de servicios, puede ejercer un efecto desincentivador de la externalización y convertirse en un estímulo al mantenimiento de las plantillas por parte de las empresas que regentan el negocio, que encontraran menos alicientes en la subcontratación.

Con todo, hay que advertir que el criterio expuesto no es compartido por estas Salas de suplicación bajo el argumento de que aun cuando las partes negociadoras de un convenio colectivo tienen plena libertad para fijar su ámbito de aplicación, dicha libertad no puede ser entendida en términos tan absolutos que excedan sus efectos de las propias unidades de negociación, de manera que sus cláusulas, tanto normativas como obligacionales, no pueden afectar a quienes no han sido parte en la negociación (TSJ Málaga 23 de octubre de 2014, rec. 1336/2014 y TSJ Granada 28 de enero de 2016, rec. 2788/2015).

### **3.1.2. Trabajadores que realizan simultáneamente dos o más actividades insertas en el ámbito funcional de aplicación de diferentes convenios sectoriales**

En este supuesto, menos habitual en la práctica, se abren distintas alternativas entre las que cabe destacar dos: 1<sup>a</sup>) adaptar a esa situación el principio de especialidad, aplicando el convenio sectorial que corresponda a la actividad preponderante desde la perspectiva del tiempo empleado en su realización en cómputo anual, utilizando analógicamente la pauta establecida en el art. 22.4 ET; 2<sup>a</sup>) aplicar el convenio colectivo correspondiente a la actividad preponderante de la empresa en su globalidad, con arreglo al principio de unidad de empresa y unidad de convenio, como hizo la STSJ Valladolid 27 de mayo de 2015 (rec. 641/2015), conociendo del litigio planteado por

un encargado de una EMS que supervisaba la labor que realizaban trabajadores adscritos a la realización de diferentes actividades en diversos centros. La Sala razona que el demandante desarrollaba su actividad en el conjunto de la empresa como globalidad, pudiendo producirse variaciones en la actividad preponderante en el tiempo y en las zonas.

### **3.1.3. Trabajadores dedicados en exclusiva a actividades sin cobertura convencional sectorial**

En este caso, no se aplica la normativa laboral básica, sino el convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad principal de la empresa (TS 17 de marzo de 2015, rec. 1464/2014), cuya doctrina, elaborada en relación a una contrata que comprendí diferentes actividades, puede extenderse a otras situaciones, como la que se da cuando los diferentes servicios se prestan en el ámbito de diversas contratas.

Ya hemos hecho referencia previa a esa sentencia, si bien ahora conviene reparar en otros aspectos. De una parte, en que a la hora de determinar cuál es la actividad preponderante de la EMS, la sentencia no toma como ámbito de referencia la contrata en cuestión, sino la empresa en su conjunto, lo que abre algunos interrogantes acerca del ámbito a considerar. De otra, en que para establecer la actividad principal de la empresa, la sentencia se limita a ponderar elementos formales, como la consignada en los contratos de trabajo de los demandantes, o el objeto social, si bien ello se explica porque en la declaración de hechos probados no se incluyen datos referidos a las características de las diferentes actividades llevadas a cabo por la EMS, como los porcentajes de facturación y el volumen de empleo por tipo de actividad, que serían las principales variables a considerar.

No obstante, la conclusión a la que llega la sentencia en función de los términos en que se desarrolló el debate en ese concreto proceso, no tiene que prevalecer necesariamente sobre otra que puede contar con más elementos de apoyo en función de las particularidades de la actividad desarrollada por la comitente y por la ESS, especialmente cuando la realizada por ésta encuentra acomodo en el ámbito ordinario de la contratante, cual es la de aplicar el convenio colectivo por el que se rige la entidad contratante, sea sectorial o de

empresa. Por esta solución se decantó la TSJ Aragón 29 de octubre de 2012 (rec. 610/2012), en un supuesto en que la EMS defendía la aplicación de la normativa laboral básica. Se trataba de un señalista en las obras del trazado del tranvía de Zaragoza; el Tribunal entiende que la particular afinidad de las tareas efectuadas por el actor con el sector constructivo en el que ha venido trabajando para regular el acceso a las obras justifica la aplicación del convenio colectivo provincial de la construcción, lo que implica que el período de prueba establecido en contrato es superior al previsto en esa norma convencional y que el salario regulador de la indemnización de despido debe ser el fijado en dicho convenio. En esa misma línea se sitúa la TSJ Aragón 9 de octubre de 2013 (rec. 384/2013), en relación a una empresa dedicada a la transformación de plásticos, cuyas relaciones laborales se rigen por el Convenio Colectivo general de la industria química, que externalizó parte de su actividad productiva, que pasó a realizar el personal de una EMS en los mismos locales de la empresa principal. Los trabajadores de la contratista realizan el trabajo operacional de la fábrica, sacan las piezas de las prensas de inyección y atienden el normal funcionamiento de las impresoras, así como su manipulación más inmediata; mientras que de la comitente realizan los trabajos logísticos, de almacenaje y los técnicos de mantenimiento y supervisión de la producción. El Tribunal de suplicación considera que la actividad que realiza la EMS en esa fábrica se incardina en el ámbito de aplicación del convenio sectorial, por lo que confirma la sentencia de instancia estimatoria de la demanda de oficio y concluye que los hechos declarados probados constituyen el establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, previsto en el artículo 7 de la LISOS, sin que a ello sea óbice que la EMS cuente con un convenio colectivo propio, dada su naturaleza extraestatutaria.

### 3.2. EMS CON CONVENIO COLECTIVO PROPIO DE EMPRESA

#### 3.2.1. Planteamiento general

El rasgo que caracteriza a este tipo de empresas de realizar múltiples actividades de distinta índole, y la inexistencia de un convenio colectivo sectorial específico de EMS que discipline las relaciones

de trabajo, ha venido haciendo compleja e incierta la determinación de la normativa convencional aplicable al personal dedicado a la prestación de los diversos servicios atendidos por la EMS en el mismo o en diferentes centros de trabajo. Estas dificultades, de las que ya hemos dado cuenta, unidas a los problemas de gestión de personal que plantea la aplicación de diferentes convenios colectivos, y los generados por el diferente estatus de trabajadores que, en ocasiones, desempeñan su labor en el mismo ámbito locativo, podrían justificar la necesidad de establecer una regulación paccionada propia y específica a nivel de empresa, acorde con la especificidad del negocio, como mecanismo apto para clarificar y homogeneizar las condiciones laborales de la plantilla.

No obstante, la realidad que se desprende del contenido de los convenios colectivos suscritos a ese nivel es que, en general, su verdadera utilidad ha sido la de servir de instrumento para dar cobertura a la imposición a sus trabajadores de un salario y unas condiciones laborales más onerosas que las que tendrían si se rigiesen por el convenio colectivo sectorial propio de la actividad que llevan a cabo, lo que se ha visto favorecido por circunstancias tales como la fragmentación y atomización de la mano de obra en lugares de trabajo dispersos, la baja tasa de afiliación y la menor presencia sindical en los órganos de representación unitarios, la limitada capacidad de movilización y el escaso poder de negociación por parte de los representantes unitarios, así como los efectos de la última crisis económica.

Esta regulación a la baja en una rama intensiva en fuerza de trabajo, preferentemente poco cualificada, cuyos principales costes son los salariales, permite a las EMS dotadas de una norma convencional propia competir con ventaja tanto con las empresas especializadas en la prestación de un único servicio como con las EMS que carecen de convenio propio. En aras de ese objetivo desarrollan, además, una estrategia orientada a “blindar” el convenio colectivo de empresa en todos sus aspectos, y no sólo en los enumerados en el art. 84.2 ET, y a afectar al mismo a todos los centros actuales y futuros, haciendo abstracción de la representatividad de los sujetos que los firman en representación del personal, todo ello con la intención de cerrar totalmente el círculo y excluir cualquier posibilidad de aplicación de los convenios colectivos sectoriales.

Como se ha advertido con rotundidad por la profesora Vicente Palacio, “el convenio de empresa cede su virtualidad de norma para la regulación unitaria de las condiciones de trabajo y como vía para la mejora de las condiciones de trabajo a ser instrumentado por la empresa para la elusión de la aplicación de la normativa sectorial, recuperando así la ventaja competitiva que se deriva de unas condiciones de trabajo negociadas en unas empresas que, en general, se caracterizan por una baja implantación sindical, por carecer de representantes de los trabajadores y por su dispersión geográfica”.

Es, por tanto, en estas motivaciones principales donde hay que buscar la explicación al auge que en los últimos años están teniendo los convenios colectivos de EMS, fenómeno que se ha visto favorecido de manera decisiva por la reforma que en materia de negociación colectiva llevó a cabo la Ley 3/2012, de 6 de julio. A tal efecto, es oportuno recordar que esa norma introdujo un triple cambio en el apartado 2 del art. 84 ET.

1º) Confió prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto de los convenios de ámbito superior en determinados aspectos que, a decir de la EM de la Ley 3/2012, se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo, a saber:

- La cuantía de la retribución; habiéndose pronunciado la TS 18 de febrero de 2015 (rec. 18/2014) en el sentido de que si en la fecha de publicación del convenio de empresa estaba vigente el convenio sectorial, el hecho de que las partes negociadoras de aquél puedan darle efectos retroactivos, no les autoriza a disponer de los derechos económicos de los trabajadores consolidados con anterioridad a la fecha de la publicación. Por otra parte, el mismo Tribunal aclara que la preferencia en esta materia no permite la supresión de conceptos salariales regulados en el convenio sectorial (STS 1 de abril de 2016, rec. 147/2015).
- La ordenación del tiempo de trabajo; que no puede confundirse con la determinación de la jornada máxima anual (STS 1 de abril de 2016, rec. 147/2015).
- La planificación de las vacaciones; que no comprende su duración (STS 1 de abril de 2016, rec. 147/2015).
- El sistema de clasificación profesional.

- Las modalidades de contratación.
- La conciliación de la vida laboral, familiar y personal; materias.

Según interpreta la STC 119/2014, esta previsión responde a la finalidad legítima “de facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores, procurando favorecer la flexibilidad empresarial en aquellas materias en que el legislador ha considerado que puede ser más necesaria la acomodación a las características de la empresa y de sus trabajadores”; regulación que responde a la finalidad constitucionalmente legítima de defender la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo; objetivos ambos que entroncan directamente con derechos y principios constitucionales, como el derecho al trabajo, la libertad de empresa y la defensa de la productividad y el fomento del empleo.

Frente a ello, el VP emitido sostiene que el verdadero objetivo de la medida no es ese, sino transferir el poder normativo convencional existente en el nivel negocial dominante hasta su adopción –el convenio de sector provincial– perteneciente a las organizaciones sindicales y a las asociaciones empresariales, al que surge de la negociación de la empresa, los titulares de las pequeñas empresas y la representación de los trabajadores más típica en esas entidades productivas; esto es y señaladamente, la representación unitaria unipersonal, propiciando una descentralización disgregada y atomizada.

2º) Declaró indisponible para los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales, a los que se refiere el art. 84.2 ET, esa regla de solución de conflictos de concurrencia entre convenios colectivos de distinto ámbito. Se trata de garantizar así, como precisa la EM de la Ley, la efectiva descentralización de la negociación colectiva, en lugar de dejarla en manos de los convenios estatales o autonómicos que podrían impedir la preferencia aplicativa del convenio colectivo de ámbito empresarial (la TS 26 de marzo de 2014, rec. 129/2013 reflexiona al respecto).

3º) Previno que los convenios de empresa pueden ser negociados en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito

superior. Se permite así, como advierte el VP de la STC 119/1994, “a pesar de la existencia de una norma convencional ya en vigor, abrir un trato contractual con vistas a alcanzar un pacto cuyo único y verdadero objetivo es implantar unas condiciones salariales o de tiempo de trabajo menos favorables que las fijadas en el convenio de vigencia originaria”.

La STS 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015) aclara que si el convenio colectivo de empresa se negocia durante la vigencia del convenio sectorial, mientras sigan vigentes simultáneamente ambos convenios, la prioridad aplicativa del primero opera en dos planos:

a) en los aspectos enumerados en el art. 84.2 ET, aunque la regulación sea menos favorable para los trabajadores, “puesto que no rige la norma más favorable (ni global ni particularmente), sino la determinada por la Ley para cada concreta materia” de las relacionadas en dicho precepto;

b) en los aspectos no listados, “si la regulación del convenio de empresa es más favorable para el concreto punto de que se trate”.

Por el contrario, en las materias no contempladas en el art. 84.2 ET en las que la regulación sea menos favorable para los trabajadores, no se aplica el convenio de empresa sino el sectorial. “Espigueo” que el TS considera la técnica correcta para determinar la prioridad aplicativa de cada concreto punto de regulación, sin que resulte admisible la compensación de materias.

La sentencia añade que una vez finalizada la vigencia de uno u otro convenio, “el que reste vigente ocupará el completo ámbito aplicativo y pasará a ser el único convenio de aplicación”.

Esta previsión hace que cobren aún mayor importancia las cláusulas de ultraactividad de los convenios colectivos sectoriales en tanto que su eficacia se proyecta no sólo sobre los trabajadores que se rigen únicamente por ellos, sino también sobre los que están sujetos a convenios colectivos de empresas incluidas en su ámbito de actuación en los términos señalados.

Es de advertir que en el sector que nos ocupa, el alcance de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa quedaría sensiblemente reducido si prospera la tesis asumida por n la TSJ Madrid 18 de mayo de 2015 (autos 197/2015), en el sentido de que

a efectos de la prioridad aplicativa prevista en el art. 84.2 ET, la unidad de fijación de condiciones es la “empresa” y no una inferior. Entre los diferentes argumentos que desarrolla en apoyo de esa interpretación, la sentencia citada emplea uno especialmente válido en el ámbito que ocupa la atención, al señalar que el objetivo de la norma al utilizar el término “empresa” no puede ser otro que evitar los abusos en que pudieran incurrir aquellas empresas que disgregadas en múltiples centros en distintos territorios o con centros de trabajo difusos o peculiares por razón de su actividad, como en el caso de las empresas que disponen de “lugares de trabajo”, perteneciendo el centro al cliente, hagan desvanecer las posibilidades de negociación colectiva integral entre trabajadores de la empresa en las materias que son las más relevantes en las relaciones laborales.

Retomando el hilo conductor de análisis, hay que advertir que las EMS aprovecharon rápidamente las posibilidades que ofrecía el cambio legal reseñados, manifiestamente superiores aún en un sector en el que la delimitación del convenio o convenios colectivos sectoriales aplicable presenta cierta dificultad, las organizaciones sindicales tienen menor presencia y la representación unitaria la ejerce en ciertos casos personal de estructura, más sensible a las reivindicaciones de su empleador. Desde la aprobación de la reforma, las EMS alentaron la firma de convenios colectivos de empresa cuya verdadera finalidad, como anticipó el VP de la TC 119/2014, es la fijación de condiciones más gravosas para los trabajadores que las establecidas en las normas paccionadas sectoriales de aplicación en razón de las diferentes actividades llevadas a cabo.

En el proceso expansivo de esa clase de convenios concurre, además, una nota muy relevante, cuál es la de que el contenido de los celebrados es muy amplio, naciendo con la vocación de convertirse en la única referencia convencional aplicable no sólo a aquellos trabajadores que desarrollan una actividad desprovista, por lo común, de cobertura negocial sectorial, como puede ser el dedicado a la prestación de servicios auxiliares de seguridad, sino también a aquellos otros cuyos cometidos encuentran encaje en un convenio colectivo sectorial. A este respecto uno de los instrumentos utilizados ha sido la cláusula de supletoriedad incorporada a la gran mayoría, a tenor de la cual en lo no previsto en los mismos se estará a la legislación laboral, y no lo dispuesto en los diferentes convenios

colectivos sectoriales, cuya eventual aplicación se excluye expresamente en muchos de los firmados.

Lo que se persigue, en definitiva, es que todos los trabajadores se rijan exclusivamente por el convenio colectivo de empresa en todos los puntos, de forma que la regla legal de prioridad aplicativa, limitada a determinadas materias, se transforme, por la vía de los hechos, en una regla de prioridad aplicativa absoluta. Con contadas excepciones, el papel esencial que han venido desempeñando hasta el momento los convenios colectivos de EMS no ha sido el de proporcionar un paraguas convencional a los trabajadores que desarrollan una actividad carente de regulación colectiva, sino la de sustraer a la aplicación de las normas paccionadas sectoriales a los trabajadores incluidos en su ámbito funcional.

Esta línea de actuación conduce a que el personal de las EMS quede sometido a una doble segregación en cuanto a su retribución y condiciones laborales: la clásica o tradicional, respecto de las disfrutadas por los trabajadores de la empresa comitente; y la novedosa o moderna, respecto de las gozadas por los trabajadores que realizan el mismo tipo de cometidos por cuenta de la empresa cliente en otros centros o que prestan similares servicios para otros terceros.

Otra reforma acometida por la Ley 3/2012 que favorece el florecimiento de la negociación colectiva a nivel de las EMS, es la que incidió en el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos, en la medida en que el decaimiento de los de ámbito provincial en aquellos sectores en los que no existen otros de ámbito superior susceptibles de aplicación, puede contribuir a la creación de nuevas unidades negociales a nivel de empresa con el aparente objetivo de cubrir el vacío convencional que encubre la verdadera finalidad anteriormente expuesta.

Bajo otra perspectiva, es de advertir que en muchos casos la constitución de nuevas unidades negociales se trata de articular a un nivel –el estatal– que no se corresponde con el ámbito de actuación real de la empresa ni, por ende, con el de los representantes de los trabajadores que los conciertan, estrategia que, previsiblemente, responde al propósito de favorecer la expansión de la empresa en otros lugares del territorio nacional, usando como señuelo un precio de los servicios sensiblemente inferior al de las empresas

de la competencia, posibilitado por la reducción de los costes laborales derivado de las inferiores condiciones de trabajo a las que queda sometido el personal de la contrata, especialmente cuando ésta sea de nueva adjudicación, o cuando no siéndolo, la EMS no se ha subrogado en los contratos de trabajo del personal adscrito a la misma.

Una vez expuestas las notas generales que se consideran esenciales para comprender el papel de los convenios colectivos de EMS concertados tras la reforma laboral de 2012, y antes de proceder a un examen más profundo de su contenido, conviene puntualizar que no obstante su expansión en estos últimos años, la negociación colectiva a nivel de empresa en el sector de empresas multiservicios no es un fenómeno nuevo, pues encuentra sus orígenes en la segunda mitad de la década de los noventa del pasado siglo, debutando, por tanto, poco después de la aparición de este tipo de empresas. En el estudio que en el segundo semestre de 2005 realizó un grupo de profesores de la Universidad de Zaragoza, dirigido por el catedrático de la Universidad de Zaragoza Juan Rivero Lamas, a instancia de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se constató la existencia de 26 convenios colectivos de ámbito estatal de EMS, publicados en el BOE, en el período comprendido entre el 5 de mayo de 1998 y el 29 de junio de 2005.

### **3.2.2. La proliferación de los convenios colectivos de EMS tras la reforma laboral de 2012**

Un reflejo de la decisiva transformación que supuso la consagración, en términos imperativos, de la regla de la prioridad aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa sobre los de ámbito superior en determinados aspectos básicos de su habitual contenido, puede observarse en la proliferación de convenios colectivos de empresa en el sector multiservicios, de ámbito estatal, a partir del 11-2-12. En los cuatro años transcurridos, a estos efectos, desde la entrada en vigor de la última reforma laboral, dado el tiempo que suele transcurrir habitualmente entre la firma del convenio y su publicación en el Boletín Oficial del Estado se han suscrito nada menos que 63 convenios colectivos de EMS, como es de ver en la Tabla del Anexo, sin contar doblemente los 4 que fueron objeto de nueva rúbrica tras haber sido anulados los previos por la Sala de lo Social

de la Audiencia Nacional –Grupo Constant Servicios Empresariales SLU; Intecons SA (ahora Claro Sol Facilities SLU); Esc Servicios Generales SL; y Expertus Servicios Hoteleros SL–.

No obstante, en este proceso cabe distinguir dos etapas bien definidas. La primera se extiende hasta el 31 de diciembre de 2013, período en el que se concertaron 43 convenios colectivos (23 en 2012 y 20 en 2013). Durante el segundo bienio, su número se redujo a 15 (7 en 2014 y 8 en 2015), mientras que el número de los signados en el 2016 que han sido difundidos en el diario oficial asciende a 5.

No es fácil descubrir las razones de un descenso tan marcado. A falta de datos sobre los convenios colectivos de EMS suscritos a nivel inferior, cabe aventurar la hipótesis de que puede guardar relación con el desplazamiento de la negociación hacía niveles inferiores, a la vista de los problemas de legitimación negocial que plantea la celebración de convenios estatales y la respuesta dada por los Tribunales Laborales a la que seguidamente se hará referencia.

### **3.2.3. La tendencia de los convenios colectivos de EMS a dotarse indebidamente de un ámbito estatal**

Que desde el 1 de enero de 2013 hasta la fecha, 44 convenios colectivos de EMS (de ellos 35 concertados con posterioridad al 11 de febrero de 2012, lo que representa un 55 % del total de los suscritos a partir de esa fecha<sup>167</sup>, porcentaje que puede aumentar a la espera de los se resuelva en los que puedan estar pendientes de impugnación), de declarado, por los firmantes, nivel estatal, hayan sido anulados por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional –que sólo ha desestimado una demanda<sup>168</sup>, y cuyos pronunciamientos ha confirmado el Tribunal Supremo en los cuatro asuntos de los que, de momento, ha conocido<sup>169</sup>–, por carecer los representantes unitarios de los trabajadores intervinientes de la legitimación exigida por el art. 87.1 ET para negociar un convenio colectivo de ese

<sup>167</sup> Otro convenio, el de la mercantil “Prestación de servicios auxiliares concretos y específicos a empresas, SL” no fue anulado por haber perdido su vigencia (SAN 26 de enero de 2016, rec. 313/2015).

<sup>168</sup> SAN 17 de julio de 2013 (autos 224/2013) en relación con el convenio colectivo de la empresa CTC Externalización.

<sup>169</sup> STS 9 de junio de 2015 (rec. 149/2014); 10 de junio de 2015 (rec. 175/2014) y 18 de febrero de 2016 (dos) (rec. 282/2014 y 93/2015).

ámbito, al ser superior al del centro o centros de trabajo por los que fueron elegidos, que es el que determina el límite de su representatividad<sup>170</sup>, no puede considerarse fruto de la casualidad, sino de la voluntad consciente de las empresas de desbordar las posibilidades de disposición de la comisión negociadora a fin de sujetar a la regulación convencional todos los centros presentes y futuros, mejorando de esa forma su posición en el mercado al permitirle abaratar sus costes laborales, y facilitar su implantación en otras Comunidades al poder ofertar mejores precios por la prestación de los servicios.

En punto a la legitimación exigible para que los delegados de personal o los comités de empresa puedan negociar un convenio colectivo de empresa, constituye doctrina jurisprudencial reiterada, recogida entre, las más recientes. en las sentencias de 21 de diciembre de 2015 (rec. 6/2015) y 18 y 23 de febrero de 2016 (rec. 282/2014, 39/2015), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que la requerida descansa sobre el principio de correspondencia entre el ámbito de representación del órgano de representación unitaria que interviene en la negociación y el ámbito de eficacia del convenio, de manera tal que quienes participan en la negociación han de tener la representati-

<sup>170</sup> Año 2013: 4: Sentencias de 24 de abril, 11 y 25 de septiembre y 18 de octubre (autos 79/2013, 161/2013, 233/2013 y 268/2013); por las que se anulan los CC de EMS Exeo, Expertus, Mnemon, y Externa.

Año 2014: 6: 29 de enero, 5 y 17 de febrero, 11 de junio, 3 de julio y 5 de septiembre (autos 431/2013, 47/2013, 470/2013, 101/2014, 169/2014 y 167/2014), a virtud de las cuales se anulan los CC de Grupo Constant, Sherco, Alliance, J2Y Sherhotel, Safenia, Adaptaalia Especialidades de Externalización;

Año 2015: 18: 9 y 12 de Marzo; 9 de julio; 9, 10, 15, 17 (dos), 23 y 30 de septiembre de 2015, 9 de octubre; 17, 19 y 25 noviembre y 9 10, 11 y 16 de diciembre (autos 2/2015, 7/2015, 151/2015, 175/2015, 166/2015, 126/2015, 190/2015, 169/2015, 191/2015, 193/2015, 203/2015, 277/2015, 283/2015, 282/2015, 281/2015 y 292/2015), por las que se anulan los CC de Klüh Linaer, Doctus España, Alterna, GSA, Esc, Intecons, Stock Uno Grupo de Servicios, Duna Tecnic, Merchanservis, Fidelis, Mantrol, Fissa, APC Bussines Proyect, Initial, Risk Steward, Hiermor y Altocu.

Año 2016: 16: 13, 20 y 27 de enero; 10 y 17 de febrero; 3, 8, 9 10 y 16 de marzo; 1, 13 y 21 de abril de 2016 ; 12, 13 y 20 de mayo (autos 358/2015, 289/2015, 315/2015, 5/2016, 24/2016; 7/2016, 12/2016, 285/2015, 52/2016, 68/2016, 84/2016; 92/2016 y 102/2016; por las que se anulan los CC de Bercose, SL. Mediterránea Merch, SL SGE Quality Services, Expertus Multiservicios, Jobs Management, Hottelia Externalización, CPM Expertus Field Marketing; Iman Corporation; Lloyd Outsourcing; Adecco Outsourcing; Sial Servicios Auxiliares; SPN Empauxer; Experius, Consultores en Selección y Formación; Avanza Externalización de Servicios;. Tuntac Invest; y Translimp Contract Services, S.A.

vidad suficiente para vincular a todos los trabajadores del ámbito afectado, careciendo de legitimación para negociar un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación se extienda fuera del límite geográfico que se corresponde con su propia representatividad.

Para el Tribunal Supremo, se trata de una regla de orden público que no puede excepcionarse con base en la inexistencia de representantes en los restantes centros de trabajo, pues de ser posible la elección atendiendo al tamaño de sus plantillas, tal decisión compete al personal adscrito a los mismos, sin que la inexistencia de esos órganos produzca el efecto de conferir legitimación a los designados en otros centros de trabajo. Regla cuya aplicación tampoco se puede eludir, a juicio de la Corte de casación, bajo el argumento de que los restantes centros no pueden nombrar un delegado de personal en función del número de trabajadores ocupados, ni aún en la hipótesis que todos los que prestan servicios en ellos otorguen su representación al órgano unitario para que negocie en su nombre, al no estar prevista esa forma de representación en el art. 87.1 ET.

Centrándonos en las EMS, la lectura de las sentencias anteriormente mencionadas pone de manifiesto diversas situaciones cuyo deslinde y análisis permite extraer las finalidades a las que responde la práctica sancionada por los tribunales.

En un primer supuesto, la EMS cuenta con un solo centro de trabajo en el momento de iniciarse la negociación de un convenio cuyo ámbito de aplicación se conviene extender a todo el territorio del Estado, constituyéndose posteriormente, antes de la forma y publicación del convenio, otros centros de trabajo (SAN 25 de septiembre de 2013, rec., confirmada por STS 10 de mayo de 2015, rec. 175/2014).

En el segundo supuesto, que es el más frecuente, la EMS cuenta con dos o más centros de trabajo en diferentes Comunidades Autónomas y el convenio lo negocian únicamente los representantes de uno o varios de ellos, con la previsión de que se aplicará en todos los centros abiertos en el territorio nacional (entre las más recientes, SAN 15 de septiembre de 2015, autos 126/2015; 20 de enero de 2016, autos 317/2015; 3 de marzo de 2016, rec. 315/2015; 8 de marzo de 2016, autos 5/2016; 12 de mayo de 2016, autos 84/2016; SAN 21 de abril de 2016, autos 68/2016; 9 de marzo de 2016, au-

tos 24/2016), e incluso en los centros que puedan establecerse en el futuro en ese mismo ámbito geográfico (SAN 17 de septiembre de 2015, autos 190/2015; 27 de enero de 2016, autos 320/2015; 10 de marzo de 2016; autos 7/2016; 1 de abril de 2016, autos 285/2015; 13 de abril de 2016, autos 52/2016; 13 de mayo de 2016, autos 84/2016; 20 de mayo de 2016, rec. 102/2016). En este caso, en ocasiones los restantes centros cuentan con representación unitaria y en otros no.

Una situación singular se da cuando el ámbito personal del convenio se reduce, aparentemente, a los trabajadores representados por los órganos unitarios que lo firman, pero extendiéndolo a todos los trabajadores contratados a partir de la vigencia del convenio, sea cual sea el lugar de contratación (SAN 5 de septiembre de 2014, autos 167/2014).

A un supuesto singularmente agravado se enfrenta la SAN 12 de marzo de 2015 (autos 7/2015), en la medida en que los delegados unitarios que rubricaron el acuerdo colectivo representaban únicamente al personal de estructura, adscrito a las oficinas de Madrid y Sevilla, con el objetivo real de extender su aplicación al personal de operaciones, que prestaba servicios en las dependencias de las empresas clientes situadas, en su mayoría, en las provincias de Huelva, Málaga y Granada.

La conclusión que se obtiene de este breve recorrido es que la configuración del convenio como estatal responde al intento empresarial de vincular a los empleados de todos los centros de trabajo, actuales y futuros, a unas condiciones menos favorables que las que tendrían en razón de la actividad que realizan, favoreciendo de ese modo su competitividad, al trabajar con unos costes y precios más reducidos. Y ello, sirviéndose de unos órganos unitarios que, en general, presentan una mayor disposición a plegarse a sus pretensiones, evitando la intervención sindical, y contando con la escasa capacidad de reacción de los centros de trabajo no representados en la negociación.

Bajo otro ángulo es de interés reparar en el hecho de que para la Audiencia Nacional la anomalía detectada, dado su carácter esencial, no es susceptible de subsanación o de corrección, de modo que no es factible reducir el ámbito del convenio colectivo de la EMS al centro o centros de trabajo de los que los firmantes tenían

la condición de representantes al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que constituyeron la comisión negociadora (entre otras, SAN 30 de septiembre de 2015, autos 193/2015 y 30 de diciembre de 2015, autos 291/2015, con cita de la STS 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011). La Sala rechaza también la posibilidad de que el convenio se mantenga como extraestatutario, por exceder la pretensión deducida al efecto del ámbito propio del proceso de impugnación del convenio colectivo por ilegalidad (SAN 25 de noviembre de 2015, autos 281/2015).

Desde la óptica procesal, merece la pena detenerse, por la trascendencia que puede tener a efectos del ejercicio de la acción de nulidad de los convenios colectivos de EMS por parte de los Sindicatos, en los razonamientos que, en orden a la legitimación para impugnarlos, desarrolla la Audiencia Nacional en la sentencia de 18 de octubre de 2013 (autos 431/2013), en tanto viene a reconocer que los Sindicatos que negociaron el convenio colectivo sectorial en cuyo ámbito funcional se encuadran parte de las actividades realizadas por la EMS tienen un interés legítimo en solicitar la anulación, por ilegalidad, del convenio colectivo de empresa al ser el único modo de defender el acuerdo sectorial que firmaron. En la misma dirección apunta la Sala en la sentencia de 9 de marzo de 2015 (autos 2/2015) al señalar que el Sindicato demandante, que ostenta la cualidad de más representativo, presenta un interés cierto y real (no como mero guardián de una abstracta legalidad), de que su actividad comercial, plasmada en los diversos convenios sectoriales referidos a las distintas actividades productivas de la empresa multiservicios, alcance el mayor efecto expansivo posible, por lo que está directamente interesado como tal sindicato en que no se lleven a cabo convenios de empresa que limiten el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios sectoriales por él suscritos y correspondientes a las diversas actividades productivas que abarcan su ámbito funcional como sindicato.

En sentido contrario, se pronunció la propia Sala en sentencia de 6 de marzo de 2014 (rec. 450/2013), sobre la base de que la entidad demandante –que al igual que en el pleito inicialmente reseñado era la Federación Estatal de Hostelería, Comercio y Hostelería de CCOO– no había acreditado que tuviese afiliados en el ámbito de la empresa, sin tener en cuenta el dato valorado en la resolución pre-

cedente. No obstante, en pronunciamientos posteriores ese órgano jurisdiccional no ha cuestionado la legitimación de los Sindicatos, por lo que puede afirmarse, en consecuencia, que la doctrina favorable a su reconocimiento está plenamente consolidada.

Con todo, la exposición de esta problemática no sería completa si no tomara en consideración el tema de la eficacia temporal de la sentencia anulatoria del convenio colectivo de una EMS y las acciones ejercitables una vez firme esa resolución. En la primera vertiente, resulta incuestionable que la declaración judicial de nulidad total del convenio despliega sus efectos desde el momento en que se pactó. En tal sentido se ha venido manifestando el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 16 de febrero de 2010 (rec. 1734/2009), bajo el argumento de que la sentencia no tiene naturaleza constitutiva, sino declarativa, porque se limita a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad de la norma convencional en cuestión, por oponerse a otra de superior rango jerárquico –en el caso el art. 87.1 ET–, y la privación de eficacia originaria al convenio anulado constituye una garantía necesaria del “*respeto a las leyes*” por parte de las disposiciones de los convenios colectivos exigido por el art. 85.1 ET, de lo que se deriva la consecuencia de que el efecto de la sentencia anulatoria se produce “*ex tunc*”.

Pues bien, en el marco en el que nos movemos, esta doctrina genera una consecuencia *pro operario*, en la medida en que todos los trabajadores de las EMS sometidos a las condiciones peyorativas contenidas en el convenio colectivo anulado tienen derecho a reclamar las diferencias resultantes de la aplicación del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad que realizan, o en su caso el de la que tenga carácter preponderante en la empresa. Sin embargo, en las bases jurisprudenciales no hemos localizado ninguna sentencia que decida sobre este tipo de reclamaciones, lo que no quiere decir que no se hayan formulado, si bien existen razones para creer que las interpuestas no son muy numerosas, lo que obliga a plantearse la viabilidad de las acciones colectivas encaminadas a la efectiva aplicación de dichos convenios por parte de la EMS y al abono de las diferencias retributivas correspondientes derivadas no sólo del inferior salario sino de la sujeción a otras condiciones con repercusión económica, como p. ej., la realización de una jornada anual superior a la estipulada en la norma sectorial.

Habida cuenta la reforma que en el procedimiento de conflicto colectivo introdujo la LJS, norma que otorgó fuerza ejecutiva a las sentencias estimatorias de pretensiones de condena susceptibles de ejecución, no parece existir obstáculo para admitir el ejercicio de esa clase de acciones colectivas, formuladas con el objeto expresado, máxime si el convenio colectivo de empresa ha sido anulado judicialmente a instancias del Sindicato que las promueve. El hecho de que pueda existir una pluralidad de convenios sectoriales aplicables en la EMS no puede erigirse en argumento para negar esa posibilidad, sin perjuicio de que el planteamiento de demandas separadas en función del convenio colectivo sectorial de que se trate pueda resultar más apropiado, máxime si su determinación resulta controvertida. Similar consideración se hace extensiva a las acciones colectivas dirigidas a la delimitación de los convenios colectivos aplicables a las EMS sin convenio colectivo de empresa y a la reclamación de diferencias retributivas.

#### **3.2.4. Nuevas vías de salida**

Conviene tener presente que algunas empresas han intentado abrir una vía de escape a la doctrina sentada por la Audiencia Nacional y ratificada por el Tribunal Supremo mediante el subterfugio de negociar y publicar el convenio colectivo como de centro de trabajo, pero con la intención de que resulte aplicable a trabajadores que presten servicios de forma permanente en otros centros distintos, introduciendo las cláusulas pertinentes, como las incorporadas a los convenios colectivos de Adaptalia, Especialidades de Externalización, S.L., y Adecco Outsourcing SAU, para los centros de trabajo de Madrid (BOCM 19 de diciembre de 2015, y Pozuelo de Alarcón (BOCM 11 de julio de 2015). La Audiencia Nacional ha cerrado también al paso a este tipo de estipulaciones, denotadoras del verdadero ámbito del convenio, en las sentencias de 4 y 16 de marzo de 2016 (autos 17/2016 y 12/2016).

La primera de esas resoluciones revela además la utilización por las EMS de dos nuevas fórmulas conducentes al logro de sus intereses; una consiste en la adhesión individual al convenio colectivo de empresa de los trabajadores contratados para prestar servicios en otras Comunidades; mientras que la restante pasa por la adhesión de los representantes del personal de los centros ubicados en otras

Comunidades conforme se van eligiendo, al convenio colectivo de Madrid que, significativamente, había sido suscrito por un delegado de personal que ocupa cargos de responsabilidad en la empresa.

### **3.2.5. Características generales de los convenios colectivos de EMS**

Dada la imposibilidad de analizar con profundidad en el marco de esta intervención todos los convenios colectivos de EMS, me limitaré a resaltar algunos puntos de especial relevancia, concentrando la mirada en los 63 firmados con posterioridad al 11 de febrero de 2012, a modo de meras pinceladas.

1<sup>a</sup>) Composición del banco social: el 90 % aproximadamente están firmados por órganos unitarios y en una buena proporción por delegados de personal. Además, la presencia de representantes unitarios desvinculados de los Sindicatos es muy superior a la habitual, en los términos señalados por la profesora Vicente Palacio (p. 90). Lo que

2<sup>a</sup>) Duración del proceso de negociación: llamativamente breve como ha destacado igualmente la citada profesora (p. 94), lo que pone de manifiesto la inexistencia, en muchos casos, de una auténtica negociación colectiva.

3<sup>a</sup>) Ámbito funcional y personal omnicomprensivo: sólo 4 convenios –los de las empresas Clece SA, ISS Facility Services. SA, Acciona Multiservicios SA, Esc Servicios Generales SL– circunscriben su ámbito a los trabajadores que pertenecen a sectores que carecen de regulación convencional específica de cualquier ámbito, salvo que se les estuviera aplicando la regulación convencional de un sector que en principio no les corresponde, con condiciones superiores, supuesto en el que se establece que seguirán rigiéndose por la citada regulación convencional y sus posteriores revisiones o renovaciones. El resto de convenios engloban la totalidad de las actividades desarrolladas por la empresa y a los trabajadores que las llevan a cabo en las empresas clientes, teniendo por tanto definido un ámbito funcional y una eficacia personal general.

4<sup>a</sup>) Ámbito temporal: la duración media pactada se sitúa en 4 años, aunque existen convenios que la superan ampliamente llegando hasta 8.

5ª) Amplitud de su contenido: como ya se ha adelantado, los convenios proceden a una regulación integral y omnicomprendiva de las relaciones laborales individuales y colectivas, con el designio de convertirse en la única referencia convencional aplicable a todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

6ª) Retribuciones: la cuantía del salario es sensiblemente inferior a la fijada en los convenios colectivos sectoriales para trabajos similares. En el caso de una categoría profesional muy relevante en el sector multiservicios como en la de limpiadora, en una intervención anterior se fijó la diferencia en torno al 30 %. Un estudio difundido por UGT en el mes de julio de 2015 con una muestra diferente lo fija con carácter general próximo al 31 %. Por su parte, la profesora Vicente Palacio ha realizado un estudio diferenciado por sectores (pp. 120 y ss.).

7ª) Jornada de trabajo: la citada profesora ha estudiado también este aspecto, llegando a la conclusión de que en el 55,3 % la jornada anual es la jornada máxima legal de 1826 horas, imponiendo 3 de cada 4 convenios una jornada superior a las 1800 horas, llegando al 83 % los convenios que contemplan la semana laboral de 7 días y al 85,1 % los que prevén la distribución irregular de la jornada (pp. 127 y ss).

8ª) Cláusula de supletoriedad: un porcentaje muy elevado de convenios contiene cláusulas genéricas de remisión, en lo no previsto en los mismos, al ordenamiento laboral común, sin hacer ninguna referencia a los convenios colectivos sectoriales que regulan las diferentes actividades que desarrollan ni establecer salvedad alguna al respecto.

#### **4. PROBLEMA ESPECÍFICOS DE LA SUBROGACIÓN POR Y DESDE LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS**

Además de los problemas comunes que se plantean con ocasión de la externalización y reversión de la gestión de servicios y de la sucesión de contratos de servicios, los trabajadores de las EMS, y también los de las empresas clientes, se enfrentan a algunos específicos, En la práctica, los más frecuentes tienen que ver con la determinación del convenio colectivo aplicable a esos efectos, cuestión

que ya ha sido objeto de análisis, por lo que como forma de aproximación a la temática singular que se manifiesta en esta materia, nos centraremos en clasificar los diferentes supuestos que forman el espectro de los que se vienen suscitando ante la jurisdicción social y en sintetizar las soluciones que han venido ofreciendo sus órganos, intentando identificar posibles particularidades. Con ese propósito cabe distinguir los cinco supuestos generales que siguen.

### 1º) Externalización de actividades a favor de EMS

En este grupo hay que tomar en consideración al menos dos escenarios de obligada diferenciación:

a) El primero acoge un fenómeno fruto de la última crisis, pero con vocación de consolidarse como herramienta de gestión de personal, cuál es la externalización de determinados servicios o parcelas de la actividad empresarial como forma de reducir costes laborales.

Los tribunales han admitido la licitud de esta práctica siempre que concurran causas económicas, técnicas, organizativas o productivas debidamente probadas que lo justifiquen.

La operación se instrumenta a través del despido colectivo u objetivo de los trabajadores que desarrollaban la actividad externalizada, o en su caso de la modificación sustancial de sus condiciones laborales, y de la encomienda del servicio a una empresa, cuyo personal percibe un salario y trabaja bajo unas condiciones notablemente inferiores a las de aquél al que sustituyen. El caso más ejemplificativo es de la externalización de la limpieza de las habitaciones y zonas comunes de un Hotel, servicios que pasan a ser desempeñados por una empresa contratista a través de su propio personal, actuación empresarial que fue validada por la SAN 15 de julio de 2013 (autos 200/2013), confirmada por la STS 23 de septiembre de 2014 (rec. 66/2014).

En este marco hay que situar las acciones de despido ejercitadas por los trabajadores afectados por el cese frente a su empleador y la empresa adjudicataria, y en particular las formuladas en aquellos casos en que la contratista es una EMS, como en los que resuelven las STS Madrid 21 de septiembre de 2015 (rec. 273/2015) y STSJ Cataluña 18 de enero de 2016 (rec. 6249/2015), referidas ambas al Departamento de Pisos de un Hotel (en la segunda consta que el

coste de la limpieza por habitación ocupada se fijó en 6,32 euros y el de las zonas comunes en 11,75 € por hora), y la STSJ Galicia 8 de marzo de 2016 (rec. 218/2016) en la que el servicio implicado fue el de gestión y control del acceso de recinto y venta del ticket de entrada en un Parador. En todos esos litigios la respuesta de la Sala de suplicación fue la de convalidar la decisión extintiva, y rechazar que la externalización implicase la continuación del servicio obstativa a la apreciación del requisito de la amortización efectiva de los puestos afectados, dadas las diferencias apreciables en cuanto a su prestación, sin que los Tribunales llegasen a plantearse tan siquiera la eventualidad de la subrogación. No obstante, en la resolución referenciada, la Sala de Madrid da cuenta del razonamiento del juzgado de instancia en el sentido de que la EMS demandada no tiene que subrogarse en los contratos de trabajo del anterior personal ni ex lege, ni convencionalmente, ni por previsión contractual de ningún tipo. A igual conclusión llega la STSJ Murcia 2 de noviembre de 2015 (rec. 1024/2014), al calificar como procedentes los despidos acordados por un Hotel que subcontrató los servicios de cafetería y pisos (a 4,90 € por habitación ocupada frente a los 7,39 € que representaba limpiarlas con persona de plantilla), con la particularidad de que en ese caso la EMS ofreció a las camareras de pisos incorporarse a su plantilla con respeto de los derechos adquiridos, lo que las trabajadoras no aceptaron.

Como es de ver, en estos supuestos el debate no gira en torno al instituto de la subrogación cuya aplicación, por lo general, no interesa a los trabajadores afectados, sino sobre la concurrencia de las causas alegadas por la empresa para justificar el despido y sobre la razonabilidad de la subcontratación como medio para hacerles frente, sin que, al menos hasta la fecha, se hayan abordado cuestiones específicas relacionadas con la naturaleza multiservicios de la empresa contratista. Ello no significa que la doctrina fijada por los tribunales en este punto no haya tenido una mayor incidencia en ese campo en la medida en que las EMS pueden beneficiarse en mayor medida de ella al poder competir en mejores condiciones.

b) En el segundo escenario, la empresa decide externalizar parte de su actividad a una EMS, que se subroga en el personal dedicado a su ejecución, y la controversia se centra en la validez de esa operación desde la perspectiva del artículo 44 del Estatuto de los

Trabajadores, esto es, en verificar si la misma encuentra o no encaje en dicho precepto.

Una muestra representativa la encontramos en la STJ Madrid 10 de febrero de 2014 (rec. 1379/2013) que declaró la nulidad de la operación llevada a cabo por un canal de televisión que transfirió a una EMS el personal adscrito al servicio de documentación, y reconoció su derecho a reintegrarse en la plantilla de su empresa, por entender que no se había producido la transmisión de una unidad productiva autónoma.

Resulta trasladable a este supuesto la valoración final efectuada respecto del precedente.

### **2º) Recuperación, por la empresa comitente, de la gestión del servicio subcontratado**

Esta situación conforma el reverso de la descrita en el epígrafe anterior, como es de ver en el caso enjuiciado por la STSJ Valladolid 23 de julio de 2015 (rec. 690/2015), en el que una empresa hotelera que tenía subcontratado el servicio de limpieza de habitaciones y zonas comunes con una EMS, decidió atenderlo directamente con personal propio, sin incorporar a una de las trabajadora de la EMS que lo venía cubriendo, pero sí a otras tres, en cumplimiento del compromiso contraído en el contrato de arrendamiento de servicios celebrado con una anterior adjudicataria. La empleada no subrogada formuló demanda por despido que fue estimada en suplicación al apreciar la existencia de una sucesión de empresa por asunción de plantillas del art. 44 ET.

Más allá de este supuesto, es decir, en los casos en que concurre la sucesión de plantillas, los problemas que se plantean son también coincidentes con los que surgen en relación a las empresas tradicionales de servicios, cuyo análisis se aborda en otra ponencia y en el que la doctrina sentada por la STJUE 26 de noviembre de 2015 (asunto C-509/14) abre nuevas posibilidades.

### **3º) Rescisión de una o más contratos a una o varias empresas clásicas de servicios y asunción por una EMS**

Dentro de este grupo es posible diferenciar dos situaciones en función de que la EMS cuente o no con un convenio colectivo de empresa.

### a) Regulación convencional propia

En esta hipótesis, un tema de especial incidencia práctica es el referido a las eventuales consecuencias enervatorias del mecanismo de la subrogación de la falta de regulación de la materia en el convenio colectivo de la EMS que se hace cargo de la contrata.

El problema se aborda en la STSJ Castilla-La Mancha 18 de febrero de 2016 (rec. 1801/2015), y en las que en ella se citan conociendo del mismo supuesto. Los actores en el proceso, cuya relación laboral era de carácter indefinido, prestaban servicios consistentes en la instalación de contadores de Iberdrola por cuenta de una empresa especializada sujeta al convenio colectivo de Industrias y Servicios del Metal de la provincia de Albacete cuya disposición adicional 2ª contiene la cláusula clásica de subrogación para los supuestos de sucesión de contratas, a cuya aplicación se opuso la EMS Umano Servicios Integrales SL argumentando que el convenio colectivo de empresa por el que se rige (BOE 6 de agosto de 2012) no contempla esa obligación para el caso de adjudicación de obra o servicio, y que en lo no regulado en el mismo remite a las normas de carácter general, al no existir un convenio colectivo sectorial de referencia dada la actividad de la empresa (art. 72). La Sala se aparta de la solución dada en la instancia y considera que la empresa entrante no podía excusarse de la obligación de subrogación en los trabajadores adscritos a la contrata, por lo que su negativa a hacerse cargo de los mismos manifiesta despido. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Galicia 26 de enero de 2016 (rec. 4057/2015).

Los argumentos que utilizan las mencionadas resoluciones para justificar la aplicación de la previsión subrogatoria prevista en la norma sectorial pueden sintetizarse de la siguiente forma: 1º) el elemento decisivo para determinar el Convenio aplicable a efectos de la subrogación es la índole de la actividad transferida, que cae dentro del ámbito funcional del convenio provincial, cuya aplicación supletoria no se puede eludir al no poder disponerse del *ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos* (art. 82.3 ET); 2º) dado que el convenio provincial sí prevé la obligación de subrogación y el convenio de empresa no, nos encontramos ante un supuesto de concurrencia no conflictiva de normas, que no impide la aplicación de la obligación impuesta en el sectorial, cuyo desconocimiento entraña

un fraude de ley; 3º) la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial recaída en torno a la exigibilidad del deber de subrogación a los centros especiales de empleo en supuestos de sucesión de contratatas.

b) Ausencia de regulación convencional propia

En esta hipótesis se abren varias posibilidades:

1ª) Que la empresa saliente se rigiese por un convenio sectorial que establezca el deber de subrogación.

En este caso la doctrina de suplicación está dividida. Por un lado, se dice que habida cuenta de que el objeto del nuevo contrato coincide con el del anterior, la EMS queda sujeta a la cláusula subrogatoria prevista en el mismo con independencia de la actividad principal, preponderante o de carácter multidisciplinar que desarrolle (TSJ Burgos 23 de enero de 2014, rec. 5/2014). Por otra parte, se indica que la actividad de la EMS no encuentra encaje en el ámbito funcional del convenio, por lo que se excluye la aplicación de dicha estipulación (TSJ Galicia 16 de junio de 2014, rec. 1050/2014).

Una situación que puede plantearse con mayor habitualidad en las EMS como consecuencia de la mayor movilidad del personal es el de que determinados trabajadores no acrediten el tiempo de servicios mínimo en el centro de trabajo inmediatamente anterior al cambio de contrata exigido por algunos convenios colectivos sectoriales. Este problema se ve con claridad en la STSJ Madrid 18 de diciembre de 2015 (rec. 690/2015) en la que la demandante, de resultas del cambio impuesto, no pudo completar los 4 meses previstos en el convenio sectorial aplicable. Para el Tribunal carece de relevancia el hecho de que el destino a otra contrata fuera –en la intención empresarial– provisional o definitivo, pues la norma establece un requisito objetivo indubitado, en cuanto atiende no a una antigüedad de cuatro meses en general sino a los 4 últimos meses.

4º) Rescisión de la contrata a una EMS y adjudicación a una o varias empresas clásicas de servicio

En este caso se declara la obligación de subrogación si la EMS saliente aplicaba al personal destinado a esa actividad un convenio colectivo sectorial que la impone y se corresponde con la clase de trabajo prestado aunque la entrante considere que es otro el que debió haberse aplicado (TSJ Asturias 28 de junio de 2013, rec.

1076/2013). Sin embargo, tal deber se descarta si no existe previsión convencional alguna que imponga la subrogación ni elementos que permitan apreciar la existencia de una sucesión legal de empresa (TSJ Cataluña 18 de julio de 2014, rec. 2089/2014). Por su parte, la STSJ Galicia 8 de julio de 2015, rec. 1905/2015, se enfrenta a este supuesto pero desde la perspectiva de la sucesión de plantilla

### 5º) Sucesión de EMS

Dependiendo del tipo de actividades afectadas y de los convenios colectivos aplicables pueden darse diversas situaciones

a) Que la regulación sectorial por la que se venían rigiendo los trabajadores de la contrata contemple la obligación de subrogación en cuyo caso la entrante deberá hacerse cargo de los mismos, sin poder invocar otros distintos, como en los casos que resuelven la TSJ Aragón 22 de mayo de 2014 (rec. 280/2014) y TSJ Valladolid 2 de abril de 2014 (rec. 252/2014).

b) Que una de las actividades afectadas por el cambio carezca de regulación sectorial específica, como sucede en general en los denominados servicios auxiliares (control de accesos de personas y vehículos, etc.). En ese supuesto se ha entendido que no procede la subrogación de los trabajadores adscritos a los mismos al no existir ninguna norma convencional que la imponga, sin que pueda apreciarse la sucesión de plantillas sobre la base de que la nueva contratista se hizo cargo de los trabajadores de los restantes servicios sometidos a disposiciones convencionales que sí establecían ese deber (TSJ La Rioja 4 de julio de 2014, rec. 114/2014), o de que la nueva adjudicataria de otro se subrogó en el personal por imponerlo así el pliego de condiciones (TSJ Madrid 13 de febrero de 2015, rec. 834/2014).

c) Que ambas EMS se rijan por convenios colectivos de empresa en los que no se prevea la subrogación, como en el supuesto al que se enfrenta la TSJ Madrid 4 de octubre de 2013 (rec. 1043/2013) para negar la existencia de esa obligación sobre la base de lo dispuesto en el art. 44 ET, tal vez porque la actividad en cuestión carecía de regulación sectorial propia.

## ANEXO. RELACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS ESTATALES DE EMS FIRMADOS CON POSTERIORIDAD AL 11-2-12

EMPRESA	FECHA FIRMA Y PUBLICACIÓN	PARTE SOCIAL	DURACIÓN
DUNA TECNICOS	24-2-12 (BOE 17-4-12)	Comité de Empresa	3 años (31-12-14)
PARTNERWORK SOLUTIONS, S	18-4-12 (BOE 11-7-12)	Delegado de personal	4 años (31-12-15)
LLOYD OUTSOURCING SL	19-4-12 (BOE 9-7-12)	Delegado de Personal	5,8 años (31-12-17)
ALTOCU SERVICIOS INTEGRALES SL	20-4-12 (BOE 7-6-12)	Delegados de Personal	5 años (24-4-27)
EXPERTUS MULTISERVICIOS SA	25-4-12 (BOE 3-7-12)	Comité de Empresa	5 años (30-4-17)
SERVIMAX SERVICIOS GENERALES, SA	16-5-12 (BOE 18-7-12)	Secciones CCOO-UT-USO	3 años (31-12-14)
UNIQUE PERSONAL SLU	21-5-12 BOE 24-9-12)	Delegada de Personal	4,7 años (31-12-16)
UMANO SERVICIOS INTEGRALES	25-5-12 (BOE 6-8-12)	Comités y Delegados	4 años (31-12-14)
ONET ESPAÑA SA	30-5-12 (BOE 19-6-13)	CCOO y UGT	1,7 años (31-12-14)
GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES	1-6-12 (BOE 30-1-13)	Delegados de personal	5 años (31-12-15) (*)
CITIUS OUTSOURCING ENTERPRISE SL	31-7-12 (BOE 5-10-12)	Delegados	6 años (31-12-17)
PROSEGUR MULTISERVICIOS SA	3-8-12 (BOE 25-9-12)	Delegados y	3,5 años (31-12-15)
GSA SOLUCIONES EMPRESARIALES	19-9-12 (BOE 27-11-12)	Delegados de Personal	5 años (31-10-17)
TUNTAC INVEST SL	24-9-12 (BOE 21-12-12)	Delegado de Personal	3 años (20-7-15)
RISK STEWARD, SL	26-9-12 (BOE 4-2-13)	Comité de Empresa	3,7 años (31-12-15)
EXEO GESTIÓN INTEGRAL, SLU	27-9-12 (BOE 10-11-12)	Delegado de personal	4 años (31-12-15)
MANTROL SERVICIOS, SL	13-10-12 (BOE 4-2-13)	Comité de Empresa	4 años (31-12-16)
STOCK UNO GRUPO DE SERVICIOS SL	15-11-12 (BOE 1-1-13)	Comité de Empresa	5 años (31-12-17)

TRES PUNTO UNO SL	19-11-12 (BOE 6-3-13)	Comité de Empresa	4 años (31-12-16)
FIDELIS SERVICIOS INTEGRALES SL	11-12-12 (BOE 16-1-13)	Delegado de personal	5 años (31-12-17)
ESC SERVICIOS GENERALES, S.L.	13-12-12 (BOE 13-2-13)	Comité y Delegados	4 años (31-12-16 (**))
INTECONS SA AHORA CLARO SOL FACILITIES SLU	18-12-12 (BOE 20-4-13)	Comité de Empresa	3 años (31-12-15 (***))
DENBOLAN OUTSOURCING SL	27-12-12 (BOE 18-3-13)	Delegados de personal	2 años (31-12-14)
DOCTUS ESPAÑA SL	3-1-13 (BOE 4-3-13)	Delegado de Personal	5 años (31-12-17)
FISSA SERVICIOS AUXILIARES SL	4-1-13 (BOE 2-4-13)	Delegado de Personal	3 años (31-12-15)
SAFENIA SL	23-1-13 (BOE 12-4-13)	Comité de Empresa	3 años (31-12-15)
MEDITERRÁNEA MERCH, SL	6-2-13 (BOE 21-3-13)	Delegados de Personal	5 años (31-12-17)
MERCHANSERVIS SA	8-2-13 (BOE 21-3-13)	Comité de Empresa	4 años (31-12-16)
ALLIANCE OUTSOURCING S.L.	8-2-13 (BOE 1-7-13)	Delegado de Personal	3 años (31-12-15)
RANGO 10 S L	15-2-13 (BOE 10-5-13)	Comité de Empresa	3 años (31-1-15)
EXTERNA TEAM SL	20-2-13 (BOE 24-4-13)	Delegado de Personal	5 años (31-12-17)
EXPERTUS SERVICIOS HOTELEROS SL	1-3-13 (BOE 25-4-13)	Delegado de Personal	5 años (31-3-18) (****)
IMAN CORPORATION SA	14-3-13 (BOR 4-7-13)	Comité de Empresa	4 años (31-12-16)
BERCOSE SL	25-3-13 (BOE 31-5-13)	Comité de Empresa	4 años (31-3-17)
CLECE SA	17-4-13 (BOE 27-6-13)	CCOO Y UGT	2 años (31-12-14)
PRESTACIÓN DE SERVICIOS AUXILIARES CONCRETOS Y ESPECÍFICOS A EMPRESAS, S.L.	22-4-13 (BOE 4-7-13)	Comité de Empresa	2 años (31-12-14)
SHERCO AL DETALLE SL	8-5-13 (BOE 14-6-13)	Delegado de Personal	1,8 años (31-12-14)
HOTTELIA EXTERNALIZACIÓN SL	29-5-13 (BOE 22-7-13)	Delegados de Personal	7,8 años (31-12-20)
INITIAL FACILITIES SERVICES, S.A.	20-6-13 (BOE 13-8-13)	Delegados de Personal	5 años (31-12-17)

ACCIONA MULTISERVICIOS, SA	11-7-13 (BOE 18-10-13)	Delegados de personal	1,5 (31-12-14)
KLUH LINAER ESPAÑA. S.L	12-9-13 (no se publica)	Comité de Empresa	
J2Y SERHOTEL OUTSOURCING SLU	30-9-13 (BOE 2012-13)	Delegados de Personal	1,2 (31-12-14)
CPM EXPERTUS FIELD MARKETING SAU	14-10-13 (boe 19-12-13)	Comités y Delegados	4,5 (31-12-17)
ATE SISTEMAS Y PROYECTOS SINGULARES S,	27-1-14 (BOE 21-3-14)	Comités y Delegados	5 años (31-12-18)
SGE QUALITY SERVICES SL	3-2-14 (BOE 28-2-14)	Delegados de personal	4 años (28-2-18)
ISS FACILITY SERVICES SA	17-2-14 (BOE 12-9-14)	CCOO-UGT	3 años (31-12-16)
RANDSTAD PROJECT SERVICES SLU	17-2-14 (BOE 24-3-14)	UGT-USO	3 años (31-12-126)
V2 COMPLEMENTOS AUXILIARES SA Ahora ILUNION OUTSOURCING, S. A.	11-2-14 (BOE 14-4-14)	Comité Inter-centros	3 años (31-12-16) Prorrogado a 31-12-17
EXEO GESTIÓN INTEGRAL SLU	5-5-14 (BOE 24-6-14)	Comités y Delegados	4,6 años (31-12-18)
ALTERNA BPO S.L.	18-9-14 (BOE 21-11-14)	Delegados de personal	6 años (31-5-20)
PRÓXIMA SERVICIOS EMPRESARIALES SL	2-2-15 (BOE 29-4-15)	Delegados de personal	4,1 años (31-12-17)
UNICAMP SERVICES SL	26-2-15 (BOR 21-4-15)	Sección Sindical SAC	4 años (31-12-18)
SERVICIOS OPERATIVOS INTERNOS SAU	27-2-15 (BOE 21-4-15)	Delegados de personal	4 años (31-12-18)
ELA HIERMOR ASOCIADOS SLU	6-3-15 (BOE 31-3-15)	Delegados de personal	5 años (31-12-18)
SERVICIOS INTEGRALES DE FINCAS URBANAS DE MADRID, SL Centro Especial de Empleo	22-4-25 (BOE 5-1-16)	Comités de Empresa	1,8 años (31-12-12-16)
ALIANZAS Y SUBCONTRATAS SA	28-4-15 (BOE 6-8-15)	Delegados de personal	3,4 años (31-12-18)
GRUPO CONSTANT SERVICIOS EMPRESARIALES	26-5-15 (BOE 19-8-15)	Sindicatos	5 años (31-12-17)
SPN EMPAUXER, S.L.	28-5-15 (BOE 25-9-15)	Delegados de personal	3,7 años (31-12-18)
PROSEGUR BPO ESPAÑA, SL	22-12-15 (BOE 16-2-16)	Delegados de Personal	4 años (31-12-19)

ALARES SOCIAL, S.A.) (Centro Especial de Empleo)	28-1-16 (BOE 22-4-16)	Delegados de personal	4 años (31-12-19)
SERVIGESPLAN, S.L.	4-2-16 (BOE 5-5-16)	Comités y Delegados	4 años (31-12-19)
SOLUCIONES DE EXTERNALIZACIÓN HOTELERA, SL,	4-3-16 (BOE 16-5-16)	Delegados de personal	9 meses (31-12-16)
GOLD ADVANCE INVESTMENTS, SL.	24-2-16 (BOE 29-4-16)	Delegados de personal	31-12-16 (2 años)
MARC CLEAR, SL.	14-4-16 (BOE 6-6-16)	Delegados de personal	31-12-21 (5,8 años)

(\* ) Tras su anulación, el 26-5-15 se firmó nuevo convenio, en este caso por los Comités de Empresa y los Delegados de Personal (BOE 19-8-15), de 3 años de duración (2015 a 2017).

(\*\* ) Tras su anulación, el 21-12-15 se firmó nuevo convenio, en este caso por las Secciones Sindicales (BOE 2-2-16), de 2 años de duración (2016-2017).

(\*\*\* ) Tras su anulación, el 3-8-15 se firmó nuevo convenio, en este caso por una sección sindical (BOE 13-4-16), de 1 año de duración (2016).

(\*\*\*\* ) Tras su anulación, el 24-10-13 se firmó nuevo convenio, también por los delegados de personal (BOE 23-1-14), y con la misma duración.

# EFFECTOS JURÍDICO LABORALES DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

*Francisco Trillo Párraga*

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Castilla-La Mancha

## 1. INTRODUCCIÓN

El estudio jurídico de la externalización de servicios públicos presenta como característica destacada su carácter poliédrico e interdisciplinar, lo que comporta la necesidad de un conocimiento exhaustivo de distintas ramas del ordenamiento jurídico, entre las que cabe destacar el Derecho Constitucional, Financiero, Administrativo y del Trabajo. En este trabajo, como indica el propio título, se hará referencia de forma casi exclusiva al ordenamiento jurídico laboral, y más concretamente al impacto que en las condiciones de trabajo y empleo ha tenido el modelo de externalización de servicios públicos.

No obstante lo dicho acerca de la delimitación de este trabajo, nos disponemos en este apartado introductorio a analizar brevemente el papel decisivo que está desarrollando la externalización de servicios en el sistema económico actual, tanto a nivel macro como microeconómico. Y ello porque entendemos que esta mirada más amplia, sistémica, puede ayudar a entrever de forma más nítida los puntos clave sobre los que intervenir, que distan mucho de ser exclusivamente jurídicos. No se trata, como se sabe de un fenómeno novedoso en el ámbito jurídico, pero sí se puede afirmar que la externalización de servicios públicos ha cobrado una mayor intensidad cuantitativa y cualitativa como consecuencia de la irrupción de la *crisis del año 8*.

Las denominadas políticas de austeridad, un rótulo sobre el que se cobijan una pléyade de normas que han tensionado a buena parte del ordenamiento jurídico, han convergido en la idea de que ha de

ser el sector privado el que gestione y preste los servicios públicos a los que tiene derecho la ciudadanía. Este hecho se produce bajo la premisa no constatada de que la gestión de servicios públicos por parte del sector privado resulta más eficiente desde el punto de vista económico, pero también bajo el convencimiento de que la especialización productiva del sector privado contribuirá a una prestación de mayor calidad. Sin embargo, se tiene la sospecha de que no existen estudios sistemáticos y omnicomprensivos sobre la importancia económica de la contratación pública en España, y sobre la idea de que el recurso de las Administraciones Públicas a la externalización de servicios públicos no resulta un fenómeno cuyos fines responden exclusivamente a la forma de organización de aquéllas<sup>171</sup>.

En efecto, la externalización de servicios públicos deja de ser una cuestión de exclusivo contenido organizativo de las Administraciones para convertirse en uno de los principales instrumentos de ordenación de la vida económica y política del país. Más aún al día de hoy donde se han visto reforzados principios y valores como la estabilidad presupuestaria y el control de gasto público, por encima de otros como la igualdad o la solidaridad<sup>172</sup>. Afirmación ésta

<sup>171</sup> Algunos autores han llegado a afirmar que “A día de hoy podemos decir que el impacto económico de los contratos públicos es ya de tal dimensión que afecta directamente a la consecución del objetivo del mercado interior. Según los últimos datos ofrecidos por la Comisión Europea y referidos al año 2008, los contratos públicos en el ámbito de la Unión Europea han representado un 17,4% PIB y en España un 14,90 % de nuestro producto interior bruto. Estos datos nos aportan una información especialmente significativa, toda vez que nos señalan otras dimensiones, hasta ahora poco exploradas, que han de ser tenidas en cuenta para la valoración de la incidencia de este fenómeno en la Administración General del Estado. Puede decirse que la externalización ha dejado de ser una mera técnica organizativa de la Administración para convertirse en una importantísima herramienta política de intervención directa en la economía para tratar de paliar los fallos del mercado”. Entre otros, CANTERO MARTÍNEZ, J., “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *Revista Documentación Administrativa*, nº 286-287, pp. 304-307.

<sup>172</sup> “La inversión pública constituye un destacado factor del modelo de desarrollo en una nación, siendo un requisito necesario, aunque no siempre suficiente, para generar los niveles deseables de crecimiento económico. Su función es doble: por un lado puede impulsar la actividad económica a través de la demanda, y por otra parte, debe contribuir a mejorar la eficiencia del proceso productivo”. En estos términos se expresaba la función de la externalización de servicios públicos en el *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de situación de la contratación pública*, Ministerio de Hacienda, 2004, p. 24. <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/Subsecretaria/Gabinete%20Tecnico/libro%20contratacion.pdf>.

fácilmente constatable a propósito de la lectura del reformado art. 135 CE. Dicho de otra forma, la contratación pública alberga la capacidad no solo de determinar las relaciones entre público y privado en relación con la prestación de servicios públicos, sino que se ha convertido en un instrumento de apaciguamiento del conflicto económico en tiempos de crisis, imponiendo una lógica política estrictamente mercantilista que preferencia absolutamente valores presupuestarios y financieros frente a aquellos sociales.

A esta función de planificación económica de la externalización de servicios públicos, se debe sumar aquella que tiene que ver con la creación de empleo en tiempos de crisis económica y, por tanto de una elevada tasa de desempleo. La consolidación de altas tasas de desempleo en el sector privado, en nuestro caso como consecuencia del derrumbe económico del sector de la construcción y todos aquellos relacionados con éste entre los que cabe destacar el sector financiero, genera una conflictividad social que se ha tratado de atajar desde un trasvase de empleo público al sector privado<sup>173</sup>. Esto es, se han tratado de paliar los efectos sociales originados por el fracaso económico a través de ofrecer *nuevos campos de negocio*<sup>174</sup> al sector privado, así como potenciar el empleo en éste con un impacto relevante en el seno del empleo público. Lo cual a su vez, como se sabe, ha contribuido *generosamente* a la puesta en marcha y desarrollo de las denominadas políticas de austeridad. De este modo, se puede afirmar que las políticas públicas en la materia han basculado entre la reducción del gasto público, como precondition necesaria para el saneamiento de las finanzas públicas, y la entrega de la gestión de servicios públicos al sector privado ante su convulsa situación económica<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> Dinámica ésta que no se puede atribuir exclusivamente al caso español, sino que se trata de un fenómeno de dimensión global, como lo indica el hecho de que determinadas actuaciones del Gobierno español derivan de documentos internacionales como la Declaración de la Cumbre sobre Mercados Financieros y Economía Mundial y por el Plan Europeo de Recuperación Económica. Entre otros, CANTERO MARTÍNEZ, J., “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración...”, op. cit., pp. 308 y ss.

<sup>174</sup> En este sentido, para una mayor profundización de este aspecto, véase CUERVO GRACÍA, A., “Procesos de privatización de empresas públicas”, *Economistas*, nº 63, 1995, pp. 6-13.

<sup>175</sup> Ver CASTELLI, N. y TRILLO, F., “Relaciones público-privado o la privatización del interés general”, en TRILLO, F. y GARCÍA, J. (Coords.), *En defensa de lo*

A este respecto, cabe advertir algunas cuestiones que serán analizadas a lo largo de este estudio y que normalmente pasan desapercibidas con demasiada frecuencia. La primera de ellas tiene que ver con la falacia que implica cifrar en la creación de empleo uno de los principales motivos de la externalización de servicios públicos, pues simplemente se trata de un trasvase de empleo del sector público al privado con la particularidad de que en dicho proceso se asiste en la mayoría de los casos a una pérdida en términos netos de empleo además de una degradación de las condiciones de trabajo y empleo. Hecho éste que, en línea de principio, debería poner en tela de juicio uno de los principales motivos por los que se argumenta interesa la externalización de servicios públicos: la supuesta mayor especialización del sector privado, que aportaría una mayor eficacia en la prestación de aquéllos. La segunda de las cuestiones guarda estrecha relación con ésta que se acaba de comentar, ya que se argumenta que la prestación de los servicios públicos por el sector privado comportaría una mayor competitividad en el sector y, por tanto, un abaratamiento de costes<sup>176</sup>.

¿Cuál es entonces la razón última por la que las Administraciones Públicas deciden externalizar servicios públicos? Mantenemos la tesis de que no se trata tanto de la creación de empleo o de la mejora de la eficacia y competitividad del servicio privatizado, como de la satisfacción de los intereses de la empresa privada ante su propia incapacidad de encontrar nuevos campos de negocio y, por tanto, de mantener una determinada tasa de ganancia.

En último lugar, se quiere destacar de forma muy sucinta una de las características más peyorativa de los procesos de privatización de servicios públicos: la corrupción, entendida como una dinámica de concesión recíproca de dones, que acaba determinando el propio interés general. En efecto, la externalización de servicios públicos ha presentado –y presenta– un número abultado de casos en los que se produce un intercambio recíproco de dones. Por un lado, el

---

*común. Lo público no se vende, lo público se defiende.* Bomarzo-Malabá, Albacete, 2014, pp. 148 ss.

<sup>176</sup> Cuestión ésta que en el tiempo en el que se escribe este trabajo topa de plano con el encarecimiento de la luz en plena ola de frío. Tanto es así que la Fiscalía del Tribunal Supremo está investigando por la vía civil esta situación en defensa de los derechos de consumidores y usuarios *ex art.* 11.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

sector privado recibiría un apoyo financiero inestimable a través de contratos públicos y gestión de servicios públicos; mientras que los dirigentes políticos que adoptan determinadas decisiones, como las señaladas *supra*, recibirían determinados premios al final de su carrera política a través de las denominadas puertas giratorias (Consejos de Administración) o, en el peor de los casos, la financiación ilegal de partidos políticos.

Así las cosas, la determinación del interés general en materia de servicios públicos se ha conformado en demasiadas ocasiones a través de una maraña de relaciones, poco o nada, transparente entre poder público y poder privado, donde el primero desempeña una labor de mediación esencial entre los diferentes intereses del poder privado. Dicha corrupción por lo demás resulta ser el sustrato sobre el que arraigan determinadas formas de hacer política basadas en el nepotismo o clientelismo.

Por todo ello, la externalización de servicios públicos no puede –ni debe– analizarse únicamente desde el punto de vista macroeconómico, como un instrumento funcionalizado a relanzar las políticas públicas que prefieren la estabilidad presupuestaria y financiera.

## **2. ALGUNOS DATOS SOBRE EL NÚMERO Y COMPOSICIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS**

Una de las consecuencias directas de la externalización de servicios públicos tiene que ver con la afectación del modelo de empleo público, que de forma ostensible se ve alterado en materias tales como la dimensión de la plantilla de las Administraciones Públicas<sup>177</sup>, la

<sup>177</sup> Nos estamos refiriendo al debate jurídico, de honda repercusión en la evolución del papel del Estado en la prestación de servicios públicos y de su propio carácter social, acerca de la obligación de amortizar los puestos de trabajo relacionados con la externalización del servicio público. Nótese a este respecto que el Tribunal Supremo se encargó de señalar que la decisión de externalizar un servicio público comportaba necesariamente la amortización de las plazas del personal que realizaba dicho servicio. Cabe llamar la atención, sin embargo, sobre la corrección de este criterio a la luz de la STS de 27 de febrero de 2012 por la cual “la Administración no podrá amortizar las plazas desempeñadas por el personal laboral a resultas de una externalización del servicio si las mismas están revestidas de un carácter necesario. Esta posibilidad sólo será admisible si de lo que se trata es de una supresión total del servicio o actividad. Se configura así

promoción profesional o, en lo que a este estudio interesa, el propio vínculo jurídico de adscripción del empleado público a la prestación del servicio público, que una vez externalizado encontraría su regulación estrictamente en el Derecho del Trabajo<sup>178</sup>. Este hecho provoca, de alguna forma, que las dinámicas entabladas en torno a la prestación laboral se rijan por la existencia de un empresario privado y la búsqueda del beneficio empresarial, más que por la calidad de la propia prestación del servicio público<sup>179</sup>. De ahí que este epígrafe se dedique a examinar la composición del empleo público, no solo con el objetivo de señalar el número de empleados públicos, muy inferior al de países de nuestro entorno<sup>180</sup>, sino también subrayar la tendencia a la laboralización del empleo público, como otra de las fórmulas de “huida del Derecho Administrativo”<sup>181</sup> que

---

un importante límite al recurso a la externalización como forma de gestión de los servicios públicos, pues toda extinción contractual que la AAPP lleve a cabo deberá someterse al previo enjuiciamiento sobre la necesidad de la amortización, de tal forma que el ajuste de personal será conforme a derecho cuando se realice con carácter previo a la externalización o cuando no resulte acreditado la ulterior subsistencia de los puestos amortizados”, en GUERRERO VIZUETE, E., “La externalización del servicio público como causa de extinción contractual en el ámbito de las Administraciones Públicas”. Comunicación presentada a las XXXIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2015, pp. 537-550. Disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=b3c53d1c-2f8b-4744-88f6-f5ea9913cf35.pdf>.

<sup>178</sup> En este sentido, GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I. y GOÑI SEÍN, J.L., “Contratación administrativa y aplicación de normas laborales sobre contrata”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 133-135.

<sup>179</sup> “Esto es así en la medida en que al concesionario privado le son de aplicación, en sus relaciones con los trabajadores que ha contratado a tal fin, las normas generales que rigen en la prestación del trabajo asalariado, sin que el hecho de que su actividad se dirija a atención de un servicio público tenga por qué suponer especialidad alguna”. En estos términos se expresa SANGUINETI RAYMOND, W., “Privatización de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *RDS*, n° 39, 2007, p. 25.

<sup>180</sup> Concretamente, a fecha de 2013, España era el cuarto país con menos empleados públicos en relación con su población. Este dato ha sido puesto de manifiesto por la OCDE, “Panorama de las Administraciones Públicas 2013”, disponible en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/4213201e.pdf?expires=1485772591&id=id&accname=guest&checksum=02EF72E1CE0137016825FF0E29A66BEF>.

<sup>181</sup> “Realizada mediante la sustitución de las estructuras tradicionales de gestión directa por otras indirectas, a través de las cuales los entes públicos transmiten a entidades de Derecho privado tareas o actividades con el fin de conseguir la optimización del bienestar social”. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Externalización y empleo público en régimen laboral”, en AAVV (ORTEGA ÁLVAREZ, Dir.), *Crisis*

somete a grandes tensiones el desarrollo de los principios constitucionales que ordenan la actividad administrativa como son la igualdad, mérito y capacidad, objetividad, neutralidad y prohibición de arbitrariedad<sup>182</sup>. En último lugar, se pretende poner de manifiesto cómo dicho fenómeno a la laboralización del empleo público ha constituido en sí mismo una precarización de éste y una mayor facilidad para que se produjeran los procesos de privatización de servicios públicos<sup>183</sup>.

A fecha de 1 de enero de 2016, el Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Registro Central de Personal, 2016)<sup>184</sup>, señalaba la existencia de un total de 2.519.280 empleados públicos, de los que la Administración Pública Estatal<sup>185</sup> cuenta con 527.801. Por su parte, las Comunidades Autónomas<sup>186</sup> se dotan de un total de 1.294.765; mientras que la Administración Local dispone de 548.944 empleados públicos<sup>187</sup>. Por último, las Universidades Públicas presentaban en aquella fecha un total de 147.770 empleados públicos<sup>188</sup>.

La composición de dicho empleo público, básicamente entre personal funcionario y laboral, resulta llamativo, dotándose de un mayor número de funcionarios cuanto más alto es el nivel territorial.

---

y externalización en el sector público ¿solución o problema?, INAP, 2011, Madrid, p. 154.

<sup>182</sup> DEL SAZ CORDERO, S., “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en AAVV, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1992, pp. 177 y ss.

<sup>183</sup> Nótese que las especiales garantías que rodean al régimen funcional, en especial en lo atinente a la estabilidad en el empleo, resultan difícilmente soslayables en dichos procesos.

<sup>184</sup> [http://www.sefp.minhfp.gob.es/dms/es/web/publicaciones/centro\\_de\\_publicaciones\\_de\\_la\\_sgt/Periodicas/parrafo/Boletin\\_Estadis\\_Personal/BEPSAP\\_30052016.pdf](http://www.sefp.minhfp.gob.es/dms/es/web/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/Boletin_Estadis_Personal/BEPSAP_30052016.pdf).

<sup>185</sup> Compuesta, como es sabido, por la Administración General del Estado, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Fuerzas Armadas, Administración de Justicia y Entidades Públicas Empresariales y Organismos Públicos con régimen específico.

<sup>186</sup> Cuya composición toma en consideración a las Consejerías y sus Organismos Autónomos, Docencia no universitaria, Instituciones Sanitarias al servicio del Sistema Nacional de Salud, Administración de Justicia y Fuerzas de Seguridad.

<sup>187</sup> Ayuntamientos, Diputaciones Cabildos y Consejos Insulares.

<sup>188</sup> Entre inscritos en el Registro Central de Personal y los no inscritos en dicho registro.

De esta forma, la Administración Pública del Estado mantiene una composición en la que el 81,56% de los empleados públicos mantienen una relación funcional. En el ámbito de las Comunidades Autónomas esta tendencia permanece, aunque se asiste a una proporción menor de funcionarios, el 64,79%, siendo la Administración Local la que presenta un porcentaje menor de funcionarios, 37,85% frente al 54,41% de personal laboral. En última instancia, la composición del empleo público en las Universidades Públicas se reparte entre un 47% de funcionarios, 48,19% de personal laboral y un 4,81% de otro tipo de personal.

Resulta igualmente interesante ver cómo durante el período 2010-2016 se ha asistido con carácter general a una significativa reducción de empleados públicos, como consecuencia directa de la puesta en marcha de las denominadas políticas de austeridad que, a su vez, han impactado en la extensión de la fórmula de gestión indirecta de servicios públicos.

Así, la Administración General del Estado ha experimentado una reducción de más de 32.000 empleados públicos, pasando de 241.152 a 209.046. Del mismo modo, las Fuerzas Armadas han pasado de 132.486 a 121.610 empleados públicos. La Administración de Justicia ha perdido más de 5.000 efectivos, pasando de 29.968 a 24.281 empleados públicos. Únicamente las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han visto incrementado el número de empleados públicos en más de 4.000 efectivos, pasando de 137.087 a 141.285. Por su parte, la Administración de las Comunidades Autónomas ha visto reducido el número de empleados públicos, de 1.348.492 a 1.294.765. El mismo comportamiento se ha observado en los Ayuntamientos, de 580.869 a 487.832 empleados públicos, y en las Diputaciones, de 77.036 a 61.112.

En suma, como se desprende del análisis de los datos apenas expuestos la “huida del Derecho Administrativo”, traducida en términos prácticos en la laboralización del empleo público comporta una serie de riesgos de cara a las garantías y estándares de protección de los derechos de los empleados públicos, pero también con un potencial efecto sobre la calidad de los servicios públicos. Y ello, en base al doble fenómeno precarizador, tanto de condiciones de trabajo y de empleo como de prestación del servicio público en

cuestión, que se ha producido con dicha laboralización del empleo público, basada en la masiva contratación temporal en el seno de las Administraciones Públicas, ya sea de forma directa que a través del recurso a la gestión indirecta de servicios públicos<sup>189</sup>. Concretamente, en el año 2004 se asiste a un repunte de la contratación temporal en el empleo público que alcanza casi el 23% de la misma, produciendo un cambio de tendencia respecto al inicio de la década de los años 90 del siglo XX. Lo que simplificado, quizá en exceso, identifica el vínculo laboral de adscripción del empleado público a la Administración tanto con peores condiciones de trabajo y empleo como una afectación negativa en la propia prestación del servicio público.

### **3. MOTIVOS PARA EXTERNALIZAR SERVICIOS PÚBLICOS: ¿EFICACIA Y EFICIENCIA?**

La decisión de externalizar la prestación de un servicio público al sector privado se ha argumentado y legitimado en base a la mayor eficiencia, reducción de costes, y eficacia, mayor calidad del servicio, como consecuencia de una mejor especialización del sector privat. Es decir, la eficacia y la eficiencia se obtendrían, pues, a través del mayor grado de especialización que lleva aparejada la contratación de la producción del servicio a una organización de carácter privado, con o sin ánimo de lucro, que más *competitiva* sea en cuanto a costes y calidad. Además, la externalización se suele desarrollar en condiciones de competencia, ya sea por la existencia de un mercado dedicado a la prestación de dicho servicio o por el propio acontecer administrativo que obliga a que diversas empresas concurren a la propia oferta pública de externalización. Externalizar debe implicar la optimización de la gestión, dada una determinada especialización de la empresa que le otorga una ventaja competitiva, al mismo tiempo que se asiste a una reducción de costes en la Administración Pública como consecuencia de que los costes fijos devienen variables. A este respecto cabe llamar la atención sobre el hecho de que los recursos humanos suelen erigirse

---

<sup>189</sup> A este respecto, resulta especialmente esclarecedor el Informe del Consejo Económico y Social, "La temporalidad en el empleo en el sector público", Madrid, 2005. Disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/18510/inf0304>.

como el principal factor de ahorro de costes, ya que el número de empleados públicos se reduce como consecuencia de la decisión de externalizar la prestación del servicio público<sup>190</sup>.

No obstante lo dicho hasta ahora, la experiencia en la materia parece arrojar un panorama que dista sensiblemente de los motivos teóricos en los que debe basarse la decisión de externalizar servicios públicos. En algunos casos, se llega a afirmar que “las consideraciones acerca de las mejoras en eficacia y eficiencia de la gestión externalizada ocupaban un espacio residual en la decisión real en el momento de optar por la externalización”<sup>191</sup>. Por el contrario, parecen haber sido motivos determinantes de esta decisión las dificultades presupuestarias, dando lugar a situaciones en las que la necesidad se antepone a la oportunidad de la externalización de un servicio público. Dicho de otro modo, en la decisión de la externalización de un servicio público se prioriza de forma casi absoluta la reducción de costes de la Administración Pública correspondiente.

La situación, apenas descrita, articula un modo de proceder a la externalización que nada tiene que ver con la búsqueda de una mayor eficacia en la prestación de servicios públicos. Además, en cuanto a la reducción de costes se refiere, cabe señalar que existen serias dudas sobre esta ventaja económica, ya que los costes derivados de llevar a cabo el contrato, de la planificación de la externalización, de la evaluación de los estándares de calidad y del control del cumplimiento efectivo del contrato no aparecen computados entre los costes de la externalización. Es más en algunos supuestos, en este caso no relativos a la experiencia española pero que pueden servir como ejemplo de lo que aquí se está argumentando, se ha detectado una tendencia donde la eficacia (calidad) del servicio se ve mermada, mientras que la eficiencia (costes) se reduce significativamente como consecuencia de una evolución de los costes de producción

---

<sup>190</sup> Nótese que en un contexto de predominio de las políticas de austeridad, la reducción del número de empleados públicos puede confundirse con la decisión política de reducir progresivamente el tamaño de la plantilla de una determinada Administración Pública. La limitación de la tasa de reposición en los términos expresados en las últimas cuatro Leyes de Presupuestos Generales podría convertirse en el objetivo verdadero sin tomar en consideración el factor de la eficacia de la prestación del servicio público.

<sup>191</sup> RAMIÓ MATAS, C. y GARCÍA CODINA, O., “La externalización de servicios públicos en España: la necesidad de repensar una nueva gestión pública, planificada, controlada y evaluada”. *Reforma y Democracia*, nº 35, 2006, pp. 6-9.

que la Administración correspondiente no consigue fiscalizar o controlar<sup>192</sup> como consecuencia en la mayoría de las ocasiones de los altos costes que a su vez genera dicha vigilancia de la calidad y evolución de los costes de producción.

En suma, es el factor de la reducción del gasto en personal el que predomina en las decisiones de la externalización de servicios públicos, apoyándose en fundamentaciones económicas que suelen presentar a la negociación colectiva y a las organizaciones sindicales legitimadas como las responsables de esta tendencia. Esta argumentación se suele prestar del siguiente modo: “La negociación laboral por parte de la administración con los agentes sociales, muy agresivos en el campo del empleo público, sobre las condiciones económicas y de trabajo ha llegado a un punto de bloqueo del sistema. Determinados impactos de dichos acuerdos ya no son asumibles por las administraciones públicas, por lo que deben optar por las externalizaciones para escapar de este círculo de negociación laboral”<sup>193</sup>.

Como se ha tenido oportunidad de comprobar, la externalización de servicios públicos se encuentra atravesada casi exclusivamente por la idea de la reducción de costes, no solo en tiempos de crisis como el actual sino con anterioridad a la misma. Este hecho dibuja un panorama donde el recurso a la externalización de servicios resulta una fórmula de dudosa legalidad y de nula legitimidad política, ya que en última instancia se utiliza como instrumento para evadir las garantías previstas en la normativa laboral, fundamentalmente la negociación colectiva, no teniendo en consideración a la eficacia y la eficiencia como los únicos factores que permitirían la gestión

<sup>192</sup> Este fue el caso de la externalización de servicios producidos en Reino Unido durante la década de los años 80 y 90 del siglo XX, que desencadenó la decisión de revertir servicios públicos, fundamentalmente el transporte ferroviario, para mejorar la calidad y reducir los altos costes que había generado la externalización de dichos servicios públicos. *Vid.* GRHIMSHAW, D., VICENT, S. y HILLMOTT, H., “Going Privately: Partnership and Outsourcing in UK Public Services”, *public Administration*, vol. 80, n° 3, 2002, pp. 475-502.

<sup>193</sup> Esta es la explicación que en la cita número 9 ofrecen RAMIÓ MATAS, C. y GARCÍA CODINA, O., “La externalización de servicios públicos...op. cit, p. 19, con cita específica a SALAZAR, M., “Les polítiques de recursos humans al sector públic de Catalunya”, en *Repensar el paper del gestor públic en el segle XXI: actes del Congrés Català de Gestió Pública*, Barcelona, Escola d’Administració Pública de Catalunya, 2003, pp. 585-588.

indirecta del servicio público. De esta forma, se asiste a una perversa transmutación de los objetivos de las Administraciones Públicas en la prestación de servicios públicos que se aproxima y confunde con los objetivos que predominan en el sector privado: el ahorro de costes laborales como técnica de obtención del beneficio. Solo que en nuestro caso, dichos objetivos tienen que ver con la estabilidad presupuestaria y financiera de las Administraciones Públicas.

Como colofón a este epígrafe, cabe interrogarse acerca de dos cuestiones que con mucha frecuencia pasan desapercibidos en el debate sobre la externalización de servicios públicos. La primera de ellas ha sido señalada *supra* y guarda relación con el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 103.1 CE por el que las Administraciones Públicas deben servir “con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación”. Entre los principios que destaca el mencionado precepto no se encuentra el de evitar la aplicación de los costes laborales que implica la aplicación de la normativa laboral vigente, por cierto, como no puede ser de otra manera, consensuada y ratificada por los diferentes equipos de gobierno de las Administraciones Públicas. Es más, cabe plantearse si estos comportamientos resultan constitutivos de vulneración del derecho a la libertad sindical, al vaciar en buena medida uno de sus contenidos esenciales como es el de la negociación colectiva. La segunda cuestión que planea sobre la práctica en materia de externalización de servicios públicos aquí descrita se centra en indagar si resulta plausible seguir manteniendo la perversa relación entre reducción progresiva de costes laborales y la prestación de los servicios públicos con determinadas garantías de calidad. Especialmente en aquellos servicios públicos donde la prestación del mismo coincide exclusivamente con la prestación laboral del empleado público, posteriormente trabajador asalariado, sin que resulte necesario el uso de una tecnología innovadora o avanzada.

#### **4. LA GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS: EL CONTRATO DE SERVICIO Y EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

La Administración puede elegir gestionar directamente sus servicios, o acudir a la gestión indirecta de los mismos. Sin embargo,

esta decisión cuenta con ciertos límites que tienen que ver con el cumplimiento de los requisitos expresados en el art. 275 Ley de Contratos del Sector Público, Texto Refundido aprobado por el RD-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre –en adelante, LCSP–, entre los que cabe destacar que la existencia de un servicio público de la competencia de la Administración, de la que ésta sea titular. En segundo lugar, la Ley exige que el servicio sea susceptible de explotación por sujetos privados o particulares. O lo que es lo mismo, que el servicio público cuente con un contenido económico capaz de ser explotado empresarialmente. En último lugar, queda vedada la posibilidad de gestión indirecta de todos aquellos servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

El elenco de contratos administrativos vigentes al día de hoy presenta una combinación exhaustiva que permite la gestión indirecta de servicios públicos. De este modo, a los contratos administrativos más clásicos, como el contrato de gestión de servicios públicos, se deben sumar otros más recientes como el de servicios y el de colaboración entre el sector público y privado.

En este epígrafe, nos encargaremos de analizar tanto el contrato de servicios como el contrato de gestión de servicios públicos con la finalidad de examinar sus características principales en relación con los efectos laborales que su uso comporta. De este modo, conviene partir de la premisa por la cual la distinción entre ambos contratos, de servicio y de gestión de servicios públicos, resulta en ocasiones un tanto confusa. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha incidido en este sentido aportando una definición por la cual en el contrato de gestión de servicios públicos el prestador del servicio lo explota a cambio de una retribución de los usuarios de los servicios públicos, pero bajo su riesgo y ventura. Por su parte, el contrato de servicios prevé la prestación de un servicio para la Administración, necesario para el correcto funcionamiento de ésta por la cual paga al empresario un determinado precio<sup>194</sup>.

En el caso del contrato de servicios, la Ley de Contratos del Sector Público –en adelante, LCSP– en su art. 10.1 define de forma muy amplia el objeto del mismo, como “las prestaciones de hacer, con-

<sup>194</sup> Cabe destacar a este respecto la importancia de las SSTJUE 13 de octubre de 2005, *Parquin Brixen* C-485/03 y 10 de septiembre de 2009, *Eurawaser* C-206/08.

sistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”. La nueva regulación del contrato de servicios parece agrupar en su seno a los antiguos contratos de consultoría y asistencia, así como los de atención de servicios instrumentales de carácter administrativo para el normal desarrollo de la labor de las funciones de la Administración correspondiente (Anexo II LCSP)<sup>195</sup>. Cabe llamar la atención sobre la prohibición absoluta que impone el art. 301 LCSP de que el personal que ha desarrollado materialmente estos servicios públicos exteriorizados pueda aspirar a una estabilidad en el empleo en el ámbito del ente, organismo o entidad del sector público que decidió celebrar tal contrato de servicio. Quiere ello decir, entonces, que de alguna manera el legislador ha entendido que en ocasiones esta vía podría funcionar en la práctica como un modo de contratación de personal en el empleo público sin respetar las reglas de acceso a éste. En el momento actual, el precepto citado pretendería asegurarse de que las reglas en materia de contratación derivadas de la puesta en marcha de las políticas de austeridad no puedan evitarse a través de esta vía, distorsionando el principio reforzado de la contención y reducción del gasto público. Dicha suspicacia del legislador entronca directamente con la facilidad y habitualidad con la que se recurre a este contrato, a través de los denominados contratos menores, cuya cuantía no supere los umbrales determinados en el art. 16.1.a) y b) LCSP<sup>196</sup>. Esto es, los denominados contratos me-

---

<sup>195</sup> Ver en este sentido, ESTEVE-SEGARRA, A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 29-30.

<sup>196</sup> “1. Están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades: a) 135.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del Anexo II en la letra b) de este artículo; b) 209.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II”.

nores quedan exentos de las garantías que implican la publicidad y la libre e igual concurrencia de empresas.

Esta particular manera de entender innecesaria la aplicación de dichas garantías a los contratos menores ha provocado una relación entre público y privado, donde el interés general se privatiza con ocasión de la satisfacción de intereses particulares de empresarios, por un lado, y de políticos, por otro<sup>197</sup>.

Por su parte, el contrato de gestión de servicios públicos aparece definido como “aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”. Se trata, como es sabido, de un tipo contractual que cuenta con una larga trayectoria en el Derecho Administrativo, encontrando en la Administración Local su ámbito de actuación más usual. De esta forma, los empresarios han visto ampliado su campo de negocio a los servicios públicos participando de los riesgos de la gestión de éstos, aunque quedando la titularidad de dichos servicios públicos en manos de la Administración. Nótese que el art. 8.2 LCSP impide el recurso a este contrato cuando “la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

El contrato de gestión de servicios públicos se caracteriza, según lo previsto en el art. 132 LCSP, por la necesidad de que con carácter previo a la externalización de un servicio público se haya establecido su régimen jurídico donde se haga constar que la actividad queda asumida por la Administración y determinando el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regulando los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. En lo atinente al pliego de condiciones,

---

<sup>197</sup> La cantidad de escándalos de corrupción política y empresarial que acumulamos en los últimos cuatro años nos eximen de poner ejemplos concretos, aunque nos sugiere un fenómeno sistémico, más que la situación de *algunas manzanas podridas*.

el art. 133 LCSP determina el contenido de los pliegos de condiciones para la externalización del servicio en términos de condiciones, tarifas, procedimientos para su revisión, así como el canon que el empresario debe pagar a la Administración. Ello significa, pues, que no existe la obligación de especificar las condiciones de trabajo y empleo que finalmente prestarán el servicio público<sup>198</sup>. Si dicho contrato comprendiera la ejecución de obras, resulta obligatorio que previamente se elabore un anteproyecto de explotación y de obras, resultando de aplicación las normas establecidas por la propia Ley de Contratos del Sector Público para el contrato de concesión de obra pública.

Se debe hacer hincapié, igualmente, en que la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos se efectúa mediante la valoración de más de un criterio de selección (art. 150.3.e LCSP), sabiendo que el contrato de gestión de servicios públicos puede adoptar varias modalidades como la concesión, la gestión interesada, el concierto con persona física o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público en cuestión o, con mayores dudas sobre el carácter indirecto de la gestión del servicio público, la sociedad de economía mixta (art. 277 LCSP).

## **5. EFECTOS JURÍDICOS LABORALES DE LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

Los efectos jurídicos laborales que derivan de la externalización de servicios públicos encuentran su origen en la propia premisa que lleva a la Administración Pública a adoptar tal decisión. Esto es, según lo expuesto *supra*, el principio de eficiencia comporta necesariamente que el coste del servicio resulte más económico que si se prestase directamente por la propia Administración Pública. A

---

<sup>198</sup> Es más, cuando en el ámbito de este tipo de contratos se ha pactado la introducción de cláusulas sociales que determinen tanto el volumen de empleo necesario para una prestación de calidad del servicio público como las condiciones laborales de los trabajadores que llevarán a cabo el servicio, se han detectado estrategias políticas conducentes a recurrir la inclusión de tales cláusulas sociales. Este es el caso particular de Castilla-La Mancha en relación con 30.000 trabajadores afectados, donde el Gobierno Central ha impugnado tales cláusulas sociales. <http://www.ccooclm.com/info/?p=30865>.

esta situación hay que añadir el beneficio empresarial de la persona natural o jurídica sobre la que recae efectivamente la prestación del servicio público externalizado. Todo ello contextualizado en el marco de un modelo productivo como el actual, tanto en el sector público como en el privado, donde el beneficio empresarial se conforma en demasiadas ocasiones a partir de la degradación de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores<sup>199</sup>. Dicho de otra forma, mientras que en la decisión de externalizar solo se tenga en cuenta el posible ahorro de costes y no la mejor calidad y especialización que pudiera ofrecer la empresa privada, se asistirá a un modelo donde necesariamente la externalización de servicios públicos irá acompañada de unas condiciones de trabajo y empleo precarias.

El propio esquema jurídico de la externalización de servicios públicos compromete varios de los derechos más relevantes desde el punto de vista de los trabajadores por cuenta ajena como son, destacadamente, la estabilidad en el empleo y la aplicación del convenio colectivo de referencia que garantice una determinada protección jurídica de aquéllos. Además, se constata a nivel general una situación en la que cada vez más se producen fenómenos de interposición en el contrato de trabajo que se encuentran en un intersticio muy próximo a la cesión ilegal de trabajadores.

Por último, cabe hacer referencia a las consecuencias jurídicas que provoca el hecho de que, una vez producida la externalización del servicio público, la rama del ordenamiento jurídico aplicable en la regulación de aquellas relaciones laborales sea el Derecho del Trabajo. La entronización de la libertad de empresa, en nuestro caso la libertad de organización de la empresa, provoca que se acepte la posibilidad de acudir a fórmulas de descentralización productiva,

---

<sup>199</sup> En algún caso, alguna autora ha llegado a afirmar, aunque referido a las empresas multiservicios que “el abaratamiento es patente puesto que en el precio de la subcontratación productiva se han de sumar los costes de la actividad empresarial subcontratada y los márgenes de beneficio de las empresas multiservicios, pero pese a ello suele ser percibido por el empresariado como opción más beneficiosa que la prestación directa, por trabajadores contratados, lo que obviamente se explica por la oferta muy competitiva en precios de las empresas multiservicios, basadas esencialmente en las inferiores condiciones laborales de sus trabajadores. En ESTEVE-SEGARRA, A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes...* op. cit., p. 32.

trasladando toda su problemática jurídica a la prestación del servicio público, donde además cobran siempre mayor protagonismo las denominadas empresas multiservicios.

### 5.1. TEMPORALIDAD, ALTA TASA DE ROTACIÓN, INTERPOSICIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO Y CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

No resulta necesario justificar extensamente el carácter temporal del personal que presta servicios públicos una vez se ha procedido a externalizarlos. La propia limitación temporal de los contratos administrativos comporta que los trabajadores al servicio del empresario adjudicatario sean contratados a través de tipologías contractuales de duración determinada<sup>200</sup>. Es decir, a través del recurso a la fórmula de la externalización de servicios públicos se asiste a una suerte de sustitución de lo que debería ser empleo de carácter indefinido ligado a la propia Administración por empleo temporal a través de la empresa privada que se hace cargo de la prestación del servicio público<sup>201</sup>.

A este panorama, donde la temporalidad resulta ser la regla general de la duración del vínculo jurídico de adscripción del trabajador a la empresa, cabe sumar la posibilidad de que se produzcan fenómenos de subcontratación de servicios públicos, ya sea con empresas especializadas en la prestación de determinados servicios o a través de las denominadas empresas multiservicios. En ambos casos, aunque con intensidades y problemáticas diferentes, el resultado es aquel consistente en la instalación de la temporalidad y la precariedad en el ámbito de estas relaciones laborales. Y ello, como ha sido señalado con acierto, como consecuencia de que “la gestión indirecta se configura en principio como una técnica de gestión sin incidencia inmediata sobre la aplicación de normas laborales”<sup>202</sup>,

<sup>200</sup> A esta misma conclusión llegaron los Expertos a los que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales encargó en el año 2004 la elaboración de un informe sobre la situación de la temporalidad en el ámbito del empleo público. Véase, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, “La temporalidad en el empleo en el sector público”. Madrid, 2005, pp. 122 a 128.

<sup>201</sup> En similares términos, SANGUINETI RAYMOND, W., “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, en *Revista de Derecho Social*, n° 39, 2007, pp. 23-24.

<sup>202</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., “Privatización de la gestión de servicios públicos y...”, op. cit, pp. 25-26.

por lo que las relaciones laborales en este ámbito resultan ordenadas por el Derecho del Trabajo sin tener en cuenta la particularidad de que se trata: la prestación de un servicio público y la atención de una necesidad social.

Si bien en el ámbito de las contrata y subcontratas aparecen elementos correctores de la temporalidad de las relaciones laborales, como señaladamente suponen los instrumentos convencionales de subrogación del personal, lo cierto es que el principio de estabilidad en el empleo no aparece del todo asegurado, como consecuencia de los vaivenes jurisprudenciales que en cada momento se puedan producir. Así, por ejemplo, la STS de 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014 ha realizado una interpretación extremadamente mercantilista en relación a las garantías derivadas de la subrogación convencional, eliminando, la responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales que hasta ahora se producía en las sucesiones de contrata en aquellos supuestos en que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, y también española, se produce una sucesión de plantillas. El objeto del litigio versaba sobre la disyuntiva que plantea la aplicación de las garantías previstas en el art. 44 ET, como norma mínima, cuando existe regulación convencional al respecto.

El supuesto de hecho que provoca el pronunciamiento del Tribunal Supremo prevé la existencia de una sucesión de contrata de seguridad en el Servicio Vasco de Empleo, caracterizada por la situación de concurso de la empresa saliente, lo cual implicó una serie de impagos salariales a cargo de la misma y, respecto de los cuales, la empresa cesionaria no quería asumir su responsabilidad a la luz de lo previsto en el art. 44 ET. Dicha cláusula convencional preveía la obligación de incorporar a los trabajadores de la contratista anterior siempre que la misma cumpla una serie de requisitos, como es el caso de justificar que el trabajador que pretende ser cedido ostente una antigüedad de siete meses en el puesto de trabajo; asimismo, se determinaba, con carácter preceptivo, la asunción por la empresa cesante de los pagos y cuotas derivados de la prestación del trabajo, como única y exclusiva obligada a ello. Esta situación normativa proveniente de la regulación del convenio colectivo de aplicación determinaba que las sucesivas contrata que fueran ocupando el puesto de las anteriores tendrían que hacerse cargo de los eventuales impagos existentes al tiempo de la subrogación en

relación con las obligaciones laborales de los trabajadores durante los tres años sucesivos.

Esta situación, apenas descrita, ha obligado al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre la existencia –o no– de la responsabilidad de la empresa saliente en relación con lo pactado convencionalmente, además de concretar si se producían en este caso los requisitos para que se diera la subrogación de personal. El fallo del Alto Tribunal reconoce a la negociación colectiva, en última instancia, la posibilidad de imponer la asunción de plantillas en la sucesión de contratas en las condiciones expuestas, influyendo en la competencia en el sector a través de traspasar la responsabilidad de la empresa cesante a las posteriores empresas que quisieran hacerse cargo del servicio de seguridad en el ámbito del Servicio Vasco de Empleo.

Hasta la sentencia aquí señalada, la situación no era completamente pacífica, pues no existía una sentencia de casación que se pronunciara en términos tan claros a favor de la incomunicabilidad de responsabilidades, por lo que bien podía entenderse que el pago de las deudas laborales pendientes era un requisito constitutivo de la sucesión, de tal forma que su no cumplimiento impediría la misma. Es decir, el trabajador afectado, ante el incumplimiento de las previsiones paccionadas por la empresa cesante, permanecía en su plantilla, no siendo objeto de transmisión, situación contraria a la que a partir de ahora se dará a pesar del impago de dichas deudas pendientes, de tal forma que el trabajador sí se incorporará a la empresa entrante.

No obstante lo expuesto hasta ahora, existen ciertas dudas interpretativas acerca de lo contenido en la STS de 7 de abril de 2016 en relación a la SAN de 30 de octubre de 2014 (SAN 176/2014), ya que en ésta se contenía un razonamiento jurídico consistente en que “las partes del litigio toman como punto de partida una separación radical entre las instituciones de la sucesión de empresa y la de la subrogación convencional que no se ajusta a la realidad. Es cierto que la subrogación convencional y la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores son supuestos distintos, cada uno con su propia regulación. Es decir, pueden existir supuestos de subrogación convencional ajenos al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como supuestos de sucesión del artículo 44 del Estatuto ajenos a las sucesiones de contratas y la su-

brogación convencional. En tales casos la situación se regirá única y exclusivamente por su propia normativa, legal o convencional. Sin embargo existen también supuestos de superposición entre ambas figuras, de manera que una subrogación convencional sea, al mismo tiempo, un supuesto de sucesión legal de empresas.” Y continúa la sentencia argumentando que “resulta importante reseñar este criterio (sucesión de plantillas) porque en muchos casos de sucesión de contratas en los cuales el convenio colectivo impone la subrogación en los contratos de trabajo, si la actividad objeto de la contrata se desempeña esencialmente mediante la aportación de mano de obra, del hecho fáctico de la subrogación resultará también la existencia de una sucesión de empresas, lo que llevará a considerar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como norma mínima”. “Por el contrario, si en el caso concreto no existe sucesión de empresas, especialmente cuando la actividad no se desempeñe esencialmente mediante la aportación de mano de obra y no existe transmisión de los elementos materiales adscritos a la producción, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores no será aplicable y los términos de la subrogación se regirán única y exclusivamente por el convenio colectivo”.

De lo expuesto hasta ahora, se puede afirmar que mientras el TS no deslinda las posibilidades apuntadas por la AN, sembrando la duda de hasta dónde alcanza la incomunicabilidad de responsabilidades en la sucesión de contratas y, por tanto, la interpretación que de la jurisprudencia comunitaria en relación con la sucesión de plantillas se nos quiere trasladar, pues al hablar de subrogación convencional no distingue entre aquellas que por sí podrían suponer una sucesión de plantillas, pero que eventualmente están previstas en el Convenio Colectivo de aplicación también como obligatorias. Queda de esta forma patente la contradicción de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo tanto en relación con la doctrina comunitaria como con aquella apuntada de la Audiencia Nacional.

Por último, la unificación de doctrina producida por la STS de 7 de abril de 2016 Restan plantea otros dos interrogantes. El primero de ello referido al requisito *sine qua non* de que para que opere la subrogación del personal, los trabajadores deben acreditar una antigüedad en el puesto de al menos siete meses. Circunstancia ésta que, de admitirse como válida, debilitaría sensiblemente la estabi-

lidad en el empleo introducida por convenio colectivo. El segundo tiene que ver con la pérdida de salarios, como consecuencia de preferenciar la cláusula convencional contenida en el art. 14 del Convenio Colectivo Estatal frente a lo previsto en el art. 44 ET.

En lo atinente a las fronteras entre interposición en el contrato de trabajo y la cesión ilegal de trabajadores, se debe reparar en la dificultad que entraña al día de hoy distinguir una de otra situación. Si bien la jurisprudencia había delimitado una serie de indicios, como la existencia de una organización empresarial, el ejercicio de los poderes inherentes a la condición de empleador o la asunción del riesgo empresarial (posteriormente trasladados al precepto estatutario del art. 43 ET), no es menos cierto que en muchas situaciones la definición de cesión ilegal podría estar produciéndose.

En efecto, en el ámbito del sector público, el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio obliga a las Administraciones a adoptar las cautelas precisas en orden a evitar que se puedan producir este tipo de consecuencias (Disposición Adicional 1<sup>a</sup>). Para ello, resulta imprescindible tomar en consideración la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas<sup>203</sup>, que contiene una batería de buenas prácticas que impedirían incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, tanto en el ámbito de la Administración del Estado<sup>204</sup> como en el de las distintas Comunidades Autónomas. Nótese que en algún caso, se ha considerado la existencia de cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa concesionaria no había dispuesto de su organización y sus facultades de gestión empresarial en la prestación del servicio, sino que había sido la Administración la que había asumido tanto la organización como el riesgo de explotación. Y ello, pese a que la empresa contaba con todos los requisitos para entender que se trataba de una actividad empresarial con los requisitos contenidos en el art. 43 ET<sup>205</sup>. Esta referencia jurisprudencial debería condicionar el recurso a las empresas multiservicios como

<sup>203</sup> En RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Medidas de racionalización en el sector público: incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”, *Revista Jurídica de Castilla León*, n.º 37, 2015, p. 19.

<sup>204</sup> Instrucciones de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos y de la Administración Pública, de 28 de diciembre de 2012.

<sup>205</sup> STS de 21 de octubre de 2014, rec. 1692/2013.

posibles prestatarias de servicios públicos, ya que como se sabe el funcionamiento normal en estas empresas es la de aportar estrictamente fuerza de trabajo sin que exista una organización empresarial capaz de superar los criterios previstos en el art. 43 ET<sup>206</sup>.

## 5.2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONDICIONES DE TRABAJO

Con toda seguridad es la negociación colectiva la pieza fundamental que con carácter general aparece más afectada por la externalización de servicios públicos, también en el sector privado, y con ello la aceptación de un sistema de relaciones laborales que autoriza la degradación de condiciones de trabajo como vía para consentir una mayor competitividad empresarial. Dicha aceptación debería comportar, a la luz de los devastadores efectos socio-laborales que está produciendo, una lectura negativa y vulneradora del derecho de libertad sindical. Lejos de rechazar esta visión de las relaciones laborales, sucintamente presentada, el ordenamiento jurídico laboral ha convalidado la posibilidad, fundamentalmente a través de las empresas multiservicios, de burlar la función y sentido de la propia negociación colectiva.

En efecto, la descentralización productiva en el ámbito de las empresas multiservicios ha provocado el fenómeno consistente en la aplicación de condiciones de trabajo más precarias a los trabajadores adscritos a dichas empresas en comparación con el nivel de condiciones de trabajo disfrutados por los trabajadores pertenecientes a las empresas principales. Dicho de otra forma, lo que el ordenamiento jurídico laboral está sancionando es la posibilidad de seleccionar la aplicación de convenios colectivos que prevean peores condiciones de trabajo para los trabajadores de empresas auxiliares. En otros casos, simple y llanamente el recurso a las empresas multiservicios implica la inexistencia de un convenio colectivo de aplicación y, por tanto, la absoluta desprotección de los trabajadores ligados contractualmente a éstas.

Lo dicho hasta ahora nos lleva a dividir el análisis de la negociación colectiva en las empresas multiservicios en dos grandes ejes. El primero relativo a la capacidad de eludir la aplicación del convenio co-

---

<sup>206</sup> En este sentido, ESTEVE-SEGARRA, A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes...* op. cit., p. 30 y ss.

lectivo de ámbito sectorial y el segundo concerniente a la situación de inexistencia de convenio colectivo de aplicación.

El carácter general del objeto empresarial de las empresas multiservicios dificulta en muchas ocasiones encuadrar a estas empresas en el marco de una concreta regulación convencional sectorial, permitiendo de algún modo, la selección empresarial de la norma convencional aplicable, por ejemplo en relación a evitar cláusulas de subrogación de personal que se entienden merman la competitividad empresarial o derechos salariales más elevados. Todo ello, pese a que cabría pensar que el convenio colectivo sectorial aplicable podría ser sin ningún cuestionamiento aquel relativo a la actividad económica de la empresa cliente, en nuestro caso la Administración Pública correspondiente. A este hecho, se debe sumar la situación por la cual las empresas multiservicios, con alguna excepción marginal, no cuentan con una regulación convencional sectorial propia.

Esta situación provoca en la mayoría de las ocasiones que a los trabajadores adscritos contractualmente a las empresas multiservicios les resulte de aplicación el convenio de la propia empresa multiservicio, que presenta como característica una protección jurídica en términos de condiciones de trabajo muy inferior a la otorgada por los convenios colectivos sectoriales. Lo que, a su vez, puede vaciar de contenido la eficacia de la propia negociación colectiva del sector. Esta tendencia, siempre al alza, diseña una individualización de las relaciones laborales donde el convenio colectivo de la empresa multiservicios funciona a modo de *máscara*, que oculta la imposición unilateral de condiciones de trabajo por parte del empresario impulsando una suerte de competencia empresarial que necesariamente provoca una espiral de degradación de las condiciones de trabajo. Resulta llamativo que esta situación sea admisible en nuestro sistema de relaciones laborales en el sector privado, pero más llamativo aún resulta que se permita utilizar en el ámbito de la prestación de servicios públicos y de atención de necesidades sociales. Sin embargo, como se profundizará a continuación, no es ésta la peor de las hipótesis que se pueden encontrar los trabajadores, sino que todavía cabe un escalón inferior en dicha degradación de condiciones de trabajo representada por la inexistencia de convenio colectivo de la empresa multiservicios en cuestión.

Con mucha seguridad, la mayor problemática que presentan las relaciones laborales externalizadas a través de las empresas multiservicios es aquella que tiene que ver con la inexistencia de convenio colectivo de ámbito empresarial y, por tanto, la determinación de qué convenio colectivo resulta aplicable. Existen al respecto múltiples opciones, cada una de ellas con sus ventajas y desventajas, como se verá a continuación.

La primera de las posibilidades, la que se venía aplicando hasta el año 2015, tenía que ver con el criterio emanado por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por la que en las empresas multiservicios resultan de aplicación tantos convenios colectivos sectoriales como actividades a las que se dedique dicha empresa. Esta interpretación del convenio colectivo aplicable provocaba una ruptura del principio de unidad de empresa, por la que según la actividad del trabajador en cuestión le resultaba de aplicación un convenio colectivo u otro.

En 2015, el Tribunal Supremo, en STS de 17 de marzo de 2015, realizó una fundamentación jurídica donde se extiende el criterio de la actividad económica preponderante (unidad de empresa) de las empresas que se dedican a actividades próximas o parecidas entre sí a las empresas multiservicios, negando la pretensión de la actora respecto del convenio colectivo que más parecido resultaba al de su prestación laboral. Dicho fallo del Alto Tribunal vino a contradecir la postura de los tribunales menores al respecto, que venían aplicando el principio de especificidad funcional, arrojando serias dificultades en la identificación del convenio colectivo aplicable.

La determinación de la actividad principal de la empresa multiservicios resulta en ocasiones una tarea imposible de escudriñar, conduciendo a soluciones absurdas donde, por ejemplo, a una trabajadora auxiliar del transporte escolar, como consecuencia de la aplicación este criterio, acabó por aplicársele el convenio colectivo del sector de la hostelería<sup>207</sup>. Sin embargo, el problema más grave resultante de la aplicación del criterio de la actividad preponderante no es el resultado absurdo del mismo, sino la posibilidad de la selección estratégica por parte de la empresa multiservicios de aquel

---

<sup>207</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de Cantabria, de 22 de septiembre de 2008, rec. 601/2008.

convenio colectivo que contenga un nivel más bajo de condiciones de trabajo<sup>208</sup> y le permita a esta empresa concurrir a procesos de concesiones administrativas en condiciones mucho más ventajosa desde el punto de vista del coste para la Administración Pública que hay decidido la externalización de un servicio público.

No se agotan en este análisis todas las problemáticas que desde la negociación colectiva encierra el recurso a la externalización de servicios públicos a través de las denominadas empresas multiservicios, pero sí se ha puesto de manifiesto cómo la externalización de servicios públicos por esta vía, una de las más utilizadas, arroja como resultado demoledor unas prácticas laborales encuadrables en el *dumping social* que distan mucho de los niveles salariales que disfrutarían los trabajadores de haber prestado directamente el servicio público la Administración Pública correspondiente.

## 6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La decisión política de gestionar indirectamente los servicios públicos acudiendo al sector privado ha alcanzado tal magnitud que impide afirmar sin lugar a dudas que la relación entre Estado y Sociedad en la atención e necesidades sociales se lleve a cabo directamente a través del sector público. Ello ha comportado, durante demasiado tiempo, que no se realicen estudios sobre el impacto social y económico de este fuerte proceso de externalización de servicios públicos. Y ello, seguramente, porque los resultados que pudieran arrojar dichos estudios podrían resultar demoledores en cuanto a la finalidad última –y única– de los servicios públicos: la atención de necesidades sociales con independencia del nivel de renta que disponga el ciudadano en cuestión. O lo que es lo mismo, la desmercantilización de ciertas necesidades sociales que promuevan la igualdad real y consientan una convivencia pacífica.

La configuración constitucional de la gestión indirecta de servicios públicos ha soportado tensiones de tal intensidad, que resultan irreconocibles los motivos o causas por los que cabe acudir a esta

---

<sup>208</sup> En este mismo sentido, ESTEVE-SEGARRA, A., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes...* op. cit., pp. 176-177. La autora pone como ejemplo de este peligro real las empresas de *handling*, mantenimiento de instalaciones, hostelería, etc.

fórmula de prestación del servicio público. La eficiencia y eficacia, el ahorro de costes y la mejor prestación de aquél debido a una mayor especialización del prestador privado, han desembocado simple y llanamente en una cesión de campos de negocio a un sector privado que, como ha puesto de manifiesto sobradamente este período de crisis, no tiene las capacidades como para rearticular un modelo productivo donde se abandone la idea de que el beneficio empresarial se ha de conformar única y exclusivamente a costa de los derechos de los trabajadores. La connivencia entre público y privado en la determinación del interés general, ha coadyuvado generosamente a un tejido productivo excesivamente dependiente del sector público y a una maraña de redes político-empresariales que han salpicado de corrupción el entero sistema político. Desde el punto de vista de las fórmulas concretas de externalización de servicios públicos, los contratos de servicios, aquellos denominados menores, han constituido una fuente de financiación recíproca para empresarios y políticos de la que hoy somos prisioneros tanto a nivel político como económico.

Esta situación de corrupción del sistema encuentra como origen un proceso que se puede denominar como *laboralización* del Sector Público, donde la lógica del beneficio se ha impuesto en un ámbito como el de los servicios públicos donde lo normal es que desde el punto de vista económico estén caracterizados por ser deficitarios. Nótese que lo contrario, sería admitir que existe un número menor de necesidades sociales que de servicios públicos a disposición de la ciudadanía. Lo cual resulta un dislate de tal magnitud que no se necesita de mucha mayor justificación. La inadecuación del Derecho Privado para garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la actividad administrativa resulta patente.

En el ámbito más concreto de los efectos jurídico-laborales de la externalización de servicios se asiste a una situación igualmente insoportable. No se trata tanto de que la adscripción del trabajador a la prestación del servicio público se materialice a través de las reglas administrativas o laborales, sino fundamentalmente de la doble (des)consideración de que los trabajadores son un ente abstracto cosificado, donde la dignidad de sus condiciones materiales de existencia no resultan el motivo y el objetivo de la prestación de su trabajo. Y, por otro lado, que las condiciones materiales de trabajo y

de vida se pueden desconectar de la calidad y eficacia de la atención de las necesidades sociales a través de los servicios públicos. De resultar cierta esta negativa visión de la realidad, ello equivaldría a poder afirmar que el Estado mantiene una actitud de desprecio sea del trabajador-ciudadano que del ciudadano-trabajador, donde la adquisición del estatus de ciudadanía deviene en entelequia.

Los principales puntos neurálgicos de este diagnóstico guardan relación, a nuestro juicio, con tres elementos esenciales del ordenamiento jurídico-laboral.

El primero de ellos tiene que ver con el proceso de entronización social de la empresa y una interpretación jurídica de la libertad de empresa que entiende la libre competencia como la posibilidad de mantener actitudes desleales entre empresarios formalmente –que no materialmente– distintos, proyectando tal comportamiento al ámbito de los derechos de los trabajadores. Una suerte del *dumping empresarial* al *dumping social*, aunque, insistimos en la idea, con muy diferentes consecuencias entre empresarios y trabajadores. La libertad de organización empresarial, en nuestro caso identificada con los procesos de externalización de servicios públicos, constituye el primer factor a tomar en consideración para un cambio de modelo tanto productivo como de prestación de servicios públicos. La posibilidad de descentralizar la prestación de servicios públicos presidida por la lógica del beneficio empresarial arroja circunstancias que en estos días encuentra en la muerte su resultado natural<sup>209</sup>. A este respecto, el control y la vigilancia debida por la Administración Pública sería un buen acicate para ir destronando esta idea desfasada sobre la mejor prestación de los servicios públicos por parte del sector privado. O en el peor de los casos, a obligar al sector privado a presentar unos resultados positivos en materia de atención de necesidades sociales, donde se antoja difícil, por no decir imposible, mantener el binomio precariedad laboral/ calidad del servicio público.

El segundo de los factores que, a nuestro juicio, han de formar parte del remedio a la situación actual tiene que ver con el entendimiento

---

<sup>209</sup> Nos referimos en concreto al caso del Yak-42, pero también a tantos otros que han derivado de aceptar la posibilidad de aplicar la forma organización de empresa descentralizada del sector privado al sector público.

actual de derecho a la negociación colectiva. Esto es, el sistema de relaciones laborales, con hondas repercusiones en la prestación de servicios públicos, o admite más la consideración de la negociación colectiva como instrumento al servicio exclusivo de los intereses empresariales. Los criterios de determinación del convenio colectivo aplicable en relación con la estructura de la negociación colectiva deben encontrar en las partes legitimadas para la negociación su única fuente decisoria. Tanto el intervencionismo estatal como judicial en las relaciones laborales, en este ámbito tan importante de las relaciones laborales como es la negociación colectiva y, por ende, la libertad sindical, están contribuyendo a generar un sistema político y económico de tintes *neoautoritarios* a cuyo origen estatal se ha de añadir aquel supranacional.

En último lugar, la severa afectación del principio de estabilidad en el empleo en relación con la prestación de servicios públicos no resulta admisible desde el punto de vista jurídico-constitucional. La vocación de permanencia y la especial protección de los prestadores de servicios públicos, ya sean estos empleados públicos o trabajadores asalariados, resultarían características indispensables de la regulación jurídica laboral de los trabajadores que finalmente terminan por prestar aquellos servicios públicos. Lo contrario, constituye una fuente de contaminación constante de la finalidad que esa concreta prestación laboral adquiere, en su calidad de atención social, y la posibilidad de dar pábulo a ejercicios de retorsión empresarial de aquellas prestaciones laborales que, sin embargo, mejor responden a aquel loable fin.



# LA REVERSIÓN A LA GESTIÓN PÚBLICA DE SERVICIOS PÚBLICOS: PROBLEMAS LABORALES

*Carlos L. Alfonso Mellado*

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Valencia

## 1. INTRODUCCIÓN

El debate político ha puesto en cuestión la posibilidad de que las Administraciones Públicas recuperen la gestión de servicios públicos que estaban siendo objeto de gestión por entidades privadas<sup>210</sup>.

Frente a la tendencia potenciada por razones ideológicas de eliminar la prestación directa de servicios públicos para derivarla hacia entidades privadas, en los últimos años se viene observando en determinados países europeos una tendencia de signo contrario<sup>211</sup>.

La cuestión ha cobrado especial dimensión en el ámbito de las Entidades Locales y, por las razones que se verá, prestando especial atención a las sociedades públicas, pero las conclusiones que al respecto pueden establecerse son, en principio, generales para todas las Administraciones Públicas con los matices que en su caso se expondrán y teniendo en cuenta además que, en algunos casos, las medidas necesarias pueden venir facilitadas por disposiciones

---

<sup>210</sup> A los problemas planteados por la cuestión me he referido en numerosas ocasiones desde el año 2015, constituyendo este trabajo una profundización en las ideas que expuse en diversas ponencias y en el artículo publicado a principios de 2016 “La reversión de la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las Entidades Locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, *Revista de Derecho Social*, n° 73, 2016, pp. 25 a 44.

<sup>211</sup> Al respecto puede verse el Informe elaborado en mayo de 2012 por encargo de la Federación Sindical Europea de los servicios públicos a la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich (en lo sucesivo Informe Greenwich).

La versión traducida del citado informe puede verse en [http://www.epsu.org/IMG/pdf/remunicipalizacion\\_y\\_servicios\\_municipales\\_DH-2.pdf](http://www.epsu.org/IMG/pdf/remunicipalizacion_y_servicios_municipales_DH-2.pdf)

legales o tener que adoptarse con rango legal, por lo que tienen mayor capacidad de actuación las administraciones general y autonómica que pueden proponer los correspondientes proyectos de ley en esos ámbitos –estatal y autonómico–, a aprobar en los correspondientes parlamentos sobre los que pueden ejercer su capacidad de influencia; por el contrario las Entidades Locales dependerán siempre de lo que al respecto pueda legislarse en los mencionados ámbitos, sin capacidad real de promover esos proyectos de ley, más allá de la influencia política que puedan desarrollar para que se adopten.

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

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

En ese debate cabe, incluso, plantearse si los objetivos de mayor eficiencia y calidad de servicio y empleo pueden conseguirse en el propio ámbito de la gestión privada, cuando esta ya exista y mediante una mejor configuración de la misma y un mayor control de la forma en que se desarrolla. Incluso al respecto son muchas las vías a explorar: pliegos de condiciones más concretas, medidas de control y seguimiento, clausulado social en términos que sean jurídicamente aceptables, sociedades mixtas públicas-privadas, etc. Incluso un tránsito no inmediato hacia la reversión total al sector público, pasando, por ejemplo, por fórmulas mixtas inicialmente que constituirían así una especial forma de transición pausada y progresiva hacia un hipotético pase posterior al sector público.

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

Además, las decisiones que se adopten han de tomar en cuenta los problemas de empleo que se pueden generar porque no parece que sea asumible que se deteriore la situación de las condiciones laborales, que en muchos de estos casos de gestión privada son ya de

por sí bastante precarias<sup>212</sup> y que no pueden precarizarse más por una vuelta a lo público basada exclusivamente en la reducción de costes, como nunca debió tolerarse su precarización por una gestión privada basada exclusivamente en el abaratamiento de costes; como también habrá que cuidar que esté garantizada la prestación del servicio público y la calidad en la misma.

Dicho lo anterior es cierto que en algunos supuestos esta reversión de la gestión a manos públicas puede ser más eficiente, incluso en los tres términos esenciales: coste, calidad del servicio, condiciones laborales<sup>213</sup>.

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

De hecho se ha expuesto con apoyo en informes del Tribunal de Cuentas de 2013 que *“los servicios privatizados presentan sobrecostes que van del 22% a más del 90%, respecto el servicio prestado de forma directa, con encarecimientos medios del 27% en recogida de basuras o el 71% en limpieza”*<sup>214</sup>.

Ahora bien esto no puede generalizarse sin más ni pueden obviarse los problemas de que la gestión directa o a través de medios públicos obliga a la entidad pública a disponer de medios materiales y

<sup>212</sup> Este es un problema esencial en estos procesos –prioritario además para las organizaciones sindicales– como resalta el Informe Greenwich, pp. 7 a 10.

<sup>213</sup> En el ámbito europeo se ha señalado que la remunicipalización de servicios ha venido facilitada, entre otros aspectos y además de por el vencimiento de numerosas concesiones al sector privado, por razones como: mala calidad del servicio privatizado; menor coste y mayor eficiencia cuando se presta mediante gestión directa; mejor obtención de la finalidad del servicio público mediante la gestión directa; eliminación de los costes de licitación y supervisión; mejores posibilidades de inversión y financiación; obtención de mayores beneficios en los servicios prestados con precio. Sobre la cuestión véase el Informe Greenwich, pp. 6 y 7. En todo caso no puede generalizarse y desde luego el peso fuerte lo juega una opción ideológica por la recuperación de la gestión directa.

<sup>214</sup> Al respecto COLOMER I MISSÉ, J., “La remunicipalización de la gestión de servicios municipales”, *Ecología política*, n° 49, 2015, p. 108.

técnicos (los humanos en buena parte pueden obviarse por la subrogación de plantilla), y no siempre es claro que la entidad pública disponga de ellos, ni que pueda prescindir de unos elementos técnicos que generalmente se aportaban por la entidad privada que gestionaba y que pueden ser difíciles de sustituir, especialmente, cuanto más tecnificado o complejo sea el servicio en cuestión.

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

## 2. LOS PROBLEMAS NO LABORALES

Al respecto analizaré en primer lugar el conjunto de problemas no laborales a considerar y posteriormente intentaré diferenciar entre las entidades empresariales que dentro del sector público se sujetan a las normas de derecho público y aquellas otras, especialmente las sociedades mercantiles, que ajustan su funcionamiento al derecho privado<sup>215</sup>.

### 2.1. LAS CUESTIONES NO LABORALES A TENER EN CUENTA

La decisión de recuperar la gestión de un servicio público que había sido objeto de concesión o contratación con una entidad privada ha

---

<sup>215</sup> En todo caso, al respecto, como mi aproximación será muy breve, me remito a otros trabajos que se han ocupado de estas cuestiones y especialmente a los distintos publicados en el número 58-59, 2016, de la Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, concretamente a TORNOS MÁZ, J., “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”; GIMENO FELIU, J. M<sup>a</sup>, “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”; CASTILLO BLANCO, F.A., “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”; y VILLAR ROJAS, F.J., “Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales”. También pueden citarse otros como, por ejemplo, ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M<sup>a</sup>, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral*, n<sup>o</sup> 6, 2016, pp. 31 a 62, versión electrónica BIB 2016/3226.

de adoptarse con todas las garantías exigibles en el marco del procedimiento administrativo; ha de ser decidida, pues, por el órgano competente de la respectiva Administración, previa la tramitación del correspondiente procedimiento y, en la resolución que se adopte, deberán tenerse en cuenta todas las normas aplicables tanto de orden administrativo –procedimiento y contratación–, como presupuestarias y financieras en orden a la estabilidad, así como las que rijan en general el funcionamiento de la propia Administración.

En este sentido debe contemplarse de modo específico si se trata de una recuperación del servicio ante la finalización del contrato que en su día se realizó por el que se adjudicaba su gestión a una entidad privada, normalmente un contrato de gestión de servicios públicos, conforme a los artículos 8 y 275 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), o de una resolución del mismo como consecuencia de razones de interés público que justifican el rescate del servicio por la Administración para prestarlo directamente (lo que lógicamente puede hacer a través de entidades dependientes de la misma)<sup>216</sup>.

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

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

---

<sup>216</sup> Como expone COLOMER I MISSÉ, J., “La remunicipalización de la gestión de servicios municipales”, op. cit. p. 109, las razones que pueden justificar normalmente la reversión del servicio serían esencialmente las siguientes: vencimiento del contrato; reversión del servicio; resolución de mutuo acuerdo; expediente sancionador por infracciones en la prestación del servicio; renuncia al contrato.

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

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

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

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

Por otro lado, la Administración que recupere el servicio, por una u otra razón, deberá decidir si lo presta directamente o lo presta a través de una entidad dependiente de la misma que pueda considerarse medio propio y, en este sentido, si lo hace a través de una entidad de derecho público o de una sujeta al régimen privado<sup>217</sup>, específicamente y en lo que puede ser habitual en esta última opción, una sociedad mercantil de capital público.

En todos esos casos se deberá tener en cuenta el régimen jurídico aplicable y, claro, las limitaciones que puedan existir para la creación y mantenimiento de estas entidades, limitaciones que pueden ser considerables en atención a las normas de estabilidad presupuestaria y reajuste de las Administraciones Locales si no se garantiza una situación de equilibrio financiero de las mismas. Me remito a lo que a continuación expondré, pero dejo ya establecido que la opción, por ejemplo, por la gestión a través de una sociedad

---

<sup>217</sup> En el mismo sentido COLOMER I MISSÉ, J., “La remunicipalización de la gestión de servicios municipales”, op. cit. p. 110.

mercantil pública (también a través de una entidad pública empresarial o cualquier otra posibilidad) exige demostrar que es una fórmula más sostenible y eficiente, teniendo en cuenta criterios de rentabilidad y recuperación de las inversiones que se efectúen. Esto es esencial sobre todo en el ámbito local conforme a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, aunque lo mismo debe entenderse en general en relación con cualquier otra Administración.

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

Incluso en ese mismo ámbito local deberá tomarse en consideración si el servicio a recuperar es uno de los servicios propios que estas entidades han de prestar o no y, en este último caso, deberán considerarse las normas estatales y autonómicas que puedan autorizar o dificultar la prestación de un servicio no propio; especialmente estas dificultades para recuperar servicios no propios pueden ser intensas si la entidad está sujeta a un plan de ajuste o reequilibrio financiero. Deben tenerse, pues, bien presentes las limitaciones derivadas, por ejemplo, de la ya citada Ley 27/2013, especialmente en cuanto a las dificultades para que las Entidades Locales presten servicios que no les son propios o delegados si no está garantizada la sostenibilidad financiera o se produce duplicidad de servicios, debiendo tener en cuenta a este respecto que los servicios educativos, sanitarios y de servicios sociales se consideran, en principio, como no propios de estas entidades, aunque la situación se ha flexibilizado al respecto tras la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos y el ajuste interpretativo de otro de aquella ley<sup>218</sup>,

---

<sup>218</sup> STC de 3 de marzo de 2016, dictada en el Recurso de Inconstitucionalidad 1792/2014.

permitiendo así que las Entidades Locales puedan seguir prestando determinados servicios sanitarios, educativos y de asistencia y servicios sociales en atención a decisiones descentralizadoras adoptadas por las Comunidades Autónomas, lo que exige, pues, tomar en consideración al respecto la situación real y normativa de cada Comunidad Autónoma.

También debe tenerse en cuenta que si se opta por la gestión directa a través de la propia Administración o de otra entidad pública que se rija por normas de personal similares, deberán crearse en las plantillas las plazas en las que, en su caso, vaya a integrarse el personal asumido; esto plantea problemas de aprobación de la plantilla, de determinación del momento en el que debe realizarse –que en principio debería ser previo a la recuperación de la gestión–, de análisis de las limitaciones al respecto del crecimiento de la plantilla o al crecimiento del capítulo uno (retribuciones del personal) –aunque esta cuestión puede ser salvada pues las normas presupuestarias generalmente lo limitan pero en términos de homogeneidad de efectivos y aquí se rompe la homogeneidad al crearse nuevas plazas–, etc.

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

## 2.2. OPCIONES DE REVERSIÓN. ANÁLISIS DE LOS DOS TIPOS ESENCIALES DE ENTIDADES EMPRESARIALES PROMOVIDOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

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

O la misma se produce en los términos que se analizarán para las sociedades mercantiles de capital público, con la duda incluso de si cabe alguna de las fórmulas a la que aludiré, o la integración requerirá someterse a los procesos de contratación previstos para

el personal laboral de las Administraciones Públicas (artículo 61.7 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, EBEP) si es que quiere consolidarse como personal de la propia Administración al personal de la entidad privada que viniese prestando el servicio y ello, además, plantea el problema de las tasas de reposición establecidas en la legislación presupuestaria a las que se hará mención<sup>219</sup>.

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

No debe ser obstáculo a lo anterior que las plazas a cubrirse debieran ser ocupadas por funcionarios, pues eso conduciría a que en su día la convocatoria para la cobertura definitiva se deba hacer con esa naturaleza funcionarial, pero transitoriamente pueden ser ocupadas por personal laboral, como vía de conciliar las normas

---

<sup>219</sup> Esta es la opinión que ya sostuve en el trabajo que cité y es la que mayoritariamente sostiene la doctrina y como se verá también algunas sentencias. En la doctrina, por ejemplo, se rechaza la posibilidad de integración como fijos entendiendo que, en su caso procedería como indefinidos no fijos, DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n° 17, 2016, versión electrónica (smarteca), p. 4; NORES TORRES, L.E., “La reversión de contratos en el sector público y sus principales implicaciones laborales”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2016, versión electrónica EDB 2016/31303p. cit. p. 5 (versión electrónica); ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M<sup>a</sup>, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, op. cit. p. 17, versión electrónica.

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

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

administrativas y las laborales –que en este caso provienen incluso de exigencias del derecho de la Unión Europea–.

La posibilidad de integrar como funcionarios interinos en atención a la naturaleza funcionarial de las tareas a desarrollar podría ser aceptada voluntariamente por el trabajador, pero no parece que pueda ser impuesta pues la transformación de la naturaleza laboral de la relación que se mantenía, por otra funcionarial incluso con pérdida de la estabilidad laboral si el trabajador era fijo y pasa ahora a ser interino, no parece que pueda ser impuesta, especialmente cuando existen otras figuras –como el indefinido no fijo laboral que se ajustan mejor a la situación–<sup>220</sup>.

Esta vía de la gestión directa a través de la propia Administración no plantea especiales problemas una vez realizada, pero sí tiene muchos, por la rigidez de las normas de acceso al empleo público, para llevarse a la práctica y en consecuencia, no ofrece suficiente seguridad en cuanto a la garantía de continuidad para los trabajadores de la anterior entidad privada que venía gestionando el servicio.

Es más, cualquier decisión al respecto de una Administración estaría sujeta a la impugnación del acuerdo administrativo adoptado al respecto, que podría proceder incluso en la Administración Local de la Delegación del Gobierno-Abogacía del Estado o del órgano equivalente, lo que incrementa la inseguridad de esta solución y no la hace aconsejable en términos generales, al margen de algún supuesto concreto, incluso de ser decidida mediante ley autonómica, dicha ley podría, obviamente, ser objeto de impugnación por el Gobierno estatal, y si se adopta mediante disposición reglamentaria puede ser impugnada por ilegal.

Precisamente para solventar este problema, conviene tener presente que para la gestión de servicios de las Administraciones Públicas

---

<sup>220</sup> De hecho hay precedentes de sentencias que han anulado la integración forzosamente como funcionarios de personal laboral de otras entidades, especialmente ante la pérdida de la estabilidad y la reclamación de los mismos, como en el caso de las Cámaras de la Propiedad Urbana [STSJ Comunidad Valenciana (Contencioso-Administrativo) 19 de febrero de 1994; 14 de marzo de 1994 y 22 de abril de 1994, procedimientos –respectivamente– 1872/1991, 74/1993 y 1920/1991] o en el de la integración de las Escuelas Sociales en las Universidades Públicas [STS (Contencioso-Administrativo) 14 de mayo de 1992, rec. 1162/1990].

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

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

Efectivamente, esencialmente caben dos posibilidades de gestión empresarial claramente diferenciadas: entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles controladas por el sector público –.

Dejo fuera del análisis las sociedades mixtas que no si no pueden ser calificadas de públicas por no ajustarse a los criterios para ello, hacen más fácil la operación y permitirían evitar muchos de los problemas, incluso de gestión técnica del servicio –sin plantear problemas de asumir al personal–, que pasaría así de una entidad privada a otra (aunque está última con participación pública), con aplicación plena de las reglas sobre sucesión de empresa laborales.

Las otras dos fórmulas (empresas públicas y sociedades mercantiles públicas) cuentan con regulación específica en la normativa general del Estado y pueden ser utilizadas por las Comunidades Autónomas –que incluso pueden contar con regulación al respecto en sus Estatutos de Autonomía y, más normalmente, en su propia legislación autonómica– y por las Corporaciones Locales.

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

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

Puede verse que en estas entidades hay cierta aplicación del derecho privado e incluso ese es el aplicable al personal laboral propio (art. 106.1 Ley 40/2015), aunque también puede existir personal

funcionario procedente de las respectivas Administraciones Públicas. Pese a esa aplicación de ciertos aspectos del derecho privado predomina en otros numerosos aspectos la aplicación del régimen jurídico-público de los restantes organismos públicos.

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

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

Centrándome, pues, en los supuestos de control de la sociedad mercantil por la Administración, por lo que hace al ámbito estatal la Ley 40/2015 contempla en ese ámbito a estas sociedades como parte integrante del sector público (art. 84.1.c), regulándolas en los arts. 111 y siguientes.

En concreto el art. 113 en cuanto a su régimen jurídico establece que las sociedades mercantiles estatales se rigen por la indicada ley, por la Ley 33/2003 y por el ordenamiento jurídico privado salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico- financiero y de contratación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. LOS PROBLEMAS LABORALES. LA SITUACIÓN DE LA PLANTILLA Y LA SUBROGACIÓN EN SUS CONTRATOS

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

Me limitaré, pues, a una aproximación a esos problemas laborales aportando opiniones susceptibles de debate que, ciertamente, en algún caso suscitan problemas interpretativos y, sin duda, aplicativos<sup>221</sup>.

El conjunto de problemas laborales que van a plantearse se reduce, lo que no es poco, a determinar la situación en la que quedan los trabajadores de las entidades privadas que habían venido prestando el servicio hasta su recuperación por la Administración, lo que en realidad suscita tres cuestiones que abordaré sucesivamente: la posibilidad de subrogarse en la plantilla; la estabilidad de la relación con la que en su caso se produciría la integración –fijos, temporales, indefinidos–; y, finalmente, las condiciones de empleo con la que dicha integración se produciría –retribuciones, convenio, etc.–.

Para analizar estos problemas el primero, la posible subrogación en la plantilla de la entidad privada que venía prestando el servicio,

<sup>221</sup> Ya he citado trabajos, además del mío, que abordan estos problemas como, especialmente, los de ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PEREZ-BEDMAR, M<sup>a</sup>., “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, op. cit.; el de CASTILLO BLANCO, F.A., “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”; el de DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos”, op. cit.; y el de NORES TORRES, L.E., “La reversión de contratos en el sector público y sus principales implicaciones laborales”; a ellos puede añadirse algún otro como el de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales”, en *Seminari sobre Relacions Col·lectives, Federació de Municipis de Catalunya*, 2016, pp. 137 a 179, disponible en versión electrónica en <http://doczz.es/doc/716900/src-a4-2015.indd---formaci%C3%B3-fmc>

A todos ellos hago remisión.

obliga a analizar las soluciones judiciales en materia de sucesión de empresa en estos especiales supuestos.

### 3.1. LA DOCTRINA GENERAL EN MATERIA DE SUCESIÓN DE CONTRATAS O CONCESIONES

Si tuviésemos que dar una respuesta estrictamente laboral a la cuestión acerca de la subrogación en la plantilla, la misma dependería de que existiese o no un supuesto que pudiera encajarse en el concepto de transmisión –y por tanto sucesión– de empresa establecido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuyo Texto Refundido vigente, se aprobó por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, concepto matizado por la jurisprudencia comunitaria que, en aplicación de las normas de ese ámbito, admitió la existencia de obligaciones subrogatorias en algunos supuestos de mera sucesión de actividad en empresas cuya estructura estuviese basada fundamentalmente en la mano de obra y de cumplirse ciertas circunstancias<sup>222</sup>.

De poderse incardinar el supuesto en ese concepto ampliado de sucesión de empresa, en esa perspectiva estrictamente laboral, la Administración debería dar cumplimiento a las previsiones subrogatorias del art. 44 ET, previsión que no parece objetable pues incluso

---

<sup>222</sup> Algunos de los trabajos a los que he remitido analizan con mayor extensión este supuesto de la sucesión de plantilla, pero el mismo es complejo de articular en las Administraciones Públicas, como fuente de la obligación subrogatoria en estos supuestos, pues conlleva una petición de principio; se sostiene la existencia de esa obligación como consecuencia de la integración de la plantilla, pero precisamente eso es lo cuestionable ¿por qué integra la Administración la plantilla?

Podría ser incluso un supuesto de fraude de ley para buscar así generar el nacimiento de una obligación que no existe realmente, además de que posiblemente entraría en colisión con las normas vigentes en cada Administración en materia de acceso al empleo público.

No obstante es cierto que, como cabría que jugase el supuesto ante contrataciones temporales de buena parte de la plantilla no se puede excluir totalmente, pero me parece de aplicación muy residual pues también en esos supuestos es muy posible que las contrataciones laborales temporales fuesen contrarias a las normas vigentes en la concreta Administración en la materia, generalmente sujetas a convocatorias públicas, bolsas de trabajo y otras fórmulas similares que en el caso se habrían obviado y contravenido. Solo cuando las contrataciones temporales se hubiesen ajustado a las normas aplicables podría existir algún supuesto de sucesión de plantilla que sirviese de fuente originaria de la obligación subrogatoria y eso me parece que será un supuesto, como avancé, ciertamente difícil y residual.

en leyes que han contemplados procesos de reestructuración de las administraciones se ha entendido como claramente aplicable, aunque lógicamente en relación con las propias entidades dependientes de las administraciones afectadas por esos procesos, lo que no impide la conclusión general al respecto.

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

Si en el ámbito de transmisión entre entidades públicas se ha acudido al artículo 44 ET, pese a que en ese ámbito los Estados podrían cuestionarse la aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad<sup>223</sup>, no parece que la aplicación de la misma y del artículo 44 ET deba cuestionarse en las transmisiones de empresa en las que la Administración Pública se hace cargo de un servicio propio prestado previamente por una entidad privada.

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

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

---

<sup>223</sup> El artículo 1.1.c) de la misma establece literalmente: “La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva”.

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

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

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

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

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

En términos generales la doctrina del Tribunal Supremo al respecto<sup>224</sup>, viene a señalar lo siguiente:

---

<sup>224</sup> Por todas STS 21 de abril de 2015, rec. 91/2014, STS 19 de mayo de 2015, rec. 358/2014, STS 9 de febrero de 2016, rec. 400/2014 y STS 16 de junio de 2016, rec. 2390/2014.

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

En consecuencia propiamente no cabe hablar de sucesión o transmisión de contratas pues lo que se produce es la finalización de una y el comienzo de otra distinta.

Lo anterior excluye la aplicación de las reglas sobre sucesión reguladas en el referido art. 44 ET.

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

3º) Por la misma razón, cuando lo que se produce es que una empresa –o en su caso una entidad o administración– decide prestar por sí misma, la actividad o servicio que antes se gestionaba mediante sucesivas contratas, sin hacerse cargo del personal que venía desarrollando esa actividad, no resulta aplicable el artículo 44 ET ni las previsiones de la Directiva 2001/23, de tal forma que

---

En la doctrina de suplicación se entiende igualmente que la mera recuperación del servicio para prestarlo con medios y personal propios o de nueva contratación, no constituiría transmisión de empresa ni obligaría a asumir la plantilla de la entidad privada que previamente lo viniese prestando. Por todas, por ejemplo, STSJ Castilla-La Mancha 2 de julio de 2014, rec. 386/2014, o STSJ Andalucía/Granada 7 de mayo de 2014, rec. 603/2014, o por citar alguna más, entre las muchas que existen en igual sentido, STSJ Madrid 2 de junio de 2014, rec. 102/2014 y STSJ Andalucía/Sevilla 14 de enero de 2016, rec. 76/2015. Lo mismo lógicamente se resuelve como puede verse en algunas de esas sentencias si no hay continuidad en la prestación del servicio aunque las instalaciones reviertan a la entidad pública, específicamente así lo resuelven SSTSJ País Vasco 2 de febrero de 2016 y 12 de abril de 2016, rec. 68/2016 y 567/2016, respectivamente.

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

los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal. Lógicamente estos trabajadores pueden ser recolocados por su empleador, pero continúan siendo plantilla del mismo y a él le corresponde decidir sobre su continuidad y asumir los costes y obligaciones en uno u otro sentido. En todo caso al respecto se hará posteriormente algún matiz que desvirtúa una conclusión tan categórica y general como la expuesta.

4º) Lo anterior no impide que se entienda que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, sí que conlleva la aplicación del artículo 44 ET<sup>225</sup>. Solución lógica pues lo determinante es que se transmite el conjunto de la unidad organizativa, cosa que en este supuesto ocurre.

5º) En todo caso la obligación subrogatoria no podrá derivar en esta situación (recuperación del servicio por la propia Administración) de la norma sectorial pactada entre empresarios y representantes de los trabajadores del sector privado que no parece pensada, pues, para el supuesto comentado, ni vinculante para unas Administraciones Públicas no representadas en esa negociación y que no se dedican, propiamente, a la actividad cubierta por la norma sectorial.

---

<sup>225</sup> Por ejemplo STS 30 de mayo de 2011, rec. 2192/2010, servicio municipal de retirada de vehículos o STS 26 de enero de 2012, rec. 917/2011 en un servicio público asistencial.

La doctrina judicial sigue igual criterio, incluso con sentencias interesantes, como STSJ Andalucía/Granada, 2 de julio de 2015, rec. 1019/2015, que analiza el caso de una reversión del servicio pero asumiendo los medios materiales, destacando la sentencia que no solo los aportados por la entidad pública y parte de la plantilla, por lo que se ha producido una auténtica transmisión de empresa en los términos del art. 44 ET. O, también, y con amplio estudio de la jurisprudencia y casuística al respecto al que hago expresa remisión, STSJ Islas Canarias/Las Palmas 31 de marzo de 2015, rec. 706/2014. En parecidos términos STSJ Islas Canarias/Las Palmas 30 de junio de 2014, rec. 319/2014, con recuperación del servicio, de los medios cedidos para su realización y de una parte de la plantilla correspondiente a una de las actividades del servicio, pero no del resto correspondiente a otras actividades. Igualmente, entre otras muchas, aludiendo a la recuperación de los medios materiales SSTJ Castilla-La Mancha 19 de septiembre de 2013, rec. 641/2013 y 6 de febrero de 2014, rec. 547/2013, en relación con la recuperación de determinados servicios educativos.

Esta tesis es cuestionable en algunos casos cuando el convenio se ha negociado con una entidad empresarial en la que están presentes las empresas públicas y la cláusula subrogatoria las incluye; es también incluso cuestionable por las soluciones que en otros ámbitos se han dado a empresas ajenas al convenio con cláusula subrogatoria como a los centros especiales de empleo –a los que sí se ha considerado vinculados, no al convenio en su totalidad, pero sí a la cláusula subrogatoria–, pero ciertamente está muy consolidada en la interpretación jurisprudencial.

Con mucha mayor razón tampoco podría imponerse la obligación subrogatoria en atención a una cláusula del convenio de la empresa que cesa, cláusula que no vincula a terceros y que, desde luego, no despliega efectos frente a la Administración Pública.

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

En todo caso esta doctrina, como avancé, debe ser matizada; por un lado porque, como se ha visto, tampoco implica, como se desprende de la misma, que la recuperación del servicio no pueda ser una transmisión de empresa, pero la hace depender de que exista una real transmisión de elementos patrimoniales, sin que fuese suficiente al respecto, como regla general, los propios aportados por la Administración, salvo que fuesen todos los utilizados o muy relevantes y se hubiese cedido plenamente el derecho de uso al contratista recuperándose posteriormente o existiese un compromiso de que era la propia Administración la que dotaba los medios materiales, tesis que ciertamente puede defenderse pues en esos casos seguramente podría sostenerse que sí que existe una auténtica transmisión de una unidad productiva autónoma, que es lo que determina la aplicación de las reglas sobre transmisión de empresa contenidas en el artículo 44 ET<sup>226</sup> y que ha sido confirmada por el Tribunal de

---

<sup>226</sup> No son infrecuentes las soluciones judiciales que han admitido la aplicación del artículo 44 ET aunque la transmisión de elementos patrimoniales consistía en

Justicia de la Unión Europea en un supuesto que afecta a ADIF y a efectos de considerar plenamente aplicable en esos casos la obligación de subrogación que deriva de la Directiva 2001/23/CE<sup>227</sup>.

Esta diferencia derivada de la transmisión o no de elementos patrimoniales, materiales e inmateriales, es un aspecto esencial que se aprecia en otras resoluciones, como en algún Auto del Tribunal Supremo<sup>228</sup> que considera que no existe contradicción entre dos sentencias porque en una se contempla un supuesto en el que la Administración decide la subrogación y además recibe elementos patrimoniales, pero no así en el otro.

Por otro lado, la afirmación del art. 301 TRLCSP no puede, ni impedir la aplicación del art. 44 ET, que deviene imperativa en atención a las normas comunitarias europeas cuya interpretación siempre ha considerado que la Administración Pública no queda eximida de las obligaciones en materia de sucesión de empresas<sup>229</sup>, ni tampoco debe entenderse como una prohibición absoluta de que la Administración asuma el personal aunque con ciertos condicionantes.

---

la recuperación de los puestos a disposición por la propia Administración. En este sentido, por ejemplo, las ya citadas STSJ Islas Canarias/Las Palmas 31 de marzo de 2015, rec. 706/2014, que analiza la recuperación de las instalaciones deportivas cedidas que eran de titularidad pública; STSJ Islas Canarias/Las Palmas 30 de junio de 2014, rec. 319/2014, con recuperación de los medios cedidos para el servicio de salvamento, rescate y vigilancia del litoral; y, entre otras, SSTJ Castilla-La Mancha 19 de septiembre de 2013, rec. 641/2013 y 6 de febrero de 2014, rec. 547/2013, en relación con la recuperación de determinados servicios educativos y de los medios materiales para los mismos que la entidad pública se había comprometido a aportar o STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de septiembre de 2016, rec. 1280/2015, sobre recuperación de un complejo de ocio y deportivo. Muy interesante la STSJ País Vasco 22 de marzo de 2016, Proceso en instancia nº 39/2014 que considera suficiente que la reversión del servicio conlleve la vuelta a la entidad pública de las instalaciones de tratamiento de aguas –que eran de su propiedad y de las que disponía el concesionario para la realización del indicado servicio– para entender que el supuesto queda dentro del art. 44 ET, aunque la entidad pública no recibiese los restantes medios materiales propiedad del concesionario que eran de valor limitado y accesorios a las instalaciones.

<sup>227</sup> STJUE 26 de noviembre de 2015, C-509/14, asunto ADIF.

<sup>228</sup> ATS de 11 de junio de 2015, rec. 1418/2014.

<sup>229</sup> Por todas, por ejemplo, STJCE 26 de septiembre de 2000, C-175/99, asunto Mayeur; STJUE 29/07/2010, C-151/09, asunto UGT/FSP. Aunque también se ha entendido que dicha Directiva no se aplica al supuesto en el que una entidad pública se limita a finalizar una contrata y pasa a prestar directamente el servicio con personal propio o contratado, sin transmisión de elementos patrimoniales, coincidiendo así con la solución de la jurisprudencia española. Al respecto STJUE 20 de enero de 2011, C-463/09, asunto CLECE.

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

Al respecto debe tenerse en cuenta, igualmente, que la más reciente doctrina del Tribunal Supremo admite que los Acuerdos sobre condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas impongan a las mismas la obligación de establecer cláusulas subrogatorias en los pliegos de cláusulas particulares y de condiciones técnicas de los contratos administrativos para la adjudicación de servicios públicos<sup>230</sup>, cláusulas que sin ese apoyo o una obligación legal o convencional de subrogación son muy cuestionables, como se aprecia igualmente en las soluciones jurisprudenciales<sup>231</sup>.

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

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

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

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

<sup>230</sup> STS (Contencioso-Administrativo) 30 de abril de 2014, rec. 1416/2013.

<sup>231</sup> Por todas STS (Contencioso-Administrativo) 16 de marzo de 2015, rec. 1009/2014.

- O exista una obligación impuesta por alguna norma legal específica –como las que se vieron–.
- O exista una obligación asumida en virtud de algún acuerdo regulador de condiciones, general o adoptado específicamente en atención a la recuperación del servicio de que se trate.

### 3.2. EL PROBLEMA ADICIONAL DE LA CONSOLIDACIÓN DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS Y ALGUNA POSIBLE SOLUCIÓN

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

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

Podríamos señalar así que en estas entidades la integración podría hacerse sin consolidar la condición de empleado fijo<sup>232</sup>; por ello, si

---

<sup>232</sup> Aunque cabe la posibilidad de sostener una interpretación interesante, sobre la que volveré, que hace alguna sentencia, como STSJ Islas Canarias/Las Palmas 30 de junio de 2014, rec. 319/2014, que, analizando la cuestión expone literalmente que no hay ningún problema para la admisión del personal como fijo aunque “... la integración de los trabajadores en la plantilla se produjera sin haber superado

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

Si el personal a integrar es fijo, no procedería su integración con esa condición y aparentemente tendría que ser considerado como indefinido no fijo, precisamente en alguna sentencia que ha resuelto sobre la impugnación de un proceso de reversión, ese ha sido un argumento esencial para la admisión de la legalidad del mismo, entendiendo que el personal al ser indefinido no fijo no había consolidado una plaza en el sector público al margen de los principios aplicables en esa posible consolidación que jugarían, en su caso, ante plazas fijas<sup>233</sup>.

Ciertamente la figura del trabajador indefinido no fijo no es absolutamente estable, aunque realmente la inestabilidad es menor de lo que parece porque sus puestos de trabajo solo podrían amortizarse en los mismos supuestos que sí hubiesen seguido en una empresa privada, esto es, al amparo de las previsiones de los artículos 51 o 52 c) ET; aunque, eso sí, estos trabajadores podrían cesar en su relación laboral si se convocan las plazas y no las obtienen, con el único derecho, en atención a su condición de indefinidos no fijos,

---

*el correspondiente proceso selectivo, ya que la subrogación no comporta el ingreso ex novo como personal laboral de la Administración, sino la pervivencia del inicial vínculo jurídico con la concesionaria con la novación subjetiva en la persona del empresario que comporta la sucesión legal ex Art. 44 ET...".* En alguna otra sentencia como la citada STSJ Castilla y León/Burgos 22 de junio de 2016, rec. 360/2016 se matiza lo anterior pero coincidiendo en que la obligación de subrogación existe si bien eso no significa que los empleados pasen a ser personal de plantilla fija de la Administración. Se diferencia así entre unos empleados cuyo empleador habría pasado a ser la Administración por obligación subrogatoria pero que se mantendrían diferenciados sin formar parte propiamente de la plantilla del organismo en cuestión. Como se verá posteriormente abundaré en esta posibilidad.

<sup>233</sup> Puede verse SJ (Contencioso-Administrativo) Número Uno de Alicante, 31 de marzo de 2016, Procedimiento 329/2014, Ayuntamiento de Aspe.

del percibo de la indemnización prevista para los contratos temporales<sup>234</sup>.

Es una solución, pues, que será de difícil aceptación sindical, salvo que se ofrezcan garantías adicionales de consolidación en los términos que legalmente sean posibles.

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

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

En atención a lo anterior puede concluirse que, seguramente, en las mismas no existe de forma tan clara el obstáculo que condujo a la creación del concepto de trabajador indefinido pero no fijo y, por ello, no existe obstáculo a la fijeza absoluta en dichas sociedades, como confirma, aunque a otros efectos, la doctrina del Tribunal Supremo<sup>235</sup>.

De todas maneras conviene tomar esta idea con precaución por cuanto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se estableció en otro tipo de litigios y por ello no es seguro que se mantenga en situaciones de integración plena de la plantilla como la que aquí se produciría.

<sup>234</sup> Al respecto, STS 4 de febrero de 2016, rec. 2638/2014.

<sup>235</sup> SSTS 18 de septiembre de 2014, rec. 2320 y 2323/2013 –son dos sentencias distintas–.

Existe, pues más margen, pero en la actual situación nadie podría garantizar absoluta seguridad y eso hace poco aconsejable apostar por una fórmula –la integración como fijos– que además sería casi seguro objeto de impugnación.

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

En lo que afecta a las sociedades mercantiles se amplía la tasa de reposición al 60% e incluso al 100% si obtuvieron beneficios en dos de los tres últimos ejercicios, pero, como se aprecia, la tasa de reposición sigue suponiendo un obstáculo a la ampliación de plantillas, permitiendo tan solo en general, y eso en el mejor de los casos, una reposición total de las bajas producidas, pero no el crecimiento de plantilla, pues además, en general está prohibida la contratación de nuevo personal salvo en esos supuestos expresamente autorizados, lo que afectaría incluso a una hipotética nueva sociedad que se crease.

Baste comprobar que la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> citada, cuando alude a las sociedades mercantiles públicas solo permite (número uno de la citada disposición) la contratación de personal en los términos previstos en la misma y estos son, solamente la tasa de reposición o excepcionalmente contratación temporal muy limitada. Expresamente se señala que se exceptúan de esas limitaciones la contratación de personal con una relación preexistente pero exigiendo que la misma existiese en el sector público en el que esté

incluida la propia sociedad mercantil, excluyéndose así en sentido contrario que la limitación no juegue en las contrataciones de personal con relación laboral preexistente fuera del sector público –como sería el caso del personal procedente de entidades privadas–.

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

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

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

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

En mi opinión puede haber una vía, pero con mucha inseguridad lo que tampoco la hace absolutamente aconsejable.

Esta vía sería aplicable a las sociedades mercantiles públicas pero también podría aplicarse a otras entidades públicas e incluso a la reversión a la propia Administración.

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

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

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

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

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

Esta sería la vía posible y si a la misma se anuda un acuerdo regulador que garantice que, si ese servicio vuelve a ser objeto de contratación externa, en el pliego de condiciones se incorporará una cláusula subrogatoria y el personal afectado deberá estar a la misma, es claro

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

Es posible que quepan otras vías más audaces o que resulten más satisfactorias para los empleados afectados, pero esta vía de integración es la que me parece que llega lo más lejos posible y aún así es altamente insegura pese a que coordina bien las normas laborales y las administrativas y sirve perfectamente a los intereses públicos si se respetan los aspectos no laborales antes mencionados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a ser gestionado por otra, en cuyo caso, en principio, no existen los mismos problemas que se han expuesto para la aplicación de la cláusula subrogatoria y ya se citaron los precedentes de reorganización en diferentes administraciones en los que esas cláusulas subrogatorias, derivadas de algún modo del art. 44 ET, han operado y en algunos casos incluso con remisión expresa al citado precepto e incluso la inaplicación en esos supuestos de las limitaciones derivadas de las tasas de reposición.

En resumen, pues, podríamos contemplar estos escenarios:

- Un cambio legal que eliminase los obstáculos actualmente presentes, bien en general, bien en cuanto al incremento de plantillas, o bien legalizando la posibilidad de subrogación.
- Una aplicación de las reglas sucesorias laborales en los casos en los que las mismas resultasen aplicables por existir claramente el supuesto de transmisión de empresas del art. 44 ET, aunque con los problemas para que ello condujese a empleo estrictamente fijo, pues seguramente la conclusión sería la integración del personal en condición de indefinidos no fijos, solución no plenamente satisfactoria, aunque con la posibilidad posterior de acceso en condiciones regulares al empleo público a través de los procedimientos reglados que pudieran resultar aplicables.
- Una situación especial, de gestión diferenciada de plantillas, entendiendo que el personal subrogado no es propiamente en sentido formal empleado del organismo del sector público, sino personal vinculado a un servicio concreto y en condiciones de a extinguir, en los términos ya mencionados.
- Cualquier otra solución que pudiera establecerse consensuadamente y que resultase ajustada al marco legal aunque, hoy por hoy, no aparece con claridad, al menos en mi opinión.

### 3.3. LAS CONDICIONES LABORALES DEL PERSONAL AFECTADO POR LA SUBROGACIÓN

El último problema que quedaba por analizar es el de las condiciones de empleo, retribuciones y demás de los empleados afectados por estas situaciones.

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

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

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

En todo caso la naturaleza de este personal sería siempre la de personal laboral y, por tanto, se regirían en términos generales por la legislación laboral y, de trabajar para entidades sujetas al EBEP, también por las disposiciones del EBEP que específicamente les pudieran resultar aplicables (art. 7 EBEP), al menos hasta que, en su caso, consolidasen plaza de funcionario de superar las convocatorias que al respecto debieran producirse en su día.

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

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

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

Exactamente lo mismo habría que decir, para los supuestos en los que no resulte aplicable el artículo 32.2 EBEP, de la posibilidad de inaplicación de los convenios colectivos prevista en el artículo 82.3 ET concurriendo causa legal y siguiendo el procedimiento adecuado.

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

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

Dicho todo lo anterior, queda volver al inicio.

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

Si lo anterior no está garantizado o no ofrece una seguridad jurídica suficiente (que difícilmente será absoluta sin cambios legislativos), lo más aconsejable es pensar con mucha calma si se emprende una vía que puede fracasar, producir conflictividad laboral, y no ofrecer los resultados deseados.

Explorar otras alternativas puede ser en ese caso una mejor opción para el gestor público en la búsqueda de la conciliación de los intereses públicos y privados –especialmente los de los ciudadanos destinatarios del servicio y los de los trabajadores afectados–, conciliación de intereses que debe presidir cualquier solución que se adopte.

De optarse finalmente por la reversión de la gestión, habrá que reconocer que el marco legislativo no es el más adecuado y por ello analizarlo convenientemente para buscar la solución que, ajustándose al mismo, mayores garantías de seguridad jurídica ofrezca.

Una reversión fallida, por ejemplo como consecuencia de una impugnación judicial, puede producir notables perjuicios al personal afectado y a las finanzas públicas y por ello, hasta que se produzcan cambios legislativos, conviene ser cauto en las fórmulas a utilizar, pese a que ciertamente no debería ser imposible una reversión de la gestión con posibilidades de integración de la plantilla, posiblemente sin una absoluta estabilidad, pero buscando las mayores garantías posibles que, sin duda, serán diferentes en cada caso pues las situaciones que pueden plantearse son innumerables y dependen en bastantes casos, posiblemente en todos, de condicionantes que en parte son extrajurídicos.