

REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS

ALEJANDRA SELMA PENALVA

NET21 NÚMERO 11, MAYO 2022

Aunque el art. 44 ET es aparentemente claro en su redacción, en la práctica, surgen diversas dudas relacionadas con el alcance real de sus postulados. Pero entre las formas más complejas que en la práctica pueden revestir los fenómenos de sucesión de empresa, especial mención requieren, sin duda, los supuestos de reversión de un servicio público. Esto es: de retorno a la gestión pública de un servicio que anteriormente se había prestado de forma externalizada a través de un contratista privado. Las serias dudas interpretativas que provoca el simple hecho de desentrañar su propia configuración jurídica, los convierte en problemas que trascienden el ámbito jurídico para pasar a ser prácticamente problemas filosóficos de muy difícil respuesta. Tanto es así que no se puede ofrecer una respuesta exacta y uniforme, ni afirmativa ni negativa, que pueda ser aplicable por igual a todo fenómeno de reversión de un servicio público. Y es que son tantos los factores que intervienen en la prestación del servicio, y tan relevantes éstos a la hora de perfilar la situación, será necesario analizar detallada y minuciosamente todos los elementos concurrentes para determinar con precisión si se cumplen en cada caso los requisitos previstos en el art. 44 ET para poder dar lugar a un fenómeno de sucesión empresarial. Por el momento, el hecho de que la Administración pública, como tal, no haya podido participar en la negociación del convenio sectorial en el que se haya podido incluir una cláusula de subrogación de personal, ni el hecho de la reversión, por si sola, no genere realmente una transmisión real de elementos patrimoniales susceptibles de explotación en el mercado (sino únicamente la recuperación de su gestión con la única finalidad de satisfacer el interés general de los administrados), no se consideran por nuestra doctrina judicial elementos lo suficientemente representativos por sí solos ni para reconocer indubitadamente ni para negar tajantemente la existencia de un fenómeno de sucesión de empresa en el ámbito público (Cfr. STS, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2022, rec. 1248/2021).

Tan compleja es su valoración, que se trata de una cuestión que en la práctica queda reservada a la previa constatación judicial (como se aprecia, entre otras, en las recientes STS 619/2021 de 10 junio, rec. 4926/2018 y la STS 249/2019, de 26 de marzo de 2019, rec. 1916/2017, de 24 de enero de 2018, rec. 2774/2016 o de 19 de septiembre de 2017, rec. núm. 2612/2016), sin que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las empresas privadas, parece que exista la posibilidad de realizar un reconocimiento unilateral por parte de la propia Administración pública de la sucesión del personal afectado, entre otras cosas, porque el art. 308.2 de la vigente Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público claramente especifica que *"a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante"*, previsión en virtud de la cual parece estar prohibiéndose el reconocimiento directo por parte de la propia Administración pública de la sucesión de la plantilla asignada al servicio recuperado, pero no su incorporación por *"sentencia judicial"* (interpretación que además resulta acorde con el contenido subsistente de la DA 26ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017). De tal forma, en caso de reversión de un servicio público, para llegar a una conclusión, nuestros jueces y tribunales, tendrán que sopesar aspectos tales como el tipo actividad transmitida, si necesita o no elementos materiales para poder desarrollarse, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, si hay transmisión de clientela, si la actividad ha experimentado variación antes y después de la transmisión, si se trata de una actividad cuyo valor esencial en el mercado descansa en el *know how* de los propios trabajadores, o de si, antes de ser municipalizado, el servicio en cuestión estuvo suspendido de aplicación y durante cuánto tiempo. Huelga decir que, aunque las cuestiones vinculadas a la ejecución de los contratos administrativos competen a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que concierna a una eventual sucesión de empresa será competencia de la jurisdicción social (incluso aunque se trate de una cuestión que, como ocurre en el caso de la reversión de un servicio público, derive indirectamente de la forma de funcionamiento de un contrato administrativo).

Precisamente al respecto resulta interesantísimo destacar que una de las principales novedades relacionadas con la sucesión de empresa en el ámbito público radica en la reciente postura jurisprudencial en virtud de la cual impide materializar un fenómeno de sucesión de empresa a través de los compromisos de sucesión de plantillas impuestos en el pliego de condiciones particulares de un contrato administrativo. Se trataba de un tipo de previsión

bastante frecuente hasta ahora en el ámbito de la contratación pública en virtud de la cual se exigía que la nueva adjudicataria asumiera el deber de subrogar al personal que la anterior contratista tuviese asignado a la prestación del concreto servicio público en el caso de que le fuera adjudicado el contrato. Y era entonces cuando nuestra jurisprudencia entendía que, esta subrogación de personal impuesta en el pliego, por su propia naturaleza, no podía implicar solo el deber de contratación (de nueva contratación) del personal, sino que, como implicaba la transmisión de un elemento productivo esencial en la prestación del servicio (como lo es, en muchas actividades productivas, el factor humano), era suficiente para exigir, como mínimo, el mantenimiento de los derechos laborales a los que obliga el art. 44 ET, consiguiendo la conservación de la relación laboral con la única novación de la figura empresarial.

Ahora bien, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de junio de 2019 (rec. 702/2016) confirma la imposibilidad de imponer a las empresas adjudicatarias de un servicio público el deber de subrogar a los trabajadores de la anterior adjudicataria que ya había puesto de manifiesto el citado tribunal en sus sentencias de 8 de junio de 2016 (rec. 1602/2015) y de 16 de marzo de 2015 (rec. 1009/2014), entendiendo que este tipo de previsiones excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos (que deberían quedar limitados a marcar obligaciones entre la Administración contratante y la empresa adjudicataria del contrato), en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectarían a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Se trata de una postura jurisprudencial de gran trascendencia práctica: y es que reduciendo el número de situaciones que pueden dar lugar a la subrogación obligada de personal, se reducirá también el número de supuestos en los que el fenómeno de la sucesión de empresa pueda derivar exclusivamente de la transmisión de la plantilla empresarial.

En cualquier caso, es importante resaltar que, al mismo tiempo que se cierra la puerta a la subrogación de personal impuesta en el pliego de condiciones de la contrata, se abre la posibilidad de que este compromiso de contratación se considere una cláusula social, y los propios pliegos de condiciones de las contratas empiecen a considerar puntuables este tipo de compromisos con el fin de beneficiar a las empresas que los asuman. En concreto, la Administración pública tiene la posibilidad de establecer criterios de adjudicación de los contratos administrativos que tengan en cuenta el nivel de compromiso de la entidad concurrente con los fines de interés social, como lo es sin duda, la estabilidad del personal. De esta forma, en lugar de

establecer un criterio único de puntuación (en este caso el precio del contrato), se pueden valorar una pluralidad de aspectos, todos ellos considerados relevantes para el óptimo cumplimiento de la obra o servicio objeto del contrato, entre los cuales pueden incluirse también cláusulas sociales, aunque éstas no generen una ventaja económica directa (145, 157.2 y 158 LCSP 2017). En este caso, el pliego de condiciones del contrato deberá prever qué criterios serán puntuables y detallar la valoración que merecerá cada uno de ellos. Adviértase que siguiendo este criterio mixto de puntuación, la adjudicación del contrato no siempre recaerá sobre la entidad que oferte el objeto del contrato a un precio más ventajoso.

Pero los problemas interpretativos vinculados a la sucesión de empresa en el ámbito público no terminan ahí. A la complejísima labor de delimitación y análisis de si un fenómeno de reversión de un servicio público puede obligar a aplicar las garantías exigidas en caso de sucesión de empresa, se une, en el caso de que el proceso de valoración conduzca a una respuesta positiva, el problema (más difícil todavía de resolver si cabe) de concretar cuál ha de ser la naturaleza jurídica que deberá tener la relación laboral de los trabajadores subrogados. Y es que, en el caso de reversión de un servicio público entra en juego un elemento que nunca está presente cuando la sucesión de empresa se produce entre entidades privadas: el principio de igualdad, publicidad, mérito y capacidad que rige el acceso al empleo público (23 CE). ¿Se trata de una situación en la que se produciría la quiebra de este principio en aras de garantizar el mantenimiento del empleo y la estabilidad laboral? O por el contrario ¿no es éste un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, y como tal, debe regir sin excepción en cualquier contexto?

Hasta ahora, situaciones de este tipo y otras muchas en las que concurriese alguna incidencia en el proceso de contratación laboral, se resolvían recurriendo a la polémica figura del trabajador indefinido no fijo. Se trata ésta de una construcción jurisprudencial que surgió en los años 90, en respuesta al uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal por parte de las Administraciones públicas y que a partir de ese momento se ha estado utilizando para crear una salida airosa que permita compaginar la presunción de contratación indefinida que marca el art. 8.1 ET con los principios básicos que han de regir el acceso al empleo público (23 CE). Ahora bien, desde hace muy pocos meses, nuestro Tribunal Supremo zanja por primera vez las dudas interpretativas que pudieran surgir respecto a los supuestos de reversión de un servicio público, y lo hace utilizando un criterio novedoso hasta ahora:

La STS, Sala de lo Social, de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020), consolida un cambio radical de respuesta en materia de reversión de servicios públicos y mantenimiento del empleo: es la primera vez que el TS aplica la jurisprudencia que el TJUE estableció en la sentencia de 13 de junio de 2019 (C-317/18, Correia Moreira). Y es que en aquella ocasión, el TJUE entendió que el régimen subrogatorio dispuesto en la Directiva 2001/23/CE, debe considerarse como un conjunto de previsiones no fragmentables, y por tanto, aplicables en su totalidad *"a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro"*, pues en caso contrario, admitiendo excepciones a sus postulados (aunque sea intentando conseguir un objetivo tan loable como es la satisfacción eficaz del interés general), se estaría incumpliendo la finalidad unificadora de la citada directiva, generando diferencias difícilmente justificables entre países (repárese en que no todos los países europeos basan su modelo de acceso al empleo público en principios de igualdad, mérito y capacidad).

La reciente sentencia del TS recoge esta interpretación comunitaria, apoyando además su decisión en un argumento tan sencillo como sólido: habida cuenta de que la figura del trabajador indefinido no fijo (en la que se había pensado como solución de emergencia para intentar aunar los intereses contrapuestos a la estabilidad laboral del trabajador subrogado y la selección eficaz y precisa del personal público) tiene su origen en algún tipo de irregularidad en la contratación laboral producida en el seno de un ente público, este presupuesto no concurre en los fenómenos de sucesión de empresa. Y es que en este caso, no hay irregularidad de ningún tipo en la situación de hecho de la que deriva la subrogación de personal (a diferencia de otros supuestos que provocan la creación de la figura del indefinido no fijo). Por lo tanto, admitir la subrogación del personal, pero al mismo tiempo, reconocer la "no fijeza" de los trabajadores subrogados solo por el hecho de que la entidad absorbente es en esta ocasión un ente de derecho público, viene a empeorar la posición del trabajador desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza, creándose así un resultado contrario a los postulados más elementales que inspiran la Directiva 2001/23/CE.

Por este motivo, el TS declara por primera vez que, en caso de subrogación por una administración, ente o empresa pública, el personal de la empresa anterior deberá mantener todos sus derechos, incluida la condición de personal fijo, pues en este caso "la categoría de personal indefinido no fijo es inadecuada para resolver los eventuales conflictos entre la anterior conclusión y las exigencias constitucionales sobre acceso al empleo público respetando

determinados principios". Y es que, en caso de subrogarlos con la condición de trabajadores indefinidos no fijos, éstos habrían perdido las garantías que les reconoce el derecho comunitario al proclamar el mantenimiento íntegro de derechos en caso de sucesión de empresa.

Ahora bien, que se impida trasladar la figura del trabajador indefinido no fijo a los supuestos de subrogación o "municipalización" de un servicio, no quiere decir que no existan particularidades al respecto. La propia STS comentada precisa que la fijeza del personal que ahora se reconoce "no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la (administración) empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar", dando así por sentado que son múltiples y variados los conflictos que en el futuro pueden presentarse al respecto, y que resulta imposible anticiparlos todos antes de que se produzcan, como pueden ser los derivados de procesos de promoción interna, movilidad geográfica, o incluso, de la eliminación futura del servicio que ahora se ha revertido al que estuviera adscrito el trabajador absorbido (tema que, al derogar la última reforma laboral, la DA 16ª ET, sin duda generará un interesante debate, pues parece que, una vez absorbido el personal, incluso aunque en el futuro se opte por amortizar el servicio municipalizado, esta situación difícilmente podrá ya dar lugar a un despido por causas ETOP, ni quizá tampoco a la adscripción del personal afectado a otro servicio distinto, sin tramitar el correspondiente proceso selectivo).

Se trata, por tanto, como se ha dicho, de un hito en la historia del derecho, no solo del derecho laboral sino también del derecho administrativo y del derecho constitucional, porque por primera vez en la historia se produce el reconocimiento expreso de que, bajo determinadas circunstancias (muy concretas, eso sí), pueden existir empleados públicos que hayan accedido a tal condición sin superar proceso selectivo alguno, ni siquiera el proceso selectivo tenue o flexibilizado que se permite en otras ocasiones (como ocurre ahora en los procesos de consolidación de personal laboral temporal en las Administraciones públicas, por ejemplo).

Además de las que se han ido apuntando a lo largo de estas líneas, el complejo tema de la reversión de los servicios públicos todavía suscita muchas preguntas que no tienen por el momento una respuesta clara, como, por ejemplo: acceder a la fijeza sin superar pruebas selectivas ¿no resulta discriminatorio si se compara con quienes han debido hacerlo? ¿Esta diferencia de trato no puede producir el efecto perverso de potenciar intencionadamente este tipo de episodios de externalización y posterior reversión de los servicios públicos?, ¿no debería exigirse un tiempo mínimo

de duración bien del contrato administrativo, bien de la relación laboral iniciada con la subcontratista antes de que se produzca el fenómeno de reversión para que ésta pueda dar lugar a la incorporación definitiva al empleo público?

Por otra parte, existe un tema que, llegado el momento, será imprescindible valorar: ¿qué ocurre cuando el contrato administrativo que ha dado lugar a la reversión no finaliza por agotamiento de su plazo o cumplimiento de su objeto, sino por incumplimiento de la contratista (art.211.f LCSP)? ¿Existiría obligación de subrogación del personal de la entidad adjudicataria incluso aunque el incumplimiento empresarial pueda imputarse a la falta de diligencia o de pericia de los trabajadores asignados a la ejecución del encargo? Y si es así ¿éstos adquirirán también la condición de trabajadores fijos en la Administración pública sin necesidad de superar proceso selectivo alguno? ¿Será la propia Administración pública la que, una vez efectuada la subrogación, deberá adoptar las correspondientes medidas disciplinarias respecto a este personal poco productivo? Se tratan ambas de paradójicas consecuencias del sistema, de efectos perversos que, llegado el momento, será necesario abordar.