

LIMITACIÓN Á INCORPORACIÓN DE PERSOAL LABORAL NO SECTOR PÚBLICO. REGLAS DE SUBROGACIÓN E EMPREGO PÚBLICO

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Dereito do Traballo e da Seguridade Social

Universidade de Cantabria

lourdes.lopez@unican.es

RESUMO

A Lei de Presupostos Xerais incluíu unha limitación que afecta aos traballadores daquelas contratas ou concesións que finalizan a súa vixencia ou son rescindidas pola Administración. Nos actuais procesos de reversión, esta norma ten unha incidencia directa toda vez que podería significar a limitación -mesmo prohibición- destas decisións. Non obstante, a lei admite a aplicación das garantías laborais derivadas da sucesión de empresa. Esta análise propón as claves para interpretar unha norma aparentemente contraditoria, mesmo coa posibilidade de que cre unha nova figura, a do traballador non empregado público.

Palabras clave: Reversión, subrogación, garantías laborais, empregado público, limitación á contratación

ABSTRACT

The annual General Budget Law has included a limitation that affects the workers of those contracts or concessions who finish his force or are rescinded by the Administration. In the current reversion processes, this rule has a direct impact since it could mean limiting - even prohibition - these decisions. However, the law admits the application of the labor guarantees derived from the company succession. This analysis raises the keys to interpret a seemingly

contradictory norm, even with the possibility of creating a new figure, that of the worker not public employee.

Keywords: Reversion of services, subrogation, labor guarantees, public employee, hiring 's limitations.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. A LEI DE PRESUPOSTOS XERAIS DO ESTADO PARA 2017 E O SEU NOVO RÉXIME XURÍDICO LABORAL NO SECTOR PÚBLICO. 2. PRIVATIZACIÓN E REVERSIÓN DE ACTIVIDADES E SERVIZOS DA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPAIS EFECTOS LABORAIS. 2.1. A polémica aplicación das normas de sucesión de empresas na sucesión de contratas. 2.1.1. A insistencia europea en aplicar as garantías laborais cando a actividade continúa. 2.1.2. Sucesión de cadros de persoal e transmisión de servizos, non só de empresas. 2.2. Os diferentes tipos de subrogación segundo a orixe normativa, convencional ou contractual desta. 2.3. A redución do volume de contratación dunha contrata á seguinte: o recurso ao despedimento obxectivo. 3. REVERSIÓN DE ACTIVIDADE OU SERVIZO Á XESTIÓN DIRECTA DA ADMINISTRACIÓN. 3.1. Inexistencia de sucesión de empresa cando o servizo contratado reverte a empresa principal cos seus propios medios e persoal. 3.2. Inaplicación da subrogación convencional por entender que a Administración non é parte do Convenio sectorial. 3.3 A aparente contradición entre aplicar as normas da subrogación empresarial e impedir a incorporación do persoal subrogado ao cadro de persoal da empresa entrante. 3.3.1. A prohibición de incorporar e consolidar no sector público os traballadores dos contratistas ou dos concesionarios. 3.3.2. Sobre a capacidade para contratar traballadores das sociedades mercantís públicas e as entidades públicas empresariais. 3.3.3. O mantemento das regras derivadas da subrogación empresarial. 3.3.4. A aparente contradición entre aplicar as normas da subrogación empresarial e impedir a incorporación do persoal subrogado. 3.3.4.1. *Solucións xa ensaiadas: a condición de "persoal a extinguir".* 3.3.4.2. *A incorporación a sociedades públicas mercantís para facilitar*

a subrogación. 3.3.4.3. A aparición dunha nova figura, a do traballador subrogado non empregado público.

1. INTRODUCCIÓN. A LEI DE PRESUPOSTOS XERAIS DO ESTADO PARA 2017 E O SEU NOVO RÉXIME XURÍDICO LABORAL NO SECTOR PÚBLICO

A Lei de Presupostos Xerais do Estado para 2017 (Lei 30/17, 27 xuñ., BOE, 28, en diante, LPXE/17) intenta exercer certa contención sobre algúns dos efectos das novas tendencias de contratación e xestión dos servizos públicos, sen advertir que a regulación introducida non está exenta de dificultades aplicativas que ben puideran xerar máis problemas que solucións.

En concreto, son tres as disposicións susceptibles de análise neste estudo. En primeiro lugar, a DA 15ª LPXE/17 que recolle o réxime de contratación de persoal das sociedades mercantís públicas e as entidades públicas empresariais. En virtude desta, estas sociedades e/ou entidades poderán proceder á contratación de novo persoal pero con limitacións. Estas últimas non serán de aplicación cando se trate de contratación de persoal, funcionario ou laboral, cunha relación preexistente de carácter fixa e indefinida no sector público estatal, autonómico ou local no que, respectivamente, estea incluída a correspondente entidade pública empresarial ou sociedade mercantil. Os contratos celebrados xerarán dereito a seguir percibindo, dende a data da súa celebración, o complemento de antigüidade na mesma contía que se viñese percibindo no departamento ministerial, organismo público, sociedade, fundación ou consorcio de procedencia.

En segundo termo, merece especial consideración a DA 26ª LPXE/17 sobre a limitación á incorporación de persoal laboral ao sector público. E así, e con efectos dende a entrada en vigor desta Lei e vixencia indefinida as Administracións Públicas do art.º 2 de Lei do Estatuto Básico do Empregado Público (en diante, EBEP), non poderán considerar como empregados públicos do seu

artigo 8, nin poderán incorporar na devandita condición nunha Administración Pública ou nunha entidade de dereito público: a) aos traballadores dos contratistas de concesións de obras ou de servizos públicos ou de calquera outro contrato adxudicado polas Administracións Públicas previstas no art.º 2.3 da Lei 40/15, 1 out., BOE, 2 de Réxime Xurídico do Sector Público, cando os contratos se extingan polo seu cumprimento, por resolución, incluído o rescate, ou se se adopta o secuestro ou intervención do servizo conforme á lexislación de contratos do sector público que resultase aplicable aos mesmos; e b) ao persoal laboral que preste servizos en sociedades mercantís públicas, fundacións do sector público, consorcios, en persoas xurídicas societarias ou fundacionais que vaian integrarse nunha Administración Pública. Non obstante, a norma indica que a todos estes traballadores lle serán de aplicación as previsións sobre sucesión de empresas contidas na normativa laboral.

E, finalmente, a DA 34ª LPXE/17 na que se establece a esixencia de responsabilidades nas Administracións Públicas e entidades dependentes destas pola utilización da contratación laboral. Neste sentido, os contratos de traballo de persoal laboral nas Administracións Públicas e no seu sector público, calquera que sexa a duración destes, deberán formalizarse seguindo as prescricións e nos termos establecidos no Estatuto dos Traballadores e demais normativa reguladora da contratación laboral, así como de acordo coas previsións da correspondente Lei de presupostos xerais do Estado, séndolles de aplicación os principios de igualdade, publicidade, mérito e capacidade no acceso ao emprego público, e debendo respectar en todo caso o disposto na Lei 53/84, do 26 de decembro, BOE, 4 xan.85 de incompatibilidades do persoal ao servizo das Administracións Públicas, e calquera outra normativa en materia de incompatibilidades.

A crecente tendencia a privatizar a xestión de servizos públicos, descentralizando a xestión directa destes a través de empresas privadas (bibliotecas, augas, hospitais, limpeza, etc.) observou, nos últimos tempos e como

consecuencia da distinta tendencia política de gobernos municipais e/ou autonómicos, unha sensible conversión, propiciando a reversión dos devanditos servizos ao ámbito público¹. Do mesmo modo que o futuro dos traballadores que desempeñaban as tarefas logo privatizadas parecía difícil, o daqueles traballadores que exercían os labores agora revertidos tampouco parece doado. As empresas privadas adxudicatarias de contratos públicos que finalizan poden observar que ou ben a Administración decide licitar de novo o servizo ou ben pasa a asumir directamente a xestión deste. A converxencia de normas administrativas e laborais resulta inevitable, como tamén, en ocasións, as dificultades aplicativas.

Procede, pois, considerar o alcance desta reforma, sen descoñecer cales foron as liñas de evolución máis próximas en canto aos efectos laborais da subcontratación no ámbito público, en particular a aplicación das regras de subrogación empresarial en materia de contratas e/ou concesións.

2. PRIVATIZACIÓN E REVERSIÓN DE ACTIVIDADES E SERVIZOS DA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPAIS EFECTOS LABORAIS

2.1. A POLÉMICA APLICACIÓN DAS NORMAS DE SUCESIÓN DE EMPRESAS NA SUCESIÓN DE CONTRATAS

2.1.1. A insistencia europea en aplicar as garantías laborais cando a actividade continúa

En principio, o art.º 44 do Estatuto dos Traballadores (en diante, LET) prevé a súa aplicación para todo suposto de subrogación empresarial ou transmisión de empresas, tamén cando a empregadora ten natureza pública. Sabendo que o devandito precepto traspón a Directiva 2001/23, 12 mar., DOUE, 22 mar. sobre o mantemento dos dereitos dos traballadores en caso de traspaso de empresas e posto que o art.º 1.1.c) da devandita norma dispón que a Directiva

¹ Véxase, por todos, ALFONSO MELLADO, C., "La reversión a la gestión directa de servicios públicos. Problemas laborales", *El Cronista*, Iustel, 2017, pp.22-25

resulta de aplicación *"a empresas tanto públicas como privadas que exerzan unha actividade económica, con ou sen ánimo de lucro,"* a aplicación da norma laboral resulta ineludible ⁽²⁾.

Pero, para que se apliquen as garantías laborais da subrogación do art.º 44 LET, debe existir unha transmisión de empresas nos termos previstos na norma. Na prestación de servizos -xa sexa servizos ou actividades propias que a Administración descentraliza ou xa se trate da xestión de servizos públicos-, o cumprimento dos requisitos propios da transmisión empresarial poden non apreciarse con nitidez. Así, o Estatuto dos Traballadores alude á necesidade de transmitir unha entidade económica que manteña a súa identidade, entendida como un conxunto de medios organizados co fin de levar a cabo unha actividade económica, esencial ou accesoria. Como queira que cando a Administración ou as empresas do sector público descentralizan a súa actividade a unha empresa privada ou, á inversa, cando esta última debe reverter o servizo a aquelas, o que adoita transmitirse é persoal e non tanto elementos materiais, a aplicación do art.º 44 LET no ámbito público non resulta de todo pacífica.

E así inicialmente, mentres que o Tribunal Supremo adoitaba esixir a transmisión de elementos materiais, dunha infraestrutura necesaria para a realización da actividade,

² Algunhas das reflexións aquí manifestadas foron anticipadas noutras análises previas, tales como "Adjudicación de contrata pública como consecuencia de la fusión de dos contratas de mantenimiento anterior. Despido (objetivo), extinción (por condición resolutoria) o terminación (por finalización de obra o servizo) del contrato de traballo", Novembro, 2015, "Licitación pública y compromiso de pago del salario mínimo interprofesional en toda la cadena de servizo", Novembro, 2015, "Sucesión empresarial con garantía de emprego", Maio, 2016, "Contrata versus cesión ilegal de traballadores en el sector público", Xuño, 2016, "Sucesión de plantilla: si se impone por Convenio Colectivo, el régimen jurídico aplicable es el del Convenio y no el de la norma legal", Outubro, 2016, "Inexistencia de sucesión de empresa cuando el servizo contratado revierte a la empresa principal con sus propios medios y personal", Setembro, 2016, "Indemnización por cese en el emprego público ante la cobertura de la plaza ocupada", Abril, 2017, entre outros e difundidos todos eles en www.gomezacebo-pombo.com.

non considerando que existise cando unicamente se transmitía cadro de persoal, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea subliñaba a continuidade da actividade produtiva como elemento crave para garantir os dereitos laborais, independentemente de cales fosen os medios -materiais ou persoais- a transmitir. Nesta liña, o Tribunal de Xustiza avalaría a necesidade de aplicar a Directiva tanto cando existe transmisión de medios coma cando se produce unha mera transmisión de cadro de persoal.

Esixirá, non obstante, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea analizar todas as circunstancias de feito, en particular, o tipo de empresa ou de centro de actividade de que se trate, que se transmitisen ou non elementos materiais como edificios ou bens mobles, o valor dos elementos inmateriais no momento da transmisión, o feito de que o novo empresario se faga cargo ou non da maioría dos traballadores, que se transmitise ou non a clientela, así como o grao de analoxía das actividades exercidas antes e despois da transmisión e a duración dunha eventual suspensión das devanditas actividades (STXUE 9 de Setembro de 2015, asunto C-160/2014; asunto Ferreira da Silva). De feito, a importancia decisiva dos elementos materiais ou persoal deberá atribuírse aos distintos criterios segundo a actividade exercida e mesmo segundo os métodos de produción ou de explotación utilizados na empresa, no centro de actividade ou na parte do centro de actividade de que se trate (entre outras, SSTXUE 15 de decembro de 2015, C-232/04, asunto Güney-Göres e Demir, 6 de marzo de 2014, C-458/12, asunto Amatori e outros, ou 20 de novembro de 2003, C-340/01, asunto Abler e outros).

Támén para este Tribunal o elemento obxectivo de transmisión esixe que esta se produza sobre un conxunto organizado e individualizado de medios de produción con capacidade para continuar a explotación. Iso significa que, se o novo empresario necesitase bens mobles ou inmobles para levar a cabo a súa prestación de servizos, non habería dúbida ningunha en admitir que se produce unha transmisión de empresa. Non obstante, repara noutro

elemento igualmente relevante como é o da continuidade da actividade. Cando se conservan as facultades organizativas de forma inalterada e hai cambio de titular empresarial, entón prodúcese unha auténtica transmisión de empresas, á marxe da translación de elementos materiais (STXUE 29 de xullo de 2010, asunto C-151/09, asunto Uribe). Deste modo, o criterio determinante para decidir se a entidade traspasada mantén a súa identidade ou non é principalmente que a explotación se manteña ou se continúe en función dos distintos criterios segundo a actividade exercida e mesmo segundo os métodos de produción ou de explotación utilizados na empresa, no centro de actividade ou na parte do centro de actividade de que se trate, tal e como se indicara.

2.1.2. Sucesión de cadros de persoal e transmisión de servizos, non só de empresas

O suposto máis frecuente na sucesión de contratas é que a actividade ou o servizo da Administración pase dunha empresa privada a outra empresa privada. Finaliza unha contrata ou concesión e a Administración decide volver licitar. E así cando se trata de transmitir unha mera "prestación de servizos" (contrata e, polo tanto, cando se produce unha sucesión de contratas) os tribunais da orde social foron remisos a admitir que exista unha "transmisión de empresas" para efectos laborais posto que o que se "transmite" non é unha empresa (conxunto de medios organizados) senón un mero servizo que presta unha empresa ⁽³⁾. Pero se trata dunha afirmación non exenta de matices.

En primeiro lugar, porque se tende a sobredimensionar a finalidade perseguida polo lexislador laboral que considera "garantías por cambio de empresario" todo o regulado nos arts. 42, 43 e 44 LET polo que prevalece o interese da

³ Un exhaustivo estudo sobre a sucesión de empresa, nesta mesma revista, DE LA PUEBLA PINILLA, A., "Subrogación convencional e sucesión legal de empresas", *Revista Galega de Dereito Social*, núm.2, 2016, pp. 1-34.

"continuidade" da relación laboral -que non do contido desta- aínda que se produzan vicisitudes na figura do empresario. En segundo termo, que, no caso do art.º 44 LET, a súa aplicación está supeditada á que se faga da Directiva 2001/23 na que ten a súa base, o que supón ter en consideración a interpretación que os tribunais -e, especialmente, o Tribunal de Xustiza da Unión Europea- realice da devandita norma. E en terceiro lugar que a consideración clásica sobre a necesidade de transmitir medios materiais ou persoais para apreciar transmisión de empresas está a ser superada pola esixencia de considerar, en cada caso concreto, como delimitar a "entidade económica que manteña a súa identidade" e que non sempre ha de estar supeditada ao tradicional concepto de empresa, polo que abonda con transmitir o "servizo" ou a mera "unidade de negocio" para considerar que se leva a cabo unha transmisión de empresas.

De feito, o Tribunal Supremo vén considerando xa dende o seu STS 27 out.04, Ar. 7202 que naqueles sectores nos que a actividade descansa fundamentalmente na man de obra, un conxunto de traballadores que exerce de forma duradeira unha actividade común pode constituír unha entidade económica. Pola contra, se a actividade esixe, ademais, material e instalacións, aínda que se produza a continuidade da actividade por un novo empresario e este asuma un importante número de traballadores non se consignará unha sucesión de empresa se non se transmiten os elementos materiais necesarios para o exercicio da actividade.

Con moita máis contundencia, na STS 12 de xullo de 2010, Ar. 6798 o Tribunal Supremo sinalaría que *"...se ben a doutrina da Sala mantivo que a mera sucesión na actividade que se produce como consecuencia no cambio de adxudicación das contratas con saída dun contratista e a entrada doutro novo non constitúe un suposto de transmisión de empresa previsto no artigo 44 do Estatuto dos Traballadores cando non vai acompañada da cesión dos elementos patrimoniais precisos para a explotación, debe terse en conta que esta doutrina se rectificou a partir das*

sentenzas de 20 e 27 de outubro de 2004 -reiteradas polas sentenzas do 29 de maio e 27 de xuño 2008 - para acomodala ao criterio que en aplicación da Directiva 2001/23 mantivo o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas -hoxe Tribunal de Xustiza da Unión Europea- en numerosas sentenzas entre as que poden citarse as do 10 de decembro de 1998 (casos Sánchez Hidalgo e Hernández Vidal), 25 de xaneiro de 2001 (caso Liikeene), 24 de xaneiro de 2002 (caso Temco Service Industries) e 13 de setembro de 2007 (caso Jouini), que sosteñen que "en determinados sectores nos que a actividade descansa fundamentalmente na man de obra, un conxunto de traballadores que exerce de forma duradeira unha actividade común pode constituír unha entidade económica" e, por conseguinte, a devandita entidade pode manter a súa identidade, aínda despois do cesamento na actividade contratada, cando "o novo empresario non se limita a continuar coa actividade de que se trata, senón que ademais se fai cargo dunha parte esencial, en termos de número e de competencias, do persoal que o seu antecesor destinaba especialmente á devandita tarefa" (FX 2). En idéntica liña, a STS 10 de xullo de 2014, Ar. 4774 considerará que, "en definitiva, non poden confundirse os conceptos de "contrata" e transmisión de empresa, centro de traballo ou unidade produtiva autónoma, pois se trata de contratos de natureza e contido diferentes, dado que o primeiro non require a transmisión dos elementos patrimoniais necesarios para configurar unha estrutura empresarial, organización empresarial que en principio ten o contratista. E, como sinala a referida sentenza, a mera sucesión de contratistas non está considerada no artigo 44 ET cando non existe transmisión de activos patrimoniais necesarios para a explotación contratada, pero a subrogación empresarial que o citado precepto estatutario impón si prodúcese cando se transmite unha organización empresarial naqueles supostos denominados "sucesión de cadros de persoal", nos que a actividade descansa, esencialmente, no factor humano, na organización e dirección da actividade do persoal cualificado que se emprega na execución do servizo contratado, na execución

da contrata. Nos supostos de "sucesión de cadros de persoal" as obrigas que impón o artigo 44 ET operan no ámbito en que esta sucesión teña lugar, isto é a nivel de empresa, centro de traballo ou unidade produtiva autónoma na que se asuma a maior parte do cadro de persoal" (FX 3).

A doutrina foise perfilando e consolidando nos últimos anos. E, así, como sinalara o Tribunal Supremo en STS 5 de marzo de 2013, Ar. 3649, a doutrina xeral sobre a subrogación nas relacións de traballo establecida no art.º 44 LET esixe diferenciar entre o feito ou acto da transmisión de empresa e o obxecto desta. En relación a este último, establécense as seguintes premisas: a) requírese un conxunto organizado de traballadores que se achen especificamente destinados de forma duradeira a unha actividade común que pode constituír unha entidade económica [obxecto da transmisión determinante da sucesión de empresa] cando non existen outros factores de produción; b) pola contra, non se considerará que hai sucesión de empresa se a actividade de que se trate non descansa fundamentalmente na man de obra, senón que esixe material e instalacións importantes, aínda que se produza a continuidade da actividade por un novo empresario e este asuma un número importante de traballadores do anterior; e c) o mantemento da identidade do obxecto da transmisión supón tanto que a explotación ou actividade transmitida "continúe efectivamente" coma que logo "se prosiga".

Así pois, a norma xeral será que a transmisión de empresas esixe transferir elementos persoais e materiais organizados para levar a cabo unha actividade produtiva polo que, en ausencia da devandita transmisión, non cabe aplicar as normas propias da sucesión empresarial. Agora ben, excepcionalmente, cando a nova empresa continúa desempeñando a mesma actividade que a anterior e contrata gran parte dos empregados desta, se ese conxunto de empregados ten entidade económica autónoma, pode falarse de sucesión de empresa cando sucede na actividade e no cadro de persoal, figura denominada "sucesión no cadro de persoal" que se produce nos supostos nos que a

actividade descansa substancialmente na utilización de man de obra, non sendo relevantes os medios materiais (STS 27 de xaneiro de 2015, Ar. 471). É máis, mesmo cando se mantén a actividade ou o servizo cabe considerar transmitido este último ou a unidade de negocio da empresa.

No caso particular de sucesión de contratas ou concesións como "sucesión de cadros de persoal" destácanse as seguintes características: a) a "empresa entrante" incorporou ao desempeño dos servizos ou actividades obxecto da contrata ou adxudicación a unha parte importante, cualitativa ou cuantitativamente, do cadro de persoal da "empresa saínte"; e b) o activo principal para o desempeño dos servizos ou actividades obxecto da contrata é a "man de obra" organizada ou organización de traballo. No suposto de sucesión de contrata de servizos auxiliares, que afecta a moitos centros de traballo dispersos polo territorio nacional, a subrogación empresarial por sucesión de cadros de persoal opera no ámbito no que a devandita sucesión teña lugar, isto é a nivel da empresa ou de parte dela ou centro de actividade (STS 12 de marzo de 2015, Ar. 1312)

Con todo, nunha das súas máis recentes decisións, o Tribunal Supremo subliña que, en principio, nin a contrata nin a concesión administrativa son unidades produtivas autónomas para os efectos do artigo 44 LET, salvo entrega ao concesionario ou ao contratista da infraestrutura ou organización empresarial básica para a explotación (STS 7 de abril de 2016, Ar. 1702).

2.2. OS DIFERENTES TIPOS DE SUBROGACIÓN SEGUNDO A ORIXE NORMATIVA, CONVENCIONAL OU CONTRACTUAL DESTA

Ante a dificultade de acudir á subrogación legal derivada do art.º 44 LET polas dúbidas que pode suscitar se existe ou non nestes casos unha transmisión de empresa, os sectores nos que se adoitan suceder as contratas optaron, como é

sabido, por impoñer a subrogación de cadro de persoal a través do Convenio Colectivo. Desta forma, os efectos subrogatorios, en atención ás peculiares características da actividade definida no ámbito de aplicación de cada Convenio, virán condicionados polo disposto en este aínda cando se manteña a referencia ao art.º 44 LET como regulación subsidiaria en todo aquilo que non fose establecido convencionalmente.

Resulta frecuente, polo demais, que, a diferenza da normativa legal, se especifique neste caso que a transmisión pode non ser só de empresa, centro de traballo ou unidade produtiva autónoma senón que se inclúe a transmisión dunha *"unidade de explotación, comercialización ou produción da actividade ou parte desta"*. Sentido no que, como se precisara, avanza o Tribunal de Xustiza da Unión Europea para impoñer a aplicación da Directiva 2001/23.

Con todo, unha das principais polémicas aplicativas a este respecto é se a subrogación convencional ha de aplicarse nos seus propios termos, isto é, tal e como sinala o Convenio Colectivo ou, unha vez que se adopta a decisión convencional de que existe subrogación, as garantías laborais han de ser as contidas no art.º 44 LET sen excepción. Acontece así, fundamentalmente, cando o Convenio Colectivo exime dunha serie de responsabilidades á empresa entrante que si se recollen nas normas legais como consecuencia da sucesión de empresas.

Nestes termos exprésase a STS do 7 de abril de 2016, Ar. 1702. A diferenza do que acontece coa sucesión de cadros de persoal -suposto no que o empresario entrante se fai cargo de todo ou de parte do persoal voluntariamente e como consecuencia dese feito, aplicárase o art.º 44 LET-, neste caso *"a asunción dos traballadores da empresa anterior non responde ao suposto de sucesión no cadro de persoal derivado do feito de que a nova contratista se faga cargo voluntariamente da maioría dos traballadores que prestaban servizos na contrata. Ao contrario, nestes casos a sucesión do cadro de persoal é o resultado do cumprimento*

das disposicións establecidas no convenio aplicable. Dito doutro xeito: a nova contratista podería ter empregado o seu propio persoal na contrata e, non obstante, vese obrigada pola norma convencional a facerse cargo dos traballadores que a empresa saínte tiña afectos á contrata" (FX 2). Como sinala a citada sentenza "a continuidade laboral dos contratos está en mans do convenio colectivo e esa regulación é a que ha de aplicarse en todo o que sexa compatible coas restantes, como aquí se fixo. Son os propios axentes sociais os que, coñecedores de que sen o seu acordo tampouco habería continuidade laboral en casos análogos, conferiron unha solución específica ao suposto (subrogación en determinados contratos, obrigas do empregador entrante con alcance pautado). A tarefa dos órganos xurisdicionais, en consecuencia, non é a de axuizar a bondade material ou social das súas previsións senón o axuste ás normas de Dereito necesario e en tal empeño consideramos que a sentenza de instancia alberga doutrina acertada" (FX 4).

Convén precisar, aos correspondentes efectos futuros, que este pronunciamento contén unha serie de votos particulares nos que se reflicte que esta tese non resulta pacífica. Basicamente a oposición á tese maioritaria xorde ao considerar que, unha vez que a empresa entrante asume o cadro de persoal -sexa de forma voluntaria ou forzosa-, se impón a aplicación do art.º 44 LET na súa totalidade sen que poida admitirse a aplicación do Convenio Colectivo salvo que resulte máis beneficioso. E así, *"non cabe esquecer, por outra parte, que conforme ao art. 3.5 ET, os traballadores non poden dispoñer validamente, antes ou despois da súa adquisición, dos dereitos que teñan recoñecidos por disposicións legais de dereito necesario, de maneira que estas se manteñen en todo caso e por riba de todo, o que é extrapolable mesmo ás situacións en que son os representantes legais dos devanditos traballadores os que asumen unha posición contraria a iso vía convenio colectivo, de modo que sexa este o que regule de modo decididamente diferente ou contrario o establecido con ese carácter obrigatorio por un precepto legal, como é, neste*

caso, o referido art. 44. 3 ET, polo que o devandito convenio non pode converterse nunha "coartada" para xustificar unha "derrogación", máis ou menos solapada, do precepto legal co pretexto dalgunha razón tan teoricamente poderosa como difusa na práctica como é o referido mantemento do emprego" (Voto Particular Primeiro, FX 5). É máis, "como regra xeral hai que sinalar que o Convenio pode impoñer ou non a subrogación, se non a impón a empresa entrante está obrigada a subrogarse pero, se a impón, a citada empresa ha de subrogarse nos dereitos e obrigas do saliente coas garantías establecidas no artigo 44 ET, o que é de aplicación ao asunto controvertido" (Voto Particular Segundo, FX 2).

Nada impide, polo demais, que a subrogación en dereitos e obrigas naza non da lei nin do Convenio Colectivo senón do propio contrato ou, no caso do sector público, dos propios pregos de condicións.

De feito, tal e como establece o art.º 120 do RD-Lex. 3/11, 14 nov., BOE, 16 que recolle a Lei de Contratos do Sector Público, naqueles contratos que impoñan ao adxudicatario a obriga de subrogarse como empregador en determinadas relacións laborais, o órgano de contratación deberá facilitar aos licitadores, no propio prego ou na documentación complementaria, a información sobre as condicións dos contratos dos traballadores aos que afecte a subrogación que resulte necesaria para permitir a avaliación dos custos laborais que implicará tal medida. Para estes efectos, a empresa que viñera efectuando a prestación obxecto do contrato a adxudicar e que teña a condición de empregadora dos traballadores afectados estará obrigada a proporcionar a referida información ao órgano de contratación, por requirimento deste.

Polo tanto, deberá precisarse se os Convenios Colectivos sectoriais prevén a subrogación convencional e constituirá unha obriga da Administración tal advertencia. De non existir unha previsión convencional, será a Administración a que haberá de consignar se se produce ou non unha sucesión de empresas e cales son os contratos afectados. A

tal fin, será necesario valorar se a actividade se basea nun uso intensivo do factor humano, tendo a infraestrutura material unha menor relevancia, chegando mesmo a precisarse, nalgúns pregos de condicións, a advertencia expresa de inexistencia de sucesión empresarial.

2.3. A REDUCCIÓN DO VOLUME DE CONTRATACIÓN DUNHA CONTRATA Á SEGUINTE: O RECURSO AO DESPEDIMENTO OBXECTIVO

No desenvolvemento das contratas do sector público, formulouse, con certa frecuencia, o problema de contratas de servizos -con obriga legal ou convencional de subrogarse no cadro de persoal- cuxo prego de condicións nos contratos públicos reducen o volume de traballadores necesarios para levalas a cabo en relación a contratas anteriores.

Como é sabido, considérase válida a contratación laboral para obra ou servizo cuxo obxecto sexa a realización dunha actividade contratada cun terceiro por tempo determinado, estendéndose a súa duración polo tempo que abrangue a contrata. Para que a contratación se axuste á lei, os servizos concertados entre empresa principal e auxiliar deberán ter a consistencia, individualidade e substantividade propias do artigo 15.1.a) LET. Tamén é coñecida a posibilidade que a norma laboral establece para despedir de forma obxectiva (con indemnización de vinte días de salario por cada ano traballado cun límite de doce mensualidades e sen procedemento previo ningún) cando existen causas económicas, técnicas, organizativas ou produtivas, de acordo co artigo 52.c) LET.

O Tribunal Supremo vén interpretando que, mentres se trate do mesmo contratista, isto é, mentres o titular da contrata (sexa por prórroga ou por nova adxudicación) sexa o mesmo, non procede extinguir a relación laboral polo que o acordo entre contratistas para poñer fin á contrata antes de finalizar a obra non pode xustificar a extinción da relación laboral. Tampouco cabe apreciar que a decisión

unilateral da empresa poida admitirse como causa válida de extinción, nin sequera cando se trate dunha resolución parcial do encargo da empresa clienta (entre outras, STS 14 xuñ.07, Ar. 5479).

Non obstante, en numerosas sentenzas, o Tribunal Supremo sinalou que a redución do volume de actividade encomendado por unha empresa comitente a outra auxiliar si pode xustificar a extinción de certo número de contratos por circunstancias obxectivas ao abeiro do art.º 52.c) LET (despedimento obxectivo) pero non a extinción ao abeiro do art.º 49.1.c) LET (extinción de contrato temporal por expiración do tempo convido ou realización da obra ou do servizo prestado), preceptos que dispoñen réximes indemnizatorios diversos.

Certamente a empresa comitente pode dispoñer que a contratista destine á execución da contrata un menor número de operarios que os inicialmente requiridos pero este feito non autoriza á empregadora a dar por finalizada a relación laboral cos traballadores posto que o contrario supoñería deixar ao arbitrio dunha soa das partes (o empregador) a apreciación acerca da validez e o cumprimento do contrato, en contra da prohibición expresa do artigo 1.256 do Código Civil (SSTS 10 xuñ.08, Ar. 5149, 8 nov.10, Ar. 388 e 16 xul.14. Ar.4426).

E así, o Tribunal Supremo non admite que a terminación anticipada da contrata por acordo das empresas implicadas constitúa válida causa de terminación da relación laboral, situando a solución nas normas do despedimento improcedente (SSTS, 12 xuñ.08, Ar. 4447 e 2 xul.09, Ar. 6067). A mellor solución, entende o Tribunal, sería a de formular un axuste proporcional de cadro de persoal a través do despedimento obxectivo ou, no seu caso, do despedimento colectivo. De aí que pronunciamentos como os contidos na STS 8 xul.11, Ar. 6270 acepten expresamente a procedencia do despedimento obxectivo baseado na rescisión da contrata na que o traballador prestaba os seus servizos sen que conste a existencia de vacante na empresa onde poder recolocalo.

Iso non significa que non fosen admitidos algúns supostos de extinción. Así, na STS 18 dec.12, Ar. 1474 aceptouse a validez do sistema de cesamento, por orde de antigüidade, para poñer fin aos contratos para obra ou servizo determinado cando se produce unha redución do obxecto da contrata sempre que medie a garantía da negociación colectiva e sempre que no sector se xustifique polos diferentes "vaivéns contractuais".

Outra posible solución sería acudir a unha condición resolutoria pactada dende o principio consignando unha cláusula que prevea a resolución da relación laboral ao finalizar a contrata de prestación de servizos entre empresas en virtude do artigo 49.1.b) LET (causas validamente consignadas no contrato de traballo salvo que estas constitúan abuso de dereito manifesto por parte do empresario). Ben é certo que tamén obrou o Tribunal Supremo con cautela ao entender que cando se pacta a terminación do contrato de traballo por "resolución" da contrata non se está a incluír a minoración do encargo por parte da empresa comitente (STS 12 xuñ.08, Ar. 4447). Despois de descartarse así mesmo a licitude dunha cláusula xenérica que condicione a duración do contrato á desconstrución total ou parcial do servizo por decisión da empresa principal ou comitente (STS 8 nov.11, Ar. 7265).

Polo demais, a STS 8 xul.14, Ar. 1014 recordou que o artigo 49.1.b) LET permite que o contrato de traballo incorpore "causas" que actúen ao modo de condicións resolutorias pero iso non significa que toda a construción civilista sobre esa figura sexa directamente trasladable ao ámbito laboral senón que deben realizarse unha serie de adaptacións. En concreto, a imposibilidade de reconducir a esta categoría de extincións os feitos que poidan ser encadrados noutros ámbitos do artigo 49.1 LET. E así, sinala o Tribunal, non serviría a previsión extintiva para o caso de que a empresa sufrise perdas importantes ou a anoase á desaparición da persoa xurídica da empregadora ou a referida á ineptitude do traballador. En todos estes casos, e outros moitos, prevalece unha tipicidade prioritaria de modo que os acontecementos da realidade han de subsumirse no

apartado legal en que posúan un mellor encaixe. De feito, a STS 3 febr.10, Ar. 1433 consideraría nula a condición resolutoria pactada nun contrato de traballo indefinido que vinculaba a súa subsistencia á duración da elaboración de cada produto encargado polas empresas clientas pois con ela a empresa pretendía eludir, en fraude de lei, o tratamento indemnizatorio máis favorable para o traballador previsto nos artigos 52 e 53 LET.

Ademais, o artigo 49.1.b) LET esixe examinar se a condición resolutoria pactada resulta ou non abusiva, pois o principio da autonomía da vontade cede necesariamente nestes casos e se reputa cláusula abusiva aquela que se apoia nunha circunstancia sobre cuxa concorrencia non pode exercer ningunha influencia a conduta do traballador e si, en cambio, a de la empresa. Polo demais, procede poñer de manifesto que se o contrato para obra ou servizo posúe como causa natural de terminación a realización dunha obra ou *servizo*, ex artigo 49.1.c) LET, sería erróneo pensar que por vía do artigo 49.1.b) cabe introducir novos motivos extintivos, vinculados á minoración ou terminación parcial da contrata. Polo que, se pode entenderse realizada a obra ou servizo obxecto do contrato, estaremos ante a terminación natural do contrato temporal mentres que, no caso contrario, poderá haber motivo para acudir ao axuste de actividade por outras vías, xa sexan estas modificativas ou suspensivas, incluíndo as extintivas do despedimento obxectivo ou colectivo pero non desprazando o xogo destas últimas a través das condicións resolutorias que, se se tivesen pactado, colidirían coa arquitectura do artigo 49 LET e os dereitos do traballador.

Máis recentemente, a STS 22 out.15, rec.3504/14 tivo que enfrontarse a este suposto, se ben non resolveu o recurso formulado en unificación de doutrina ao decidir non entrar no fondo do asunto por considerar inexistente a contradición entre a sentenza obxecto de recurso (Cantabria) e a que se apunta como contraditoria (Andalucía).

No suposto concreto, a nova contrata xorde como consecuencia da fusión ou agrupación de dúas contratas

anteriores con idéntica actividade, atendidas por empresas adxudicatarias distintas, cada unha delas cun cadro de persoal independente de traballadores e nas que houbo de subrogarse, na súa totalidade, a nova adxudicataria. O importe da contrata reduciuse nun 30% malia o cal a nova adxudicataria se subroga na totalidade do cadro de persoal anterior. Con posterioridade, a adxudicataria procede a despedir obxectivamente os traballadores alegando causas organizativas (exceso de persoal) cando, en realidade, é a adversa situación económica xeral do sector e sobre todo o menor volume económico da contrata o que xustifica o despedimento.

A redución é, polo tanto, consecuencia da fusión de dúas contratas nunha se ben as novas necesidades eran perfectamente coñecidas pola empresa demandada que, malia iso, acudiu voluntariamente á licitación, polo que *"non se trata de circunstancias novas nin sobrevidas para ela senón iniciais e orixinarias desa posterior licitación, non producíndose así cambio ningún nos sistemas ou métodos de traballo do persoal ou no modo de organizar a produción, máxime se se ten en conta que a decisión extintiva empresarial se produce quince días despois da subrogación"* (FX 3). Unha situación que se estima totalmente distinta a aquela na que o prego de condicións considera expresamente a redución de persoal co fin de manter a correspondencia entre a carga de traballo e o cadro de persoal, quedando a empresa autorizada expresamente a reducir aquel.

Certamente, unha empresa pode recorrer ao despedimento obxectivo dos seus traballadores por varias razóns, entre outras e de acordo co artigo 52 c) LET, por circunstancias de natureza económica, tecnolóxica, organizativa ou produtiva tales como as recollidas para o despedimento colectivo sempre que o número de traballadores afectados sexa inferior do previsto para este último. Nalgúns dos supostos contemplados no artigo 52 para proceder ao despedimento obxectivo utilízase o termo "sobrevido" (por exemplo, a ineptitude do traballador que xustifica o despedimento obxectivo ten de ser sobrevida á súa

colocación efectiva), condición que non se esixe en relación ao artigo 52 c) LET citado.

De aí que abondaría con cumprir as condicións esixidas para aplicar as causas económicas, tecnolóxicas, organizativas ou produtivas ás que se refire o artigo 52 c) por remisión ao artigo 51.1 LET para admitir o despedimento obxectivo, tamén no caso da sucesión de contratas. Deste modo, se se desprende unha situación económica negativa para a empresa ou se producen cambios nos medios ou instrumentos de produción ou no ámbito ou os sistemas de traballo ou na demanda dos produtos ou servizos que a empresa pretende colocar no mercado, entenderase xustificado o recurso ao devandito despedimento.

Pero cando, como sucede en boa parte dos supostos, a empresa concorre á licitación a sabendas de que non vai necesitar a todos os traballadores con que conta a fusión das dúas contratas que operaban anteriormente e, malia iso, e malia a diminución do importe destinado ao servizo da nova contrata, concursa en condicións que poderían ter expulsado da elección a outros competidores, procedendo con posterioridade ao despedimento dun ou varios traballadores, as causas aludidas non se xustifican pois se require -aínda que non o indique expresamente o precepto senón noutros apartados- que as devanditas circunstancias "sobreveñan" á situación previa da empresa, non que coñeza as mesmas e aínda así actúe por canto tal forma de proceder sería contraria á boa fe.

3. REVERSIÓN DE ACTIVIDADE OU SERVIZO Á XESTIÓN DIRECTA DA ADMINISTRACIÓN

3.1. INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA CANDO O SERVIZO CONTRATADO REVERTE Á EMPRESA PRINCIPAL COS SEUS PROPIOS MEDIOS E PERSOAL

A tendencia inversa, isto é, cando a Administración decide asumir directamente a actividade ou servizo descentralizado previamente e opta por levalo a cabo con persoal propio,

provoca así mesmo dificultades laborais aínda non definitivamente resoltas.

Ante tal realidade caben dúas opcións interpretativas. Por unha parte, pode considerarse que non se producen, en tales supostos, a transmisión dos substanciais elementos produtivos para o desenvolvemento da actividade empresarial. Non existe transmisión do conxunto substancial de elementos produtivos que permita observar a actividade como unidade organizada autónoma e susceptible, sen complemento, de desenvolvemento independente. Tampouco se aprecia continuidade na organización do traballo das persoas que atenden o servizo en tanto non se efectúa a contratación de traballadores *ad hoc* senón que a principal organiza o servizo con medios persoais propios.

Ben ao contrario, cabería admitir que si se efectúa unha sucesión de empresas pois, atendendo ao exposto anteriormente e con base nas decisións xudiciais europeas, o importante é que se manteña a actividade ou o servizo, independentemente doutros factores, prevalecendo aquí a sucesión na prestación do servizo, que continuará desenvolvéndose.

O Tribunal Supremo parece ter optado pola primeira das teses expostas (STS 9 feb.16, Ar. 1197), criterio que consolidou posteriormente na súa STS 12 xul.16, Ar. 3391. Ao finalizar a contrata, a empresa comunica á Administración a obriga de asumir os contratos dos traballadores, ao que aquela se opón manifestando o seu interese por prestar o servizo con persoal propio. E, nestas condicións, e atendendo ao feito de que non existiu ningún traslado da principal, estímase que non existe sucesión empresarial e, por tanto, ningunha obriga de subrogarse no cadro de persoal correspondente.

Unha solución baseada nunha serie de consideracións. A primeira, que non se trata dunha sucesión empresarial imposta polo Convenio Colectivo aplicable. En segundo termo, que non se cumpren ningún dos requisitos contidos no artigo 44.1 e 44.2 do Estatuto dos Traballadores ou no

artigo 1.1.a) e b) da Directiva 2001/23 dende o momento en que non afecta a transmisión a unha entidade económica que manteña a súa identidade, *"entendida como un conxunto de medios organizados co fin de levar a cabo unha actividade económica, xa for esencial ou accesoria"*, cando quen reverte o servizo non se fai cargo de activos materiais nin inmateriais da empresa saínte. E, en terceiro lugar, que non se produce sucesión de cadro de persoal nos termos acuñados pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. E así aínda que se trate dunha actividade que descansa fundamentalmente na man de obra, nun conxunto de traballadores que exerce de forma duradeira unha actividade común, e que para os efectos da Directiva podería ser considerada como unha entidade económica, se non existe asunción de traballadores, non se produce tal sucesión.

Como precedente para chegar a esta conclusión sinálase a STXUE 22 xan.11, asunto C-463/09, asunto *Clece*. No devandito pronunciamento abórdase a asunción do servizo subcontratada por unha entidade pública co seu propio persoal sen aceptar ningún traballador da empresa saínte.

Na medida que, en determinados sectores nos que a actividade descansa fundamentalmente na man de obra, un conxunto de traballadores que exerce de forma duradeira unha actividade común pode constituír unha entidade económica, ha de admitirse que a devandita entidade pode manter a súa identidade, mesmo despois da súa transmisión. Acontecerá así cando o novo empresario non se limite a continuar coa actividade de que se trata senón que ademais se faga cargo dunha parte esencial, en termos de número e de competencias, do persoal que o seu antecesor destinaba especialmente á devandita tarefa. Neste suposto, o novo empresario adquire, en efecto, o conxunto organizado de elementos que lle permitirá continuar as actividades ou algunhas actividades da empresa cedente de forma estable (STXUE 24 xan.02, asunto C-51/00, asunto *Temco*).

Non obstante, e se ben é certo que unha actividade pode descansar basicamente sobre a man de obra para os efectos da determinación da sucesión empresarial, tamén o é que esta última esixe que a entidade económica manteña a súa identidade aínda despois da operación de que se trate. De aí que, se a empresa principal (normalmente, unha entidade pública) decide contratar persoal novo sen facerse cargo dos traballadores anteriormente destinados a estas actividades nin de ningún dos activos materiais ou inmateriais desta empresa, o único vínculo entre as actividades exercidas pola empresa de servizos e as asumidas pola entidade pública será o obxecto da actividade de que se trata. Mais, a mera circunstancia de que a actividade exercida pola empresa e a exercida pola entidade pública sexan similares ou mesmo idénticas, non é suficiente para afirmar que se mantivo a identidade dunha entidade económica (STXUE 10 dec.16, asuntos C-127/96, C-229/96 e C-74/97, asunto *Hernández Vidal e outros* e STXUE 10 dec.18, asuntos C-173/96 e 247/96, asuntos *Hidalgo e outros*).

Polo que procede concluír que a identidade dunha entidade económica que descansa esencialmente na man de obra non pode manterse se o suposto cesionario non se fai cargo da maior parte do seu cadro de persoal. E que, sen prexuízo da eventual aplicación de normas de protección nacionais, a mera reversión á entidade pública da actividade antes subcontratada non abonda por si mesma para impoñer a subrogación empresarial (STXUE 22 xan.11, asunto C-463/09, asunto *C/cece*)

Trátase dun pronunciamento importante porque reafirma, en supostos como o descrito, que o elemento determinante para aplicar ou non a sucesión empresarial é o feito de que a empresa non se fai cargo do persoal da contratista. Traballadores estes últimos que, se é o caso, deberán ser despedidos por aquela sen asumir responsabilidade ningunha a principal. E porque se engade a outros pronunciamentos nos que tamén se descarta a subrogación cando reverte o servizo na principal (entidade ou Administración pública), esta o efectúa con persoal propio e

meses despois decide subcontratalo de novo (posto que isto supoñería que a nova contratista debería subrogarse no persoal propio do sector público).

Esta tese foi matizada, non obstante e con posterioridade, na STXUE 26 de novembro de 2015, asunto C-509/14, asunto *ADIF*. Insiste a mesma en que a Directiva 2001/23 abrangue todos os supostos de cambio, no marco de relacións contractuais, da persoa física ou xurídica responsable da explotación da empresa, que por este motivo asume as obrigas do empresario fronte aos empregados da empresa, sen que importe se se transmitiu a propiedade dos elementos materiais. Por iso, considera de aplicación a Directiva a unha situación na que unha empresa que confía a outra empresa a execución efectiva de determinadas tarefas decide poñer fin ao contrato que a vincula a aquela e executar por si mesma as devanditas tarefas (STXUE do 20 de xaneiro de 2011, asunto C-463/09, asunto *Clece*).

Neste suposto, a citada doutrina serve para defender que a Directiva 2001/23 se considera aplicable a unha situación na que unha empresa pública, titular dunha actividade económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de xestión de servizos públicos a explotación desa actividade a outra empresa, e posteriormente decide poñer fin ao devandito contrato e explotar ela mesma esa actividade co seu propio persoal. E así a circunstancia de que os elementos materiais asumidos polo novo empresario non pertencesen ao seu antecesor, senón que simplemente fosen postos á súa disposición pola entidade contratante, non pode excluír a existencia dunha transmisión de empresa no sentido desa Directiva. Aínda que os elementos materiais indispensables para o desenvolvemento da actividade de que se trate non deixasen de pertencer ao cesionario en ningún momento privaría a Directiva dunha parte da súa efectividade. Por conseguinte, o feito de que a empresa pública non se fixese cargo dos traballadores da empresa contratada non abonda para excluír que a entidade económica de que se trata no litixio principal mantivese a súa identidade e non permite

negar, polo tanto, a existencia dunha transmisión de empresa no sentido da citada Directiva.

3.2. INAPLICACIÓN DA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL POR ENTENDER QUE A ADMINISTRACIÓN NON É PARTE DO CONVENIO SECTORIAL

Cando se produce a reversión, téndese a facer efectiva a subrogación no cadro de persoal das empresas contratadas, se non é a través da subrogación legal, mediante a subrogación convencional. En efecto. Se se trata de actividades ou servizos que, no ámbito privado, se encontran rexidos por Convenios Colectivos sectoriais que impoñen a devandita modalidade de subrogación, a Administración ou as empresas do sector público non están exentas do cumprimento desa cláusula convencional se van dispensar servizos nese mesmo sector. Pero esta tese foi rexeitada polo Tribunal Supremo ao interpretar que os Convenios Colectivos sectoriais non resultan aplicables á Administración posto que esta non participou na súa negociación, polo que, en caso de reversión, a subrogación convencional non procede.

De feito, o Tribunal Supremo entende que o Convenio Colectivo non pode establecer condicións de traballo que houbesen de asumir empresas que non estivesen incluídas no seu ámbito de aplicación. Porque o feito de que unha empresa asuma a limpeza dos seus locais con medios propios non a converte nunha empresa de limpeza de edificios e locais alleos, ámbito de aplicación propio do Convenio Colectivo. É máis, cando a limpeza pública das rúas se realiza por unha empresa contratista que cesa na contrata de execución do servizo e volve asumilo o Concello contratista, o servizo pode realizarse "con persoal non laboral" polo que non cabe aludir a unha subrogación empresarial.

E isto é así porque, nun sector profesional, a subrogación de persoal se impón *"entre os que se sucedan, mediante calquera das modalidades de contratación de xestión de*

servizos públicos, contratos de arrendamento de servizos ou, doutro tipo, nunha concreta actividade das reguladas no ámbito funcional do presente convenio', precisando no art.º 52 que a subrogación de persoal 'operará en todos os supostos de substitución de contratas (...)', sendo evidente que o Concello que tiña adxudicado o servizo de limpeza viaría a unha empresa do sector, cando rescinde a devandita adxudicación e asume directamente a execución do servizo público, non actúa como outro contratista do sector que obteña unha nova adxudicación nin que suceda na contrata a outro contratista anterior." (STS 17 xuñ.11, Ar. 5423, FX 2). Polo tanto, aínda que o Convenio Colectivo resulte aplicable aos traballadores e se prevexa a subrogación, esta última non vai ser posible se o servizo efectuado reverte a Administración.

Polo tanto, non cabe senón concluír que, se a subrogación convencional en tales casos non procede, unicamente poderá establecerse a subrogación legal nos termos previstos no art.º 44 LET.

Como sinala a STS 30 mai.11, Ar. 5818 a tal fin deberá establecerse (reversión do servizo da grúa municipal) non só se os medios patrimoniais deberán reverter ex *lege* á Administración senón se foron achegados inicialmente por esta última. No caso concreto, os medios non foran achegados polo Concello senón pola primeira empresa concesionaria polo que se conclúe que si existe sucesión empresarial e, por tanto, subrogación nos contratos laborais. Agora ben, se fose a Administración a que tivese achegado inicialmente os elementos patrimoniais non se produciría o suposto previsto no art.º 44 LET en caso de que se decidise a asumir de forma directa a prestación do servizo.

3.3. A APARENTE CONTRADICIÓN ENTRE APLICAR AS NORMAS DA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL E IMPEDIR A INCORPORACIÓN DO PERSOAL SUBROGADO AO CADRO DE PERSOAL DA EMPRESA ENTRANTE

3.3.1. A prohibición de incorporar e consolidar no sector público os traballadores dos contratistas ou dos concesionarios

Como se sinalara ao inicio desta análise, a DA 26ª LPXE/17 introduciu recentemente unha serie de limitacións á incorporación de persoal laboral ao sector público.

Dende a entrada en vigor da mesma e con vixencia indefinida, as Administracións Públicas do art.º 2 EBEP non poderán considerar como empregados públicos do seu art.º 8, nin poderán incorporar na devandita condición nunha Administración Pública ou nunha entidade de dereito público, con carácter xeral aos traballadores dos contratistas de concesións de obras ou servizos públicos ou de calquera outro contrato adxudicado polas Administracións Públicas previstas no art.º 2.3 da Lei de Réxime Xurídico do Sector Público, cando os contratos se extingan polo seu cumprimento, por resolución, incluído o rescate, ou se se adopta o secuestro ou intervención do servizo conforme á lexislación de contratos do sector público que lles resultase aplicable. Tampouco poderán incorporar o persoal laboral que preste servizos en sociedades mercantís públicas, fundacións do sector público, consorcios, en persoas xurídicas societarias ou fundacionais que vaian integrarse nunha Administración Pública. Non obstante, a norma indica que a todos estes traballadores lles serán de aplicación as previsións sobre sucesión de empresas contidas na normativa laboral.

Naqueles supostos nos que, excepcionalmente, en cumprimento dunha sentenza xudicial, ou previa tramitación dun procedemento que garanta os principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade, o persoal anterior sexa incorporado a sociedades mercantís públicas, as incorporacións que se produzan nestes termos non se

contabilizarán como persoal de novo ingreso do cómputo da taxa de reposición de efectivos.

A norma presupostaría -eminentemente temporal pois regula unha serie de medidas de duración anual- inclúe unha cláusula como esta de vixencia indefinida. Isto significa que a decisión adoptada polo lexislador non se circunscribe a situacións puntuais que se desenvolvan durante o ano en curso senón que se trata dun réxime xurídico permanente e perdurable, ata, se é o caso, a súa posterior modificación. Por suposto, o interese é claro e radica en conter -quizais ata chegar a anular- as decisións locais e/ou autonómicas (ou, no seu caso, estatais) que intenten reverter o desempeño de actividades e a xestión de servizos desenvolvidos polo sector público.

Precisamente constitúe este un dos aspectos que máis rexeitamento suscitou nos grupos parlamentarios da oposición durante a súa tramitación. Explicitábase, a través daquel, que se trate dunha medida dirixida expresamente a neutralizar o intento de reversión (principalmente, remunicipalización) dos servizos públicos ao obxecto de impedir a súa xestión directa. E repróchase que, con esta medida se impida, *de facto*, a capacidade de optar por recuperar a xestión de modelos antes privatizados, o que supón unha paralización ás decisións adoptadas neste sentido principalmente no ámbito local, tamén no autonómico e, en menor medida, a nivel estatal. E, en tanto a incidencia é maior no ámbito municipal, considérase un ataque ao principio de autonomía consagrado no art.º 140 da Constitución en virtude do cal se garante a autonomía dos municipios, o seu goberno e administración. Os municipios áchanse obrigados a organizar a prestación de servizos públicos con criterios de rendibilidade económica e mellora social pero normas como a que aquí se analiza impiden adoptar a mellor decisión neste sentido. Finalmente, enténdese que esta decisión do lexislador resulta contraria ao mandato da Lei 27/13, 27 dec., BOE, 30, de racionalización e sostibilidade da Administración local sobre a eficiencia na prestación dos servizos públicos. A eficiencia, o aforro de custos, a mellor calidade do servizo

áchanse tras a formulación da reversión como xustificación xeral, obxectivos que se consideran agora truncados con esta disposición.

Non obstante, convén considerar o establecido na DT 3ª LPXE/17 cando matiza a aplicación desta DA 26ª. Faino en relación ao disposto no apartado 1.B desta [(1.b)] referido ao persoal laboral que presta servizos en sociedades mercantís públicas, fundacións do sector público, consorcios, en persoas xurídicas societarias ou fundacionais que vaian integrarse nunha Administración Pública. Nestes casos, non se considerará de aplicación o establecido na citada DA 26ª LPXE/17 ao persoal laboral fixo das entidades do sector público que se integre na súa Administración pública de adscrición, como consecuencia da aplicación de procesos de integración no seu réxime laboral previstos nunha norma con rango de Lei con anterioridade á entrada en vigor desta norma e sempre que o devandito persoal fose seleccionado coa garantía dos principios constitucionais de igualdade, publicidade, mérito e capacidade e teña a titulación académica requirida para o acceso á categoría na que se produza a integración.

Esta DA 26ª LPXE/17 regula as limitacións á incorporación de persoal laboral ao sector público. Nalgúns casos, podería considerarse que se refire exclusivamente á incorporación do persoal ás Administracións Públicas pero non parece que sexa esta a intención. En primeiro lugar, porque o título deste precepto xa indica que a limitación se aplica á incorporación de persoal laboral "ao sector público". E, en segundo termo, porque a citada norma ten un primeiro apartado que recolle termos xerais de aplicación para os dous supostos que vai regular (traballadores de contratistas ou concesionarios e persoal laboral de sociedades ou entidades públicas) e nese apartado xeral alude tanto ás Administracións Públicas coma ás entidades de dereito público.

Ben é certo que o fai diferenciando a prohibición de "considerar" empregados públicos do art.º 8 EBEP nas "Administracións Públicas" respecto da prohibición de

"incorporar" na devandita condición nunha "Administración Pública ou nunha entidade de dereito público" aos devanditos traballadores pero, en todo caso, o ámbito de aplicación é o sector público e non só as Administracións Públicas. Convén matizar, non obstante, que a referencia a ambas as dúas situacións é deliberada. Non "considerar" e non "incorporar" responde a dúas situacións diferentes. A primeira alude á extensión da condición de empregado público -fundamentalmente, indefinido non fixo- como consecuencia dunha contratación laboral cuxa vixencia se mantén no tempo malia o cambio de empregador ou que foi efectuada con algún tipo de irregularidade mentres que a segunda alude a unha incorporación derivada dunha obriga *ope legis* que, con esta nova norma, se neutraliza (basicamente, a aplicación do art.º 44 LET). Apunta máis a unha cuestión de consolidación no emprego público que de incorporación a este por canto poderá ser "considerado" empregado público sen integrarse no seu cadro de persoal, tras a creación da astuta figura do traballador indefinido non fixo de cadro de persoal.

Con todo, convén matizar que a limitación opera sobre as Administracións do art.º 2 EBEP. Estas Administracións engloban tanto á Administración Xeral do Estado como ás Administracións das Comunidades Autónomas e das cidades de Ceuta e Melilla, as Administracións das entidades locais, os organismos públicos, axencias e demais entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas ou dependentes de calquera das Administracións Públicas e as Universidades Públicas.

Cabería interpretar, polo tanto, que a non "consideración" afecta unicamente ás Administracións Públicas e a non "incorporación" tanto a estas coma ás entidades de dereito público pero se trata dunha distinción con pouca eficacia toda vez que, se son traballadores de empresas alleas á Administración, a súa "consideración" como empregado público pasaría pola súa "incorporación" como tal e é precisamente o que esta norma prohíbe, tanto que se "consideren" como se "incorporen", para evitar calquera tipo de distinción entre un e outro suposto.

Maior transcendencia ten que a prohibición abrangue as Administracións Públicas e as entidades de dereito público pero non as empresas do sector público porque iso significa que si se pode proceder a "considerar" ou a "incorporar" estes traballadores en empresas de tal natureza. Nada impide, pois, que este persoal poida ser incorporado a outras empresas do sector público que non compartan esta cualificación nin se inclúan na clasificación do citado art.º 2 EBEP.

En efecto. Como é sabido, as empresas públicas poden ser, por regra xeral, de dous tipos, ex art.º 84 Lei de Réxime Xurídico do Sector Público, as entidades públicas empresariais e as sociedades mercantís de maioritario capital público ou mixtas, nas que se integran capital público e privado. Aquelas, as entidades públicas empresariais, réxense no ámbito laboral polas normas de dereito privado propias pero tamén contan con persoal funcionario e están supeditadas así mesmo á normativa administrativa do resto de organismos públicos da Administración. Ao integrar o concepto de Administracións Públicas, os procesos de contratación deberán cumprir os requisitos administrativos específicos, sinalando o art.º 106 Lei de Réxime Xurídico do Sector Público que o persoal laboral non directivo deberá seleccionarse logo de convocatoria pública baseada nos principios de igualdade, mérito e capacidade. Distinta é, non obstante, a consideración das sociedades públicas mercantís nas que adquire un maior protagonismo o dereito privado, con algunha excepción.

3.3.2. Sobre a capacidade para contratar traballadores das sociedades mercantís públicas e as entidades públicas empresariais

Esta prohibición contrasta coa permisividade -limitada- aplicable ás sociedades mercantís públicas e -tamén- ás entidades públicas empresariais para contratar "novo persoal". En virtude de DA 15ª LPXE/17, non se poderá proceder á contratación de persoal temporal, agás en casos

excepcionais e para cubrir necesidades urxentes e inaprazables, ou cando se leven a cabo nos termos do artigo 24.6 da Lei de Contratos do Sector Público.

Pola súa parte, as sociedades mercantís públicas e entidades públicas empresariais que xestionen servizos públicos ou realicen actividades públicas sometidas a taxa de reposición terán, como máximo, a taxa de reposición establecida para o respectivo sector, sempre que quede xustificada a necesidade desa taxa para a axeitada prestación do servizo ou realización da actividade. De non ser así, para aquelas sociedades mercantís públicas e entidades públicas empresariais distintas ás anteriores que tivesen beneficios en dous dos tres últimos exercicios poderán realizar contratos indefinidos cun límite do cen por cento da súa taxa de reposición. Se non obtivesen beneficios en dous dos tres últimos exercicios, poderán realizar contratos indefinidos cun límite do sesenta por cento da súa taxa de reposición. Adicionalmente, poderán realizar, exclusivamente para procesos de consolidación de emprego temporal, contratos indefinidos cun límite do quince por cento da súa taxa de reposición.

En todo caso, no suposto de sociedades mercantís e entidades públicas empresariais estatais, a contratación indefinida de persoal requirirá informe favorable do Ministerio de Facenda e Función Pública, a través das Secretarías de Estado de Presupostos e Gastos e de Función Pública, así como do accionista maioritario. Así mesmo, a contratación temporal nas citadas sociedades e entidades públicas empresariais, requirirá a previa autorización do Ministerio de Facenda e Función Pública, a través das Secretarías de Estado de Presupostos e Gastos e de Función Pública.

Pola Secretaría de Estado de Función Pública poderanse establecer bases ou criterios de actuación comúns nos procesos selectivos, co fin de facer efectiva a aplicación dos principios de igualdade, publicidade, mérito e capacidade, así como a implantación do procedemento electrónico. A tal fin, as sociedades mercantís e entidades públicas

empresariais estatais deberán remitir ao Ministerio de Facenda e Función Pública, xunto coa solicitude de autorización da masa salarial, información relativa a todo o persoal temporal que prestou servizos no exercicio anterior, detallando o número de xornadas anualizadas e o custo destas.

Excepcionalmente, o Ministerio de Facenda e Función Pública, a través das Secretarías de Estado de Presupostos e Gastos e de Función Pública, poderán autorizar, por enriba dos límites anteriormente sinalados, as contratacións que resulten necesarias para dar cumprimento a aqueles instrumentos de planificación estratéxicos que sexan aprobados polo accionista maioritario e que fosen informados favorablemente pola Comisión Delegada do Goberno para Asuntos Económicos.

Non obstante, esta DA 15ª LPXE/17 recoñece expresamente que estas limitacións non serán aplicables cando se trate de contratación de persoal, funcionario ou laboral, cunha relación preexistente de carácter fixa e indefinida no sector público estatal, autonómico ou local no que, respectivamente, estea incluída a correspondente entidade pública empresarial ou sociedade mercantil. Os contratos asinados ao abeiro desta previsión xerarán dereito a seguir percibindo, dende a data da súa celebración, o complemento de antigüidade na mesma contía que se viñera percibindo no Departamento ministerial, Organismo Público, sociedade, fundación ou consorcio de procedencia.

Describe así esta norma procesos de reestruturación dentro do sector público, ao que si lle resultan de aplicación integramente as garantías propias da sucesión empresarial -recoñecemento expreso da antigüidade e, derivada desta, o resto de condicións-. Non en van, este apartado se refire a unha "relación preexistente", sempre que sexa "fixa e indefinida" -polo tanto, incluíndo aos traballadores indefinidos e aos indefinidos non fixos, non aos temporais que verán extinguidos os seus contratos á súa finalización ou, no seu caso, convertidos en indefinidos- e proveniente tanto dunha entidade pública empresarial ou unha

sociedade mercantil que agora "transfiren" a este persoal pero dentro do sector público.

Nada novo, polo demais, ao que xa viña sendo unha regra consolidada nos procesos de reestruturación públicos e, iso si, con dous matices. O primeiro, que se trata dunha "contratación", aínda que sobre esta nada se sinala en relación a se se computa ou non en canto a taxa de reposición -previsiblemente como a relación xa existía non se considere "nova" malia que se modifique a entidade ou sociedade empregadora-. E, a segunda, que se intenta diferenciar expresamente os efectos desta "subrogación interna" do sector público, con aquela na que intervéñen un elemento externo -contrata ou concesión desempeñada por empresa privada- e regulada pola DA 26ª LPXE/17, aquí analizada - e que tamén, como se expuxera, exclúe a súa *aplicación*, ex DT 3ª LPXE/17 a estes procesos de "reestruturación interna"-

3.3.3. O mantemento das regras derivadas da subrogación empresarial

Precisamente as regras de subrogación empresarial son as que maior dificultade interpretativa suscitan na aplicación desta nova DA 26ª contida na Lei de Presupostos para 2017.

Pois, tal e como vén indicándose, prohibese considerar ou incorporar ás Administracións Públicas ou entidades de dereito público a dous colectivos concretos. Primeiro, aos traballadores dos contratistas de concesións de obras ou servizos públicos ou de calquera outro contrato adxudicado polas Administracións Públicas previstas no art.º 2.3 da Lei de Réxime Xurídico do Sector Público cando os contratos - administrativos, non laborais- se extingan polo seu cumprimento, por resolución, incluído o rescate, ou se se adopta o secuestro ou intervención do servizo conforme á lexislación de contratos do sector público que lles resultase aplicable. E, segundo, ao persoal laboral que preste servizos en sociedades mercantís públicas, fundacións do sector

público, consorcios, en persoas xurídicas societarias ou fundacionais que vaian integrarse nunha Administración Pública. Non obstante, a todos estes traballadores *"seranlle de aplicación as previsións sobre sucesión de empresas contidas na normativa laboral"*.

Como se expuxo ao longo destas páxinas, existen algunhas dificultades para aplicar as regras derivadas da sucesión de empresa ao ámbito público cando a contrata ou concesión finaliza. Se se sucede con outra contrata, adoitan aplicarse, sen dificultade aparente, as garantías da sucesión de empresa do art.º 44 LET ou, no seu caso, a subrogación convencional, establecida en Convenios Colectivos de sectores cunha presenza protagonista en concesións ou contratas públicas.

Pero cando, como acontece agora, a Administración ou as entidades de dereito público deciden prestar directamente o servizo público sen acudir á descentralización, o recurso ás normas laborais de subrogación empresarial reséntese. Se se aplican as normas laborais, os traballadores da contrata deberían pasar á Administración Pública ou á entidade de dereito público salvo que expresamente se considere que non existe transmisión de empresa en cuxo caso podería eludirse a aplicación do art.º 44 LET. Dada a interpretación ampla efectuada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea sobre a Directiva 2001/23 e exposta en anteriores apartados, sería difícil alcanzar tal consideración por canto o servizo se mantén e a subrogación debería impoñerse. Pero agora a lei, esta lei, suscita dúas cuestións: unha, que cando finalicen os contratos ou se extingan por resolución, rescate, secuestro ou intervención administrativa, os traballadores da empresa saínte non poderán considerarse empregados públicos nin incorporarse como tales á Administración ou entidade que decide prestar a través da xestión directa o servizo; e, dous, que iso non obsta para que resulten de aplicación as normas laborais sobre sucesión de empresas.

Semellante redacción conduce a diferentes solucións: ou os traballadores se mantéñense na empresa saínte sen que se

modifiquen as súas condicións laborais por aplicación do art.º 44 LET; ou créase unha sociedade -non Administración Pública e non entidade do sector público- que incorpore a estes traballadores para a prestación do posterior servizo que a Administración vai prestar, mesmo puidera acontecer que se tratase dunha prestación intermedia -isto é, vixente exclusivamente ata que se licite unha nova concesión ou contrata-; ou enténdese que, con esta norma, crea unha figura nova no ámbito público que é a do traballador subrogado, non empregado público.

Só así podería interpretarse a paradoxal alusión no inciso final desta Disposición á obriga de aplicar a todos estes traballadores *"as previsións sobre sucesión de empresas contidas na normativa laboral"*. O traballador ten dereito a manter as súas condicións de traballo fronte a un cambio de titularidade empresarial. Posto que a Administración ou a entidade pública non poden incorporalo como empregado público, a norma obriga a empresa saínte a manter as garantías laborais destes traballadores e seguir sendo o titular dos seus contratos de traballo. Con esta solución, estaríase "a blindar" estes traballadores na empresa saínte coas mesmas condicións laborais, malia que remate a relación co sector público ao reverter a actividade ou o servizo á súa orixe inicial. Obsérvase que os mesmos riscos que o traballador pode ter na empresa saínte de ver modificadas as súas condicións ou que se extinga o seu contrato tanto individual como colectivamente tamén os tería no sector público unha vez efectuada a subrogación por canto neste último, e tras as sucesivas reformas, se posibilita a adopción destas mesmas decisións en parecidos termos.

Deste modo, a DA 26ª tería optado por consagrar o que parece deducirse na actualidade como tese maioritaria do Tribunal Supremo. E é que a mera recuperación dun servizo por parte da Administración non constitúe por si mesma unha transmisión de empresa (nin a contrata nin a concesión administrativa son unidades produtivas autónomas ao efectos do art.º 44 LET salvo que se entreguen ao concesionario ou ao contratista a

infraestrutura ou organización empresarial básica para a súa explotación ou que a Administración determine a continuidade do servizo coa mesma infraestrutura e cadro de persoal da empresa privada). Por outra parte, tamén asume a tese dos tribunais da orde social segundo a cal non cabe impoñer tampouco a subrogación convencional toda vez que, por regra xeral, a Administración non formou parte da negociación dos convenios sectoriais nos que a devandita subrogación se establece. Só aqueles Acordos que se asinen no sector público contemplando a subrogación do cadro de persoal de contratistas e concesionarios serían válidos para estes efectos pero agora, a norma legal impedirá tal actuación, xa reducida de por si con anterioridade.

Resultaría esta unha solución simple, sinxela e coherente cos novos termos legais: os traballadores non se incorporan ou non son considerados empregados da Administración ou das entidades públicas pero aplícanse as garantías do art.º 44 LET. Aínda que, quizais, non faría falta recorrer ao art.º 44 LET porque, en tal caso, non se produciría unha sucesión empresarial toda vez que esta lei (especial) a prohíbe. Mais si tería sentido aplicar, tal e como alude o lexislador, as "previsións" sobre sucesión de empresas contidas na normativa laboral. Non constitúe unha sucesión de empresa porque a entrante non pode (por lei) converterse en empregadora dos traballadores pero si se impoñen as garantías aos traballadores previstas na norma laboral. Iso si, alterando o obxecto desta toda vez que nela as garantías xorden polo cambio de empregador; se aquí se considera que non existe tal mutación por canto a empresa que vai desenvolver o servizo ou a actividade non pode (por lei) ser empregadora, entón o art.º 44 LET carece de obxecto aínda cando -por remisión- as súas garantías se estimen aplicables tamén neste suposto.

3.3.4. A aparente contradición entre aplicar as normas da subrogación empresarial e impedir a incorporación do persoal subrogado

Intentando interpretar e sistematizar as normas aquí referidas e descartando que unha redacción tan tortuosa fose deliberadamente incluída no texto legal para propiciar unha solución xudicial dun problema que o lexislador non quere afrontar nestes momentos, fórmulanse as seguintes solucións.

3.3.4.1. Solucións xa ensaiadas: a condición de "persoal a extinguir"

Na tramitación parlamentaria propuxéronse diferentes alternativas. Cabe destacar unha (a do grupo socialista) polo seu intento de equilibrar a aplicación das garantías legais do art.º 44 LET co risco de sobredimensionamento do cadro de persoal do sector público en tempo de contención presupostaria.

Trátase da consideración como indefinidos non fixos destes traballadores durante un prazo non superior a tres anos, que é o prazo que o art.º 70 EBEP establece para a execución da oferta de emprego público ou instrumento similar para garantir a continuidade do servizo. Con esta solución asumírase tanto a imposición administrativa de regularizar unha praza ocupada por un indefinido aínda non fixo, como as garantías de estabilidade por cambio de empresario do art.º 44 LET, ademais da autonomía de cada Administración pública, en uso das súas competencias, na adopción das súas decisións sobre a reversión ou privatización de actividades ou servizos do sector público, ordenando libremente os seus servizos e a forma de xestionar estes. O rexeitamento desta emenda e a redacción final da norma nos termos que se analizan obrigan a descartar, polo momento, esta hipótese.

A doutrina laboralista apuntou, con bo criterio, outra posibilidade certamente interesante como é a recuperación

da figura do "persoal a extinguir" (⁴). En efecto. A Lei 15/14, 16 setembro, BOE, 17 de racionalización do sector público e outras medidas de reforma administrativa, ao programar a extinción de organismos de dereito privado que se integran no ámbito público, regula a figura do persoal "a extinguir" (arts. 3 e ss). Se trata de persoal da entidade privada que seguirá desenvolvendo as súas funcións na entidade pública sen adquirir a condición de empregado público e sen que, en consecuencia, forme parte permanente do cadro de persoal no organismo público nin consolide a súa praza neste. A súa contratación vincúlase exclusivamente ao posto e funcións que desempeña sen que poida beneficiarse das condicións de traballo do empregado público aínda que manteña a estabilidade no posto que viña ocupando na entidade de dereito privado que se integra.

Isto significa que, se o servizo volveuse ser xestionado por outro tipo de empresa (sociedade ou entidade pública) o traballador pasaría a formar parte do seu cadro de persoal, mantendo as súas condicións (salariais e de antigüidade) esixidas polas regras da sucesión de empresas. Así, non se considerarían empregados públicos -porque a lei o impide- nin se integrarían no cadro de persoal da Administración -evitando o seu crecemento- pero tampouco a extinción da entidade supoñería a extinción do contrato do traballador -que mantería a estabilidade no posto de traballo- sen que se cree un posto de traballo -*ex novo*- no ámbito público.

Para a súa reinserción no ámbito privado en caso de que o servizo volveuse ser situado nunha empresa privada ou sociedade mercantil, os pregos de condicións elaborados pola Administración deberían recoller a cláusula subrogatoria pertinente, procedendo, pois, unha subrogación contractual, admitida por ambas as dúas partes contratantes. Todo iso, lóxicamente, a expensas dunha norma legal que así o configure ou dun acordo no ámbito público que así o estableza. Entrementres, manteríanse as súas condicións laborais -mesmo sen sometelas ás

⁴ ALFONSO MELLADO, C., "La reversión a la gestión directa de servicios públicos. Problemas laborales"...op.cit., páx. 33.

limitacións propias do ámbito público posto que a entidade receptora ten a obriga de aplicar as condicións laborais nos termos *previstos*, ex art.º 32.2 EBEP-.

En termos semellantes, ben que en relación aos contratos de servizo -aínda que nada impediría estendelo agora ao contrato de xestión directa de servizos-, o art.º 301 LCSP impide a consolidación no posto de traballo daqueles que tivesen prestado servizos para a Administración na execución do devandito contrato á finalización deste.

3.3.4.2. A incorporación a sociedades públicas mercantís para facilitar a subrogación

Cunhas limitacións distintas, a Lei de Presupostos si admite a incorporación de traballadores nas sociedades mercantís públicas.

En primeiro lugar, porque esta DA 26ª LPXE/17 sinala que, naqueles supostos nos que, excepcionalmente, en cumprimento dunha sentenza xudicial, ou previa tramitación dun procedemento que garanta os principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade, os traballadores dos contratistas de concesións de obras ou de servizos públicos ou de calquera outro contrato adxudicado polas Administracións Públicas previstas no art.º 2.3 da Lei de Réxime Xurídico do Sector Público, cando os contratos se extingan polo seu cumprimento, por resolución, incluído o rescate, ou se se adopta o secuestro ou intervención do servizo conforme á lexislación de contratos do sector público que resultase aplicable aos mesmos, sexan incorporados a sociedades mercantís públicas, as incorporacións que se produzan nestas circunstancias, non se contabilizarán como persoal de novo ingreso do cómputo da taxa de reposición de efectivos.

En segundo termo, porque, tal e como se expuxo con anterioridade, a DA 15ª LPXE/17 dispón unha serie de límites para contratar persoal nas sociedades mercantís públicas. Non obstante, as devanditas limitacións non serán de aplicación cando se trate de persoal cunha "relación

preexistente" de carácter fixa e indefinida no sector público. E, ademais, a taxa de reposición aplicable para novas contratacións indefinidas estará en función da obtención de beneficios das devanditas empresas en dous dos tres últimos exercicios.

As sociedades públicas mercantís constitúen sociedades nas que a Administración participa cun capital exclusivo, maioritario ou minoritario, suxeitas tamén á normativa laboral en materia de contratación. Se o capital público é minoritario a configuración é a dunha sociedade privada, aínda que participada polo sector público, polo que, para os efectos de subrogación, se impoñerían as normas propias da transmisión de dúas empresas privadas. Agora ben, se o capital é única ou maioritariamente público, deberanse advertir tamén as normas administrativas toda vez que o art.º 84 da Lei de Réxime Xurídico do Sector Público establece, a nivel estatal, que estas sociedades forman parte do sector público. De feito, o art.º 113 da citada norma especifica que se rexerán por esta, pola Lei 33/03, 3 nov., BOE, 4 do Patrimonio das Administracións Públicas e polo ordenamento privado, salvo nas materias en que lles sexan de aplicación a normativa presupostaria, contable, de persoal, de control económico, financeiro e de contratación.

En materia de persoal, estas sociedades rexeranse polas normas laborais salvo que existan outras de natureza distinta que resulten de aplicación imperativa por estar integradas no sector público estatal, tal e como sinala art.º 117.4 Lei de Réxime Xurídico do Sector Público. Trátase de sociedades que forman parte do sector público e, como tal, deberán cumprir as normas xerais de contratación nos seus empregados (igualdade, mérito e capacidade do art.º 55 EBEP, por aplicación da DA 1ª EBEP). Pero non necesariamente deberán aplicar as categorías dos empregados públicos recollidas no art.º 8 EBEP -que é precisamente o que prohibe esta nova DA 26ª LPXE/17- posto que se trata de sociedades sometidas principalmente ao dereito privado.

Iso facilitaría a integración ou a consideración dos traballadores subrogados nestas sociedades mercantís como traballadores e non como empregados públicos, categoría que non se aplica a estas. De feito, os tribunais da orde social non dubidan en admitir o carácter indefinido dos traballadores destas sociedades sen recorrer á figura do indefinido non fixo, propia do sector público pero non aplicable a estas sociedades (SSTS 18 set.14, Ar. 5218 y 5219).

O único problema, *a priori*, que podería ter esta solución é o do incremento de persoal e o sometemento -tamén para estas empresas mercantís de capital público- á taxa de reposición. Pero esta obxección pode ser resolta por diferentes vías. En primeiro lugar, pola nova regulación da DA 15ª LPXE/17 xa exposta e en virtude da cal, se xa existía unha relación preexistente, non se aplica limitación ningunha e se reconece as condicións laborais previas. Polo demais, mesmo para as novas contratacións o réxime de reposición está en función dos beneficios obtidos en dous dos tres últimos exercicios. E, finalmente, porque cabería advertir que estes traballadores, por efecto da subrogación, xa formaban parte do cadro de persoal polo que este último non sofre incremento ningún.

Desta forma, a Administración podería constituír unha sociedade mercantil -ou utilizar unha xa creada- para os efectos da integración ou consideración dos traballadores provenientes da subrogación. Ben é certo que a creación da nova empresa podería efectuarse en fraude de lei, isto é, como mero recurso para eludir a aplicación dos controis apuntados ao longo desta análise. De ser así, nada impediría o levantamento do veo societario e a aplicación de responsabilidades ao respecto. Para evitar que isto aconteza, a sociedade que se cree deberá ter non só personalidade xurídica propia senón unha estrutura organizativa propia á marxe da Administración que a crea.

Tamén cabería apuntar a posibilidade de que a Administración retome o servizo con medios propios para encargallo despois a unha sociedade de titularidade pública

ben sexa no marco da xestión directa do servizo ou ben mediante outro tipo de relación. Pode interpretarse, en tal caso, que a sociedade pública que asume o servizo por decisión da Administración non é cesionaria de ningún traballador porque non é parte da relación previa. A subrogación deberá analizarse entre a empresa e a Administración pero non entre a empresa anterior e a nova empresa.

3.3.4.3. A aparición dunha nova figura, a do traballador subrogado non empregado público

É certo que a norma prohibe a "consideración" e a "integración" destes traballadores como empregados públicos pero tamén o é que permite a aplicación das regras do art.º 44 LET.

A integración do cadro de persoal da empresa privada á que se sucede nos supostos de reversión podería facerse, como efecto da subrogación, no ámbito público pero habería de seguir os procesos de contratación que recolle o art.º 61.7 EBEP, sempre que se pretenda consolidar o persoal que se integra e, en todo caso, tendo en conta as taxas de reposición.

Atender ás regras de contratación e consolidación previstas polo EBEP supón achegar unha solución lenta e insegura a estes procesos por canto se trata de traballadores xa contratados pola empresa privada, xeralmente indefinidos, que, como consecuencia dunha decisión administrativa, alteran a súa relación laboral malia que a norma laboral lles garante as mesmas condicións en caso de substitución empresarial cando se mantén o seu posto de traballo e se desenvolve a mesma actividade por outro empregador. Polo que, en prol dun correcto cumprimento do previsto no art.º 44 LET, en tales casos non se produciría unha "incorporación" do traballador ao cadro de persoal da Administración aínda cando si se efectuaría unha "consideración" como traballador desta ou dun dos seus organismos autónomos, neste caso como traballador

indefinido non fixo do cadro de persoal. Ben é certo que esta vía "deteriora" o concepto de indefinición alcanzado na relación laboral mantida coa empresa privada pero tamén o é que é o que máis se aproxima pois, a diferenza do emprego público, o acceso ao contrato na empresa privada non se rexeu polos principios de igualdade, mérito e capacidade que si presiden a contratación laboral no ámbito público e, polo demais, as posibilidades de modificar e/ou extinguir a relación laboral son idénticas.

Pero precisamente isto é o que non quere a nova norma e é o que "limita" -prohibe- o lexislador.

Mais a prohibición é que se "consideren" ou que se "incorporen" como empregados públicos na noción precisada polo art.º 8 EBEP. Nela encóntranse tanto os funcionarios de carreira coma os funcionarios interinos, persoal laboral -fixo, indefinido ou temporal- e persoal eventual. A referencia é global toda vez que o concepto de empregado público comprende a todo contratado laboral e o da Administración Pública a todo tipo de Administración, independentemente do seu nivel de actuación.

Por iso, o que quizais estea a impoñer esta Lei de Presupostos na súa DA 26ª é unha nova figura laboral. Unha nova categoría xurídica de traballadores laborais do sector público, incluída a Administración Pública e as entidades públicas, non empregados públicos. Porque, obsérvase que a prohibición se circunscribe ao feito de ser considerados ou incorporados como empregados públicos, non a facelo noutra condición. Admitiríase así un novo tipo de traballadores non empregados públicos pero si vinculados, como consecuencia da subrogación, á Administración ou a unha entidade de dereito público cunha relación laboral.

Unha boa forma de coordinar a aplicación das normas do art.º 44 LET -ás que expresamente alude esta DA 26ª LPXE/17- coa prohibición de considerar estes traballadores como empregados públicos ou integralos como tal. Do mesmo xeito que se aceptou que os traballadores indefinidos non fixos perden a súa condición cando o servizo

é prestado por unha sociedade pública estatal -admitindo que se convertan en traballadores indefinidos-, do mesmo modo, neste caso, a empregadora pública que se subroga na posición da empregadora privada como consecuencia do seu interese por seguir prestando o mesmo servizo, ha de manter estes traballadores como tales en idénticas condicións a como se achasen vinculados á empresa privada (indefinidos ou temporais, respectivamente).

Unha nova categoría, a do traballador subrogado, que permanece no ámbito público cun estatuto propio -o que laboralmente lle garante o art.º 44 LET- sen que lle sexan de aplicación os principios, regras, procedementos e normas do emprego público. Loxicamente, como en toda transmisión empresarial, as condicións de traballo tenderán a converxer co cadro de persoal da empresa entrante -aínda que sexa pública- e, como naquela, os contratos laborais obxecto de subrogación poderán ser extinguidos -previsiblemente a través de despedimentos obxectivos ou, se é o caso, colectivos, tamén de aplicación no sector público- pero se fará nos termos xerais que explicitar a norma laboral "*Hora tras hora, día tras día*" (En las orillas del Sar, Rosalía de Castro, 1866).

