

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
135/2016 - Cuarto Trimestre

Monográfico sobre las Especialidades Laborales de la Participación
de la Iniciativa Privada en la Actuación Pública

135



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

135

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

MARÍA JOSÉ ASENSIO COTO	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
JULIO SAMUEL COCA BLANES	Secretario General de Empleo
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
JOSÉ VIDA SORIA	Consejero Permanente de Estado
	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGU MORALE	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGU MORALE	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada
	Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales, uno, monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 135/2016

**Monográfico sobre las Especialidades Laborales de la Participación de la
Iniciativa Privada en la Actuación Pública**

Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Presentación	
Claves laborales de la participación privada en la actuación pública.	
JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
Criterios de delimitación de las actividades profesionales privatizables y no privatizables	
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ.....	49
Cláusulas sociales, contratación pública: desde el problema de “legitimidad” al de sus “límites”	
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	79
Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo	
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	111
Calidad de los servicios públicos y estándares laborales. Especial referencia a seguridad y salud laboral y a conciliación familiar	
SOFÍA OLARTE ENCABO	151
La intervención sindical en la gestión privada de servicios públicos	
Eva Garrido Pérez	183
La gestión privada en los servicios esenciales para la comunidad y las garantías para su mantenimiento	
Mª NIEVES MORENO VIDA	215
Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos	
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ.....	251

Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva	
FEDERICO NAVARRO NIETO	309
Garantías y responsabilidades en materia salarial	
CARMEN SÁEZ LARA	345
El personal laboral de las Administraciones públicas: facultades organizativas y disciplinarias	
MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ.....	370
Las relaciones laborales del personal docente en la enseñanza privada concertada	
PEDRO GÓMEZ CABALLERO	393
Aspectos laborales de la asistencia sanitaria pública concertada	
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS.....	433

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALIJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALIJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral* (Perú), *Arbeit und Recht* (Alemania), *Australian Journal of Labour Law* (Australia), *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* (Francia), *Bulletin of Comparative Labour Relations* (Bélgica), *Canadian Labour & Employment Law Journal* (Canadá), *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Estados Unidos de América), *Diritti lavori mercati* (Italia), *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (EuZA-Alemania), *Giornale di Diritto del Lavoro* (Italia), *Industrial Law Journal* (Sudáfrica), *Industrial Law Journal* (Reino Unido), *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* (Holanda), *International Labour Review* (OIT), *Japan Labor Review* (Japón), *Labour Society and Law* (Israel), *Lavoro e Diritto* (Italia), *Relaciones Laborales* (España), *Revista de Derecho Social* (España), *Revue de Droit du Travail* (Francia) y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* (Alemania).

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 135/2016**

**Monograph about Participation of the Private Sector in the Public Action:
Labour Specialities**

Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

Presentation	
Labour keys of private participation in public action	
JESÚS CRUZ VILLALÓN	13
Criteria of delimitation professional activities capable of privatization or not	
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ.....	49
Social clauses, public procurement: since the problem of ‘legitimacy’ to its ‘limits’	
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	79
Private management, temporary hiring and employment quality	
MIGUEL RODRÍGUEZ-PINERO ROYO	111
Trade union intervention in the private management of public services	
Eva Garrido Pérez	151
Quality of public services and labour standards. Special reference to safety and health work and to conciliation family	
SOFÍA OLARTE ENCABO.....	183
Privately run in the essential services for the community and the guarantees for its maintenance	
Mª NIEVES MORENO VIDA	215
Labour impact of various instruments of privatization and reversal of services public	
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ.....	251

Management private of res public: structure and content of collective bargaining FEDERICO NAVARRO NIETO	309
Warranties and liabilities on wages CARMEN SÁEZ LARA	345
Workers in Public Administration: organizational and disciplinary powers MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ.....	370
Labour relations of teachers in concerted education PEDRO GOMEZ CABALLERO	393
Labour aspects of concerted public health care MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS.....	433

CLAVES LABORALES DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA ACTUACIÓN PÚBLICA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Director de Temas Laborales
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras claves: Gestión privada, servicios públicos, externalización pública

Los procedimientos cada vez más numerosos tanto de gestión privada de servicios públicos como de externalización de determinadas actividades por parte de las Administraciones Públicas, provoca fenómenos en parte novedosos de relaciones triangulares. La Administración Pública, sin tener la condición de empleadora, pues se trata de realidades ajenas a la más conocida realidad del personal laboral propio, está conformando sin embargo un vértice de la relación triangular.

Ello da lugar a que pueda incidir sobre el desarrollo de las relaciones laborales, tanto en el terreno individual como en el colectivo, vinculando a las empresas privadas gestoras de tales servicios y sus trabajadores.

En otras ocasiones, visto el fenómeno desde la perspectiva inversa, el devenir de la gestión de personal en el seno de estas empresas puede acabar condicionando a la propia Administración, que se puede ver abocada a asumir cargas, responsabilidades o costes. Escasas son las normas jurídicas que atienden a esta realidad tan singular, al propio tiempo que reducidos son también los pronunciamientos judiciales al efecto.

A la vista de ello, es oportuno presentar las claves de las especialidades que se presentan en estos casos, tanto desde la perspectiva individual como de la colectiva, así como en su caso si resulta oportuna o necesaria algún tipo de intervención normativa.

ABSTRACT

Key words: privately, public services, outsourcing public

The procedures each time more numerous both of management private of services public as of outsourcing of certain activities from the administrations public, causes phenomena partly novel of relationships triangular. The Administration public, without have the condition of employer, as is is of realities outside to the more known reality of the personal labor own, is forming however a vertex of the relationship triangular.

This gives rise to that may influence on the development of labour relations, both in individual field and in the collective, linking to the managing private companies of such services and their workers.

In other occasions, seen the phenomenon from the perspective reverse, the becoming of the management of personal in the breast of these companies can finish conditioning to it own administration, that is can see bound to assume loads, responsibilities or costs. Few are legal norms that serve this unique reality, at the same time that reduced are also judicial pronouncements to the effect.

In view of this, it is advisable to present key specialities which arise in these cases, both from the perspective of the individual and the collective, as well as in your case if it is timely or needed some sort of policy intervention.

ÍNDICE

1. UN TERRITORIO RELEVANTE, PERO ESCASAMENTE EXPLORADO
2. LA POSIBLE TRASLACIÓN REFLEJA DE LOS CONDICIONANTES PÚBLICOS
 - 2.1. La imposible traslación automática
 - 2.2. La traslación refleja derivada de la calidad del servicio en clave de profesionalidad del personal
 - 2.3. La traslación refleja derivada del respeto a los condicionantes en la selección de los empleados público
 - 2.4. La traslación refleja derivada de criterios presupuestarios públicos
3. LAS ESPECIALIDADES EN LOS PROCESOS GENÉTICOS Y DE REVERSIÓN DE LA EXTERNALIZACIÓN
 - 3.1. Especialidades en la génesis de la privatización
 - 3.2. La sucesión de contratas públicas
 - 3.3. Especialidades en la reversión de la privatización

1. UN TERRITORIO RELEVANTE, PERO ESCASAMENTE EXPLORADO

Tanto la normativa laboral como la doctrina ha ido progresivamente contemplando todo un aparato institucional de singularidades del desarrollo del contrato de trabajo y, más en general, de las relaciones laborales, en el ámbito de las Administraciones Públicas, incluso si se quiere de un modo mucho más amplio en el sector público. La intervención del poder público como sujeto de las relaciones laborales, lo sea en su calidad de empleador o en su condición de interlocutor en el desarrollo de las relaciones colectivas en el ámbito de las Administraciones Públicas, otorga una impronta especial, en la medida en que, aun rigiéndose por reglas de Derecho Privado y, por ende, por la legislación laboral, no excluye que la propia Administración como tal deba estar sometida a reglas de Derecho Público insoslayables. Progresivamente, tanto legislación como jurisprudencia, han ido marcando las especialidades de régimen jurídico en el momento de la celebración del contrato, desarrollo del mismo, así como extinción contractual, sin olvidar lo que afecta a las instituciones colectivas, particularmente la negociación colectiva. Tan es así que, sin que el legislador se haya decidido a dar el paso correspondiente, algunos han propugnado la configuración de este tipo de vínculos laborales como una manifestación más de la lista, ya demasiado amplia, de relaciones laborales especiales¹. Y, sin necesidad de que se verifique esa caracterización como especial, ya en estos momentos a muchos efectos el contrato de trabajo de los empleados públicos presenta enormes rasgos de especialidad, comenzando por la aplicación parcial a los mismos del Estatuto Básico del Empleado Público, siguiendo con la aparición de reglas particulares para los mismos dentro del Estatuto de los Trabajadores; baste con recordar al efecto las reglas

¹ Por todos, J. M. López Gómez, la relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público, editorial Civitas, Madrid 2009.

relativas al encadenamiento de contratos temporales (disp. adic. 15ª ET), a la conversión en indefinidos pero no fijos de las contrataciones temporales ilícitas (disp. adic. 15ª ET), la prohibición de suspensión del contrato de trabajo por motivos económicos (disp. adic. 17 ET), la identificación de reglas especiales para los despidos colectivos (disp. adic. 16ª ET). Tampoco puede olvidarse a estos efectos la rica jurisprudencia que lleva a cabo una aplicación diferenciada de la normativa laboral cuando se aplica al empleo público.

Al otro lado de la orilla, se encuentra el régimen laboral común para todo el sector privado, donde, ahora sin diferenciaciones a estos efectos, se presume que nos situamos plenamente en el ámbito de las relaciones jurídico privadas y, por tanto, aplicable a todos los efectos la legislación laboral general.

Sin embargo, tal modelo dual alternativo, empleo laboral público versus empleo laboral privado, ha oscurecido la presencia de un fenómeno singular de cierta intersección entre lo público y lo privado. Me refiero en sentido amplio a todos los fenómenos de actuación de la iniciativa privada con mayor o menor grado de colaboración o participación en el ámbito de lo público².

En unos casos se trata de una gestión privada de cierto tipo de servicios públicos. La lista de ejemplos puede ser extensísima, pero por mencionar algunos especialmente difundidos y con amplia ocupación en términos de empleo, cabe citar los supuestos de centros docentes concertados, universidades privadas, asistencia sanitaria pública concertada³, servicios sociales públicos concertados, régimen singular de las notarías y registros públicos, transportes públicos de viajeros concertados tanto urbanos como interurbanos, recogida de residuos urbanos, abastecimiento de agua, gestión de centros culturales, etc.. Incluso a ciertos efectos pueden encontrarse manifestaciones de este tipo también en el ámbito de la legislación laboral y de Seguridad Social, como es el caso de la intermediación privada como servicio público a través de las agencias de colocación, la formación profesional concertada, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, etc.

En otros casos, sin llegar a tratarse de la completa gestión de un servicio público, sí que se producen mecanismos de externalización o descentralización productiva de alguna faceta, función o fase del “ciclo productivo” de la Admi-

² Cfr. J. Cruz Villalón y P. Rodríguez Ramos Velasco, Problemática de la privatización y externalización de los servicios públicos, en Revista de Derecho Social nº 3 (1998).

³ Sobre el particular, M. J. Rodríguez Ramos, Aspectos laborales de la asistencia sanitaria pública concertada, en el presente número de la Revista.

nistración pública, sin olvidar las confusas manifestaciones de lo que se viene denominando colaboración público-privado. Se trata de mecanismos que se articulan por medio de contratos o convenios con la empresa privada sometidos a la legislación administrativa. Igualmente, a mero título de ejemplo, piénsese en la hoy en día intensa generalización de fenómenos en los que la empresa privada presta servicios a la Administración Pública tales como son los de limpieza de edificios públicos, seguridad de los mismos espacios, servicios informáticos, mantenimiento y conservación de edificios públicos, construcción pública, etc.

En este campo se advierte hasta el presente una llamativa escasa atención legal, judicial y doctrinal. Sin embargo, apenas se profundiza en la materia inmediatamente se observa la presencia de dificultades de abordaje con solvencia de los múltiples problemas que se plantean al respecto.

En su arranque lo primero a plantearse es los límites materiales permitidos a estos procesos, aparentemente de plena decisión organizativa de la Administración Pública, pero que indudablemente comienzan por plantear el problema de la obligada gestión pública de las decisiones que llegan a afectar al núcleo duro del ejercicio de los poderes de soberanía estatal, por tanto, cuáles pueden ser los límites al proceso de privatización en la gestión pública⁴.

También en ese campo habría que hacer mención a los servicios y actividades que, aunque no concurren imperativos superiores que impidan la privatización, por decisión propio del poder legislativo se prohíbe expresamente que la misma se produzca, o bien que veta que la misma se produzca a través de una determinada forma o procedimiento. Recuérdese a estos efectos, por ejemplo, la en el pasado prohibida contratación indirecta laboral por parte de las Administraciones Públicas⁵, que sucesivamente fue eliminada⁶, de modo que en estos momentos la normativa expresamente no contempla prohibición alguna al efecto, si bien se establece que las limitaciones o prohibiciones que se puedan establecer (se deduce implícitamente que por parte de la normativa autonómica o por la negociación colectiva) sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por em

⁴ Sobre el particular. J. M. Gómez Muñoz, Criterios de delimitación de las actividades profesionales privatizables y no privatizables, en el presente número de la Revista.

⁵ Disp. adic. 5ª Ley 30/2007, de 30 de octubre (BOE 31 de octubre), de contratos del sector público.

⁶ La precedente disposición quedó derogada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

presas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos⁷.

Delimitado el ámbito de lo privatizable y ya en el entorno de las relaciones laborales, igualmente se advierte la dificultad de adaptación y aplicación práctica de la legislación laboral común, como si se tratase de una empresa privada a todos los efectos. Debe advertirse, eso sí, que no nos referimos a una realidad a medio camino entre el empleo público y el empleo privado, pues de principio nos encontramos claramente en el segundo de los supuestos, con aplicación inicial a todos los efectos de la legislación laboral privada. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que nos enfrentamos a una realidad con singularidades, que, aunque se sitúe en el espacio de las relaciones laborales privadas stricto sensu, no cabe la menor duda de que en algunos aspectos relevantes no se adapta con plena comodidad al modelo de las relaciones laborales privadas puras, ni tampoco cabe por simple analogía pensar que estamos en el campo del empleo público. Partiendo de que en estos casos el empleador es una entidad privada a todos los efectos, no puede desconocerse que se realiza una actividad que aunque sea de forma indirecta puede llegar a afectar al interés público, entendido éste en el sentido amplio del término.

Como hemos ejemplificado, las manifestaciones de este fenómeno son de las más diversas, lo que da lugar a una notable dificultad en llevar a cabo un tratamiento unitario desde el punto de vista laboral a las mismas, pero, en todo caso, puede afirmarse que poseen un hilo conductor común a todas ellas. Y ese hilo conductor común no es otro que el de que la Administración Pública y, en general, las empresas públicas, sin tener en modo alguno la condición de empleador de estas relaciones laborales, están de facto muy presentes, influyendo decisivamente sobre el marco laboral, tanto individual como colectivo, al extremo de que esa influencia se llega a plasmar en singularidades jurídicas, que, tarde o temprano, acabarán institucionalizándose.

Se enmarca todo ello en el siempre complejo fenómeno de las relaciones triangulares, donde la Administración interviene como uno de los vértices del triángulo, por medio de los vínculos jurídico-contractuales que establece con el empleador privado, sin conexión jurídica formal con los trabajadores de este último, pero que a la postre condiciona el régimen laboral. Ello naturalmente conduce en muchas ocasiones a aplicar a estos casos las reglas generales previstas en la normativa laboral para las manifestaciones más típicas de las relaciones trian-

⁷ Disp. adic. 4ª Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, conforme a la redacción dada por la ya citada Ley 35/2010.

gulares, especialmente las relativas a contratas de obras y servicios, cesión de trabajadores, empresas de trabajo temporal, así como de transmisión de empresas.

No obstante, la perspectiva que queremos sacar a la luz en el presente número monográfico de la Revista es que ni siquiera las precedentes instituciones solventan las especialidades aquí presentes, por cuanto que las mismas en ocasiones van más allá de ello. Lo que condiciona y provoca, por vía jurídica o de facto, la emergencia de una serie de especialidades es que en uno de los vértices de esa relación triangular actúa un sujeto que tiene la condición de poder público. Y que, como tal sujeto de Derecho Público, impone límites o condiciones a la empresa privada cuando la misma bien gestiona servicios públicos o bien funciones o servicios que la Administración ha decidido externalizar. Desde nuestro punto de vista, a partir del hecho precedente, la pregunta clave a responder es en qué medida esos condicionamientos o limitaciones inciden, no sólo en el servicio que la empresa privada presta a la Administración, sino si pueden llegar a repercutir igualmente sobre los trabajadores de esa empresa privada que ejecutan tales servicios. En definitiva, si se verifica un modo de traslación al empleador privado de los condicionantes o las limitaciones que la propia Administración Pública soporta o disfruta; o bien si tales situaciones pueden, por derivación, provocar este resultado en el devenir de las relaciones laborales, individuales y colectivas, entre empresario privado y sus trabajadores, fundadas unos y otros en los intereses públicos a los que atiende este empleador privado.

En la mentalidad subyacente de unos y de otros, con mayor o menor fundamento, puede actuar la idea oculta de que lo que la Administración Pública puede hacer o no puede hacer con sus empleados públicos, ha de jugar en igual medida respecto de quienes no son empleados suyos, sino de la entidad privada con la que contrata o convenia, pero que deben asumir que al final sus servicios de manera mediata son prestados para la propia Administración, por mucho que formalmente lo sean de manera inmediata para un empleador privado a todos los efectos. En particular, en la mentalidad de los trabajadores se asienta en paralelo la idea de que si al final la utilidad patrimonial del trabajo que se realiza por ellos repercute sobre la propia Administración Pública, si los condicionantes de gestión del servicio provienen de la Administración, siendo ésta la que parece que decide al final, pretenden que la misma se convierta en su interlocutor, especialmente en el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo, por mucho que no lo sea ni lo pueda ser en términos jurídico formales.

Pues bien, ante este panorama de destacada especialidad nos encontramos con la presencia de muy escasa toma en consideración del presente fenómeno por parte de la normativa, tanto la laboral como la administrativa. En algún caso

aislado podemos identificar alguna concreta regla de respuesta al necesario tratamiento diferenciado; ejemplos paradigmáticos de ello serían las cláusulas sociales de la contratación pública o bien reglas de emergencia para dar respuesta a las políticas de reducción del déficit público⁸. Sin embargo, se trata de previsiones señaladamente marginales, de modo que ni hay respuesta para otros muchos aspectos que se plantean en esta materia, ni hay una orientación general del alcance y límites de tales especialidades. Más aún, en las más de las ocasiones toda esta perspectiva se encuentra en una fase muy inicial de tratamiento jurídico, de modo que lo más generalizado es que funcione intensamente en la práctica, pero con muy pobre intervención por parte de los Tribunales laborales. En estas condiciones, se convierten en mucho más trascendentes las aportaciones que en esta materia puede llevar a cabo la doctrina científica, siendo a ello a lo que pretende responder el presente número monográfico de la Revista, tanto desde la perspectiva de clarificación del modo de aplicación de las especialidades en este terreno, como de propuestas de intervención posibles en el futuro inmediato, tanto por parte del legislador como del Juez.

2. LA POSIBLE TRASLACIÓN REFLEJA DE LOS CONDICIONANTES PÚBLICOS

2.1. La imposible traslación automática, pero sí refleja

Como ya hemos insistido en varias ocasiones, nos enfrentamos a relaciones laborales en las que el empleador tiene la condición de sujeto privado a todos los efectos y ni siquiera se trata de entidades de Derecho Público sometidas a la legislación laboral de Derecho privado. Por tanto, en modo alguno cabe calificar de empleados públicos a los trabajadores contratados por tales empresas privadas. En definitiva, no hay argumento o razonamiento jurídico que permita, ni siquiera por analogía, aplicar para estos supuestos las especialidades legales y jurisprudenciales establecidas para el personal laboral al servicio de la Administración Pública o, más ampliamente, que prestan servicios en el sector público.

Es cierto que cuando se trata de empresas privadas que gestionan servicios públicos, los ciudadanos, que disfrutan de tales servicios públicos por esta vía, pueden exigir que los mismos se les presten con esa naturaleza de servicios públicos y, por ende, se sometan al régimen de calidad o modo de prestación de

⁸ Sobre la primera de las cuestiones, cfr. C. Molina Navarrete, Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de “legitimidad” al de sus “límites”, en el presente número de la Revista.

carácter público; lo que habría que preguntarse es hasta qué punto ello podría repercutir sobre las condiciones laborales del personal laboral que presta servicios para tales empresas privadas⁹.

Por poner un ejemplo ilustrativo extensible en gran medida al resto de los supuestos de gestión privada de servicios públicos, si un demandante de empleo requiere de los servicios de intermediación en el mercado de trabajo, debe recibirlo en condiciones asimiladas, los reciba a través de los Servicios Públicos de Empleo gestionados directamente por las Comunidades Autónomas o acuda a una Agencia de Colocación que mantiene un acuerdo de colaboración con los primeros gestionando tal servicio público. Prueba especialmente significativa de ello es que a las Agencias de Colocación la legislación laboral les va a imponer que garanticen a los trabajadores la gratuidad por la prestación del servicio, incluida la gratuidad también para los empleadores cuando las Agencias realicen su actividad en el ámbito de la ejecución de un acuerdo de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo. Más aún, el reconocimiento constitucional tanto del derecho al trabajo como a la libre elección de profesión u oficio, determina que se establezca como principio básico que, no sólo los Servicios Públicos de Empleo, sino también todas las Agencias de Colocación realicen las funciones de intermediación a los demandantes de empleo con escrupuloso sometimiento al principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo¹⁰; no sólo se les prohíbe a las Agencias de Colocación que incurran en tratamientos discriminatorios, sino que incluso se les exige un compromiso más exquisito de igualdad de trato, con vistas a impedir la conformación por vía indirecta de mercados de trabajo “cerrados”. Incluso en ocasiones a las Agencias de Colocación se les exige la adopción de precisas medidas de acción positiva, debiendo elaborar y ejecutar planes específicos de colocación de trabajadores desempleados integrantes de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral. Y todas ellas se presentan como obligaciones que se les imponen a tales Agencias de Colocación sobre la base de que están prestando un servicio que se declara de carácter “público”, aunque lo sea en régimen de gestión privada.

Eso sí, esa traslación de principios públicos en las relaciones con los ciudadanos por parte de las empresas privadas que gestionan servicios públicos, salvo alguna excepción que veremos más adelante, no se extiende al ámbito interno

⁹ Sobre el particular, S. Olarte Encabo, *Calidad de los servicios públicos y estándares laborales. Especial referencia a seguridad y salud laboral y a conciliación familiar*, en el presente número de la Revista.

¹⁰ Cfr. Art. 33 Ley de Empleo, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 24 de octubre).

del funcionamiento de dicha entidad privada; y, por ámbito interno, entendemos, entre otras, las relaciones entre tales empresas privadas y sus trabajadores. Desde el punto de vista interno no repercute el hecho de que gestionen servicios públicos, por cuanto que, insistimos, eso sólo tiene repercusión sobre los ciudadanos beneficiarios de tales servicios públicos. A estos efectos, estos trabajadores no tienen la condición de ciudadanos receptores del servicio público, sino de meros recursos humanos que prestan tales servicios públicos y, por tanto, no tienen posibilidad de que se les trasladen automáticamente los condicionantes o limitaciones de la Administración con sus empleados públicos.

Así, por mencionar un ejemplo concreto que marca con claridad el contraste, mientras que la Administración Pública debe seleccionar a su personal laboral sometido a los principios de igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia, al mismo tiempo que una Agencia de Colocación se encuentra igualmente sometida al respeto al principios de igualdad, mérito y capacidad del proceso de selección de los demandantes de empleo en la prestación de sus servicio de intermediación en el mercado de trabajo, sin embargo, en su condición de empresa privada, no tiene que someterse a dichos principios cuando se trata de seleccionar al propio personal que va a trabajar para la Agencia de Colocación; en esta última perspectiva nos movemos estrictamente en el ámbito de una empresa privada, sometida, eso sí, a la prohibición de discriminación, pero no a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

2.2. La traslación refleja derivada de la calidad del servicio en clave de profesionalidad del personal

A pesar de todo lo anterior, lo que sí puede verificarse es un efecto reflejo de la actuación de la empresa privada en el ámbito de la prestación de un servicio público, de modo que las exigencias impuestas por esa naturaleza pública del servicio prestado deban requerir algunas condiciones en el personal de la empresa privada que los presta. De este modo, si la calidad del servicio a prestar depende de la profesionalidad de los trabajadores de la empresa privada, no sólo es posible sino que resulta obligado exigir determinados estándares de titulación profesional a aquellos empleados de la empresa privada directamente destinados a la gestión del servicio público. Por poner un claro ejemplo, si se trata de una entidad privada a la que se le autoriza en el ámbito de la enseñanza reglada a emitir títulos oficiales, lo sea de enseñanza básica, formación profesional o universitaria, resulta plenamente comprensible que la Administración Pública no sólo controle los contenidos formativos y los itinerarios curriculares de los alumnos, sino que, especialmente, como garantía de la calidad e idoneidad del servicio docente que se presta, exija que el profesorado tenga una contrastada formación académica

que le permita delegar en el centro privado (concertado o no) la emisión de títulos educativos y formativos oficiales¹¹. A veces, esa exigencia de profesionalidad puede ir más allá del simple título, de tal manera que, en ocasiones, como es el caso de la enseñanza concertada, se exige que la contratación atienda “básicamente a los principios de mérito y capacidad”, al tiempo que se le atribuye a la Administración una facultad de verificación de que los procedimientos de selección e incluso los de despido del profesorado se verifique de acuerdo con los procedimientos impuestos legalmente¹²; previsiones que han llegado a ser objeto de valoración de su contraste de constitucionalidad desde la perspectiva de la libertad de creación y dirección de centros docentes reconocida constitucionalmente¹³. Incluso en estos casos se llega a tipificar como infracción leve del centro concertado cuando este procede a despedir al profesorado y los despidos son declarados improcedentes judicialmente¹⁴; no puede afirmarse que la norma esté declarando ineficaz la decisión empresarial de optar por el mantenimiento del despido en caso de improcedencia conforme a la legislación laboral, sin perjuicio de tipificarla como infracción administrativa desde la perspectiva reguladora de las relaciones entre el centro docente y la Administración Pública.

En parecidos términos, podría traerse a colación las posibles facultades de control curricular y de experiencia superior exigida a cierto profesorado universitario de la Universidades Privadas, al extremo de que los mismos también en la práctica se someten a los procedimientos públicos de acreditación académica oficial.

Al objeto de poder precisar con exactitud los condicionantes que se deben establecer al efecto, debe quedar claro que por esta vía indirecta de traslación refleja no se llega a identificar el proceso selectivo en tales empresas privadas con el mucho más exigente en lo formal para el personal laboral de la Administración Pública.

En efecto, de un lado, tal exigencia para la empresa privada no se extiende a todo su personal (como sucede para los empleados públicos), sino exclusivamente para aquel que ejerce de manera directa la función de servicio público (en el ejemplo puesto, el personal docente) no para el resto (en el ejemplo puesto, personal administrativo y de servicios). A mayor abundamiento, es posible que

¹¹ Sobre esta material con carácter general, P. Gómez Caballero, Las relaciones laborales del personal docente en la enseñanza privada concertada, en el presente número de la Revista.

¹² Art. 60.2 y 5 Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio (BOE 4 de julio), reguladora del Derecho a la educación.

¹³ STC 77/1985, de 27 de junio (BOE 17 de julio).

¹⁴ Art. 62.1.c Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio.

respecto de algunas manifestaciones de gestión privada de servicios públicos, la calidad del servicio no obligue a que ningún concreto puesto de trabajo deba ocuparse por personal con específica titulación; por eso hemos mencionado el ejemplo emblemático de la docencia, donde es fácilmente comprensible tal exigencia, pero no lo es tanto en otros casos. Desde luego, es difícil que lo sea cuando se trata de supuestos de externalización de funciones o labores concretas (limpieza, mantenimiento de locales públicos, etc.), pero también puede suceder con algunos supuestos de gestión privada de servicios públicos (gestión de actividades culturales, por ejemplo).

De otro lado, la exigencia de calidad sólo alcanza a la obligación de que quien aspire a ser contratado por la empresa privada ostente determinada titulación académica o formación docente. Sin embargo, a partir de ese primer filtro que deben superar todos los aspirantes a ser contratados, entre los que reúnan tales requisitos de titulación o formativos, la empresa privada podrá seleccionar a la concreta persona a contratar con plena discrecionalidad, sin someterse a los principios de igualdad, mérito o capacidad; a diferencia, de nuevo, de la contratación de empleados públicos de la Administración, donde sí que concurre esta exigencia adicional, de modo que no puede contratar con tal discrecionalidad. Un colegio privado o concertado tendrá que contratar como profesor a quien ostente determinada titulación académica, pero entre quienes la posean podrá contratar con plena libertad, sin necesidad de efectuar ningún tipo de concurso público, ni baremo de comprobación de mérito y capacidad, exigencia que sí se le impone a la escuela pública.

Como matización o excepción parcial a esto último, es posible que en algunos casos muy particulares la Administración incluso asuma un control directo de la contratación del personal a seleccionar o ya seleccionado por la entidad privada. El ejemplo singular de ello se produce en aquellos casos en los que las Universidades Públicas se reservan la facultad de conceder o denegar la “*venia docendi*” del profesorado a contratar por un centro adscrito a la misma¹⁵. En estos casos la exigencia de tal “*venia docendi*” se fundamenta en que el centro adscrito otorga el título académico por sí mismo al alumno que ha cursado los estudios en su seno, pero formalmente el título es emitido por la Universidad Pública a la que se encuentra adscrito y, por tanto, es un título que lleva el marchamo de dicha Universidad en concreto. Con la concesión de esta “*venia docendi*” la Universidad no se limita a efectuar un control formal de que el profesorado propuesto a contratar ostenta el título académico exigido para impartir la materia, sino, adi-

¹⁵ Art. 5.3 Real Decreto 420/2015, de 20 de mayo (BOE 17 de junio), de creación, reconocimiento, autorización y acreditación de universidades y centros universitarios.

cionalmente, que reúne otros elementos de idoneidad, experiencia, competencias y habilidades suficientes como para delegar en esa persona la impartición de la materia que se le asigna. El centro adscrito puede seleccionar con discrecionalidad entre quienes reúnan la titulación exigida al candidato que deseen, pero debe sucesivamente someterlo a la “*venia docendi*” de la Universidad Pública en su condición de Administración Pública.

2.3. La traslación refleja derivada del respeto a los condicionantes en la selección de los empleados públicos

En el apartado precedente hemos llegado a la conclusión de que a las empresas privadas prestadoras de servicios públicos o que asumen tareas externalizadas por la Administración no se les exige el sometimiento a los principios de mérito y capacidad, así como de concurrencia pública, en los procesos de selección de su personal. El fundamento de ello, reiteramos, se sitúa en que dicho personal no ostenta la condición de empleado público y, por tanto, ni se encuentra condicionado por las exigencias derivadas del texto constitucional (arts. 23. 1 y 103.3 CE), ni impuestas en esta materia por el Estatuto Básico del Empleado Público.

A pesar de ello, habría algunas situaciones concretas en las que tales condicionantes podrían tener un cierto alcance, debiendo o pudiendo ser tomadas en consideración. A nuestro juicio, habría que diferenciar entre supuestos en los que la normativa impone la toma en consideración de los principios de referencia frente a aquellos otros en los que, sin imponerlos, la propia Administración Pública por propia iniciativa se los exigiera a quienes participan en licitaciones públicas.

Respecto de los supuestos derivados de la propia legislación laboral, nos encontraríamos con aquellos supuestos en los que esta, bien a resultas de una actuación ilícita o bien con vistas a garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores, pudiera imponer la asunción de este personal por parte de la propia Administración Pública. Dos casos emblemáticos se presentan a estos efectos.

El primero de ellos se produciría cuando la Administración actuase en el marco de una cesión ilegal de trabajadores, en la condición de cesionario, que pudiese provocar que el trabajador cedido optase por reclamar el derecho que le concede la normativa laboral de adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, en este caso la Administración Pública. Ninguna regla de especialidad se contempla en este caso ni en la legislación laboral (art. 43.4 ET), ni en el Estatuto Básico del Empleado Público. Eso sí, el dilema emerge a partir del instante en el que la estricta aplicación de la previsión de la legislación laboral en estos

casos puede provocar que un trabajador por vía indirecta adquiera la condición de empleado público fijo sin haberse sometido a los imperativos derivados de los principios ya mencionados de selección por vía de concurso público conforme a los criterios de mérito y capacidad. Parece claro que la única alternativa es la aplicación en estos casos, con idéntico fundamento y razonamiento jurídico, de la jurisprudencia relativa a la figura de los trabajadores indefinidos no fijos. Así lo ha estimado de manera recurrente nuestra jurisprudencia¹⁶. Eso sí, en estos casos, el indefinido no fijo presentaría algún rasgo de singularidad; de un lado, en el seno de la Administración Pública en su origen no existía una plaza vacante que viene a ser ocupada de manera irregular, sino que es por vía de resolución judicial que reconoce el derecho de opción del trabajador cómo se crea la mencionada vacante; de otro lado, al no existir una precisa vacante, no es fácil adivinar cómo se puede proceder a convocar sucesivamente un concurso público de cobertura de la misma, del que hipotéticamente pudiera derivar la pérdida del empleo del trabajador inicialmente cedido de manera ilegal; por este mismo motivo, es difícil imaginar que a resultados de lo anterior, de manera alternativa, la Administración pudiera proceder a amortizar el correspondiente puesto de trabajo, aunque lo haga por la vía de un despido objetivo individual o de un despido colectivo, por cuanto que en tal caso estaría en la práctica desconociendo el reconocimiento legal del derecho de opción a favor del trabajador ilegalmente cedido. En definitiva, la respuesta a estos supuestos no resulta nada fácil, lo que exigiría algún tipo de intervención legislativa de clarificación de los efectos legales en este concreto supuesto.

El segundo de los casos emblemáticos de imposición legal se podría plantear allí donde la Administración Pública optara por adoptar una medida de reversión hacia lo público de un servicio o actividad inicialmente privatizado, pudiendo jugar a estos efectos la subrogación contractual derivada de la normativa laboral sobre cambio de titularidad de la empresa, donde en igual medida puede surgir el dilema del debido respeto o no a los principios de concurrencia, mérito y capacidad. Comoquiera que dedicaremos un apartado específico a los procesos genético y de retorno de la externalización de servicios, nos remitimos a los que diremos en ese apartado.

Más allá de los imperativos derivados de la legislación laboral en esta materia (cesión de trabajadores y transmisión de empresas), también es posible que la propia Administración Pública, en los correspondientes pliegos de condiciones de las licitaciones públicas a través de las cuales se materializan estos procesos

¹⁶ STS 11 de noviembre de 2003, rec. 3898/2002; STS 11 de diciembre de 2002, rec. 639/2002; STS 27 de diciembre de 2002, rec. 1259/2002; STS 19 de junio de 2002, rec. 3846/2001.

de externalización, imponga a las empresas privadas que la selección de su personal se lleve a cabo a través de algunos procedimientos objetivos, que, si no en todo, cuando menos en parte sean asimilables a los que imperan en el ámbito de la propia Administración Pública respecto de la selección de su personal. A estos efectos, se trataría de articular vía cláusulas sociales este tipo de exigencias a las empresas privadas que colaboran con la Administración Pública, a pesar de que ni la legislación laboral ni la normativa administrativa lo exijan. El interrogante en estos casos se cifra en preguntarse si la normativa no lo impone y nos movemos en el terreno de la discrecionalidad y flexibilidad otorgada por la normativa laboral a las empresas privadas, cuál puede ser el fundamento de esta restricción impuesta vía pliegos de condiciones de la contratación. En este terreno, ha de partirse de la premisa de que la Administración no puede libremente imponer estos requisitos si no tienen una justificación, bien lo sea en clave de calidad del servicio a prestar o bien lo sea en clave de calidad del empleo generado por las empresas que gestionan servicios o actividades públicas, dado que la premisa es la de la libertad de selección por parte de las empresas privadas. Con ello en modo alguno queremos concluir que la Administración no pueda exigir este tipo de condiciones en los pliegos de licitación, pero sí que necesita un fundamento razonable y proporcionado para imponerlo.

2.4. La traslación refleja derivada de criterios presupuestarios públicos

Otro elemento que sobrevuela con intensidad en estas singulares relaciones triangulares deriva de la circunstancia de que en las más de las ocasiones el coste económico del servicio, que le proporciona la empresa privada a la Administración Pública, al final viene siendo soportado por la propia Administración. Eso sucede tanto en el caso de gestión privada de un servicio público gratuito como de actividad externalizada o descentralizada por la Administración. Ciertamente que ello no sucede así en todo caso, por cuanto que, en ocasiones, el particular que accede al servicio asume los costes del mismo: centro docente privado no concertado, que cobra a los padres por la enseñanza de sus hijos; Agencia de Colocación cuando actúa sin convenio de colaboración con el Servicio Público de Empleo, por tanto, cobrándole el servicio a los empleadores, etc. Pero en las más de las ocasiones no sucede así y, por tanto, el sostenimiento económico de la empresa depende en exclusiva o en casi su totalidad del precio que abona la Administración Pública por el contrato o convenio que celebra con aquella; a la postre, es la Administración Pública quien soporta el coste económico del servicio prestado por la empresa privada.

Como es fácil imaginar, en este tipo de actividades y servicios de ordinario presenta un importante peso el coste económico del personal contratado por la

empresa privada al objeto de la ejecución del contrato público con la Administración. Por ende, las condiciones económicas de esta contratación laboral repercuten de manera inmediata sobre el coste que debe asumir la Administración en la fórmula de gestión privada del servicio público o de externalización de la actividad. Más aún, en algunos supuestos, el coste de personal representa casi la totalidad del coste asumido por la empresa privada; piénsese en el caso típico de la descentralización de la limpieza de los locales públicos por parte de una empresa privada.

Hay supuestos especiales en los que el escenario resulta mucho más impactante para la Administración, por cuanto que la misma no sólo soporta de manera indirecta los costes de personal, sino que se llega a articular un mecanismo de triangularidad a través del cual los costes salariales se soportan de manera directa por parte de la Administración. Me refiero en concreto al supuesto de la enseñanza concertada con centros privados, donde es la propia Consejería de Educación quien abona de manera directa al profesorado sus retribuciones, sin intermediación del centro docente concertado, pero sin que por ello la Administración autonómica asuma la condición de empleador de este personal, que sigue siéndolo a todos los efectos el centro concertado.

Más allá de este caso concreto de la enseñanza concertada, en todos los supuestos de participación privada en la actuación pública se verifica una situación paradójica respecto de los costes de personal. De un lado, en muchas ocasiones la opción de política de gestión descentralizada se adopta primordialmente por los menores costes que ello provoca para la Administración comparativamente con lo que supondría una gestión directa con personal propio. Pero, al propio tiempo, de otro lado, la Administración asume un importante riesgo de pérdida del control de la evolución de futuro de los costes de personal soportados por estas empresas.

En esta materia, es cierto que la normativa establece un deslinde claro de responsabilidades, en particular a partir del instante en el que la Administración Pública asume en este terreno un deber económico con un tope máximo de responsabilidad, en la medida en que el mismo queda circunscrito al importe del módulo económico por unidad escolar previsto en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, de las Comunidades Autónomas¹⁷; al extremo de que se llega a imposibilitar que la Administración pueda asumir alteraciones en los gastos de personal y costes laborales del profesorado, derivadas de convenios colectivos

¹⁷ Art. 117.2 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (BOE 4 de mayo), de Educación.

que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios contemplados en los correspondientes módulos¹⁸.

Sin embargo, ello no deja de suscitar importantes problemas, que se han planteado especialmente respecto de concretos complementos, particularmente recurrentes en relación con los complementos de antigüedad¹⁹. Adicionalmente, la regulación general de la docencia determina importantes limitaciones a lo que las partes pueden pactar en materia de condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva; así, por ejemplo, sucede en materia de jornada de trabajo.

Por lo demás, más allá del caso muy específico de la enseñanza concertada, las miradas necesariamente se dirigen al proceso de desarrollo de la negociación colectiva en este tipo de empresas. En la medida en que es precisamente a través de la negociación colectiva cómo se fija la retribución de estos trabajadores, por derivación, el grueso de los costes económicos a soportar por la Administración que descentraliza una actividad o encomienda la gestión privada de un servicio público provienen del resultado de la negociación colectiva²⁰.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que más allá de la repercusión indirecta sobre los costes de la contratación pública, en muchas ocasiones la Administración Pública asume la condición de empresa principal en el marco de una contrata de la propia actividad, de la que deriva la correspondiente responsabilidad solidaria por el abono de los salario pendientes de pago a los trabajadores de la empresa privada en su condición de empresa contratista (art. 42.2 ET)²¹.

Hasta el momento presente el análisis de las relaciones triangulares se ha centrado exclusivamente en la perspectiva individual de las relaciones laborales, a través del estudio de instituciones tales como las contratas y subcontratas de obras y servicios, cesión de trabajadores, así como subrogación por transmisión de empresa. Por mucho que ello se gestionase en clave de afectar a un grupo amplio de trabajadores, la perspectiva institucional ha venido siendo la de su afectación al régimen del contrato de trabajo individual. Desde esta otra perspectiva, emergen las instituciones propias de las relaciones colectivas de trabajo,

¹⁸ Art. 117.6 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo.

¹⁹ Por todas, STS 17 de diciembre de 2002, rec. 1285/2001; 24 de octubre de 2004, rec. 134/2003; 28 de abril de 2005, rec. 54/200318 de mayo de 2005, rec. 149/2002.

²⁰ Con carácter general sobre las especialidades en esta materia, F. Navarro Nieto, Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva, en el presente número de la Revista.

²¹ STS 8 de octubre de 2008, rec. 1675/2007.

esencialmente la negociación colectiva, aunque no sólo ella, pues también puede afectar a otras como por ejemplo al ejercicio del Derecho de huelga²².

Eso sí, en el punto de arranque la complejidad jurídica emerge en clave bastante similar. Del mismo modo que las relaciones triangulares en lo individual son difíciles de articular, sobre la premisa de una relación sólo bilateral en el contrato entre trabajador y empleador, también las relaciones triangulares en lo colectivo resultan complejas, sobre la premisa de que la negociación colectiva igualmente es exclusivamente bilateral en el sentido de que sólo se conciben dos bancos: uno el que representa a los empleadores, otro el que representa a sus trabajadores. Por tanto, en esta negociación colectiva, se sientan a negociar el representante de la empresa privada si se trata de un convenio de empresa o la asociación empresarial en representación de los empleadores privados. Dicho en sentido negativo, la Administración Pública como receptor del servicio privatizado o externalizado, al no tener la condición de empleador, no es parte directa del proceso de negociación colectiva. Y, a pesar de ello, es sujeto afectado de manera directa por el resultado especialmente en clave de costes económicos del convenio colectivo negociado por tales empresas, en la medida en que ello puede repercutir sobre el coste del contrato público que mantenga con las mismas.

En resumen, en clave jurídico formal se establece una visión dual, empleador versus trabajador en lo colectivo, que da la espalda al protagonismo del tercero involucrado, la Administración. Y, sin embargo, desde el punto de vista material los tres protagonistas del proceso son conscientes de la decisiva influencia y afectación de quien no se sienta formalmente en la mesa de negociación del convenio. Los representantes de los trabajadores quieren involucrar en la negociación a la Administración, pues al final es quien va a soportar los costes y de facto puede facilitar el acuerdo en la mesa de negociación por vía de compromisos adicionales de gasto. Por los mismos motivos, las empresas privadas pueden en unos casos temer la intervención oculta de la Administración forzándole a adoptar cierto tipo de acuerdos o a la inversa en otros casos pueden reclamar la actuación informal de la Administración para propiciar un compromiso adicional por parte de esta que facilite al acuerdo. Finalmente, la Administración también puede moverse con una enorme inseguridad, pues en unos casos puede preferir hacer hincapié en el hecho de que carece de toda responsabilidad en el devenir de la negociación colectiva pues no asume en ningún caso la condición de empleador, pero al propio tiempo desea estar vigilante del resultado de la negociación por los efectos indirectos que ello le suponga.

²² Sobre este particular, cfr. M. N. Moreno Vida, La gestión privada en los servicios esenciales para la comunidad y las garantías para su mantenimiento, en el presente número de la Revista.

Eso sí, todo esto último lo es en clave material de desarrollo en el terreno de la simple sociología de la negociación colectiva en estos casos, pero manteniéndose desde la perspectiva jurídico formal la ortodoxia de la estricta bilateralidad de dos bancos de negociación (empresarial y social), a los que se presenta como totalmente ajena la Administración Pública.

Con todo, habría que reflexionar hasta qué punto la realidad sociológica material no requeriría de algún grado de institucionalización jurídica, que eleve a rango formal en las reglas de funcionamiento de la negociación colectiva algunas de las manifestaciones que se producen hoy en día desde la perspectiva material.

Alguna respuesta se podría proporcionar ya a partir de la legalidad vigente, con aplicaciones de ciertos preceptos no previstos para el caso concreto, pero que por extensión lo podrían ser.

Así, a título de ejemplo, cabe considerar que en estos casos, aunque la Administración, por no ser empleadora no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del convenio así negociado, sí que asume la condición de tercero que puede sufrir un perjuicio inmediato a efectos del resultado del proceso negocial. En estos términos, puede suceder que la negociación del convenio alcance acuerdos que impliquen que con ello se “lesiona gravemente de interés de terceros”, lo que legitimaría procesalmente a la Administración a impugnar por lesividad el correspondiente convenio colectivo; se trataría de una legitimidad procesal directa en tutela de sus propios intereses económicos, en su condición de responsable de la gestión del correspondiente servicio público, sin conexión alguna con la facultad que se le atribuye a la autoridad laboral de control genérico de la legalidad del convenio colectivo en, ahora, en su condición de garante del interés general. Tal lesividad, por ejemplo, no se ha admitido en el caso concreto de la responsabilidad de la Administración respecto del profesorado de los centros concertados, dado que la misma queda limitada a resultados de los ya referidos módulos económicos²³. Por el contrario, sí que se ha admitido en el caso de contrata de limpieza para un hospital público²⁴.

La precedente medida, sin embargo, es muy limitada en cuanto al juego que le otorga a la Administración en estos casos. Su alcance lo es exclusivamente de carácter reactivo frente a una situación ya consumada, mientras que en esta materia sería preferible la adopción de canales preventivos que de antemano permitan conciliar los intereses en juego. Por este mismo motivo, la fórmula de la lesión

²³ STS 21 de diciembre de 2011, rec. 1/2011.

²⁴ STSJ, Extremadura, 31 de marzo de 1992, rec. 91/1992.

grave a terceros sólo podría actuar en situaciones claramente excepcionales de funcionamiento patológico de la negociación, en tanto que la cuestión de fondo aquí aconseja reconducir el fenómeno a desarrollo ordinario y, por ende, fisiológico de las relaciones laborales. Y, sobre todo, la legitimación a la Administración en estos casos, por su propia naturaleza, comporta un mecanismo procedimental complejo en exceso, en la medida en que conduce inexorablemente a la judicialización de estos procesos de negociación colectiva, nada recomendable por muchos motivos en los que entendemos es innecesario detenernos a detallarlos.

Ha de tenerse en cuenta que desde la perspectiva formal, el pacto que se haya alcanzado resulta difícil de atacar por parte de la Administración, en la medida en que sus obligaciones y cargas se ciñen en exclusiva a lo que sea el resultado de lo fijado en el convenio o contrato público celebrado entre la propia Administración y la empresa privada, pudiendo formalmente bloquear cualquier tipo de exigencia de sobrecostes derivados del devenir de una negociación colectiva a la que se es ajeno. Obviamente, el problema no puede cerrarse con esta sencilla escisión de responsabilidades formales, por cuanto que no resuelve el conflicto de intereses entre las partes. Incluso en algún caso concreto, ni siquiera vendría resuelto desde el punto de vista formal; baste con volver a mencionar el supuesto del abono directo de la retribución del profesorado por parte de la Administración en el caso de los centros docentes concertados.

Por ello, parece necesario proceder a reflexionar sobre la posibilidad, ahora desde la perspectiva de *“lege ferenda”*, de la introducción de algunas reglas que permitan otorgar algún tipo de influencia indirecta al condicionante de afectación a los presupuestos públicos de este tipo de fenómenos, incluso algún tipo de medida que permita otorgar cierto protagonismo a la propia Administración en el desarrollo del proceso negocial, o, a la inversa, que refuerce la perspectiva formal de garantía de que la Administración no va a soportar perjuicios económicos a resultas de una negociación en la que no ha podido participar.

Una primera posibilidad sería la de ampliar el alcance del deber de negociación conforme al principio de buena fe, impuesto en particular a la representación de la empresa. Hasta el momento presente la institución de la buena fe, por tener el carácter de contractual, alude a la relación mutua entre los miembros de ambos bancos de negociación. Por tanto, se trata de una buena fe vinculada a los intereses que representan cada una de las partes contratantes en lo colectivo: el banco empresarial respecto del banco social y viceversa. En este caso, se trataría de una buena fe, entendida en una clave completamente diversa: la buena fe de lo negociado respecto del perjuicio que ello podría comportar frente a terceros, en este caso la Administración Pública. Tal como está redactado en el momento

presente el deber de buena fe en la normativa vigente, el mismo se concibe en la perspectiva clásica de la buena fe contractual entre las partes que intervienen directamente en la negociación del convenio, por lo que una extensión novedosa de la buena fe en este otro terreno a nuestro juicio requeriría de una precisa reforma legislativa y sería forzado en exceso una lectura interpretativa de la regla actual con un enfoque ampliatorio como el que se propone aquí.

Una concreta manifestación de lo anterior podría situarse en el terreno de la vigencia temporal del convenio colectivo, o bien en el correspondiente al ámbito de aplicación del convenio en cuestión, siendo el ejemplo más emblemático cuando ambos elementos coinciden. Me refiero a aquellos casos, en absoluto marginales, en los que se hace coincidir el ámbito de aplicación del convenio colectivo con el correspondiente al de los trabajadores afectos a la ejecución de la contratación pública con la Administración o del concreto servicio público descentralizado. Se trata de supuestos en los que la empresa privada conforma como centro de trabajo específico el correspondiente al de los trabajadores destinados a la ejecución del contrato público o de la gestión del servicio que se ha privatizado, al mismo tiempo que negocia un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación coincide con el propio de ese centro de trabajo. En estos casos resulta más directa la correlación de costes entre lo pactado en el convenio y lo estipulado en la correspondiente contratación pública Administración-empresa privada. Pues bien, para estos casos habría que entender que la capacidad de negociación colectiva entre la empresa y los representantes de los trabajadores sólo puede extenderse temporalmente al período de vigencia del vínculo inicialmente establecido entre empresa y Administración. Transcurrido este último período de vigencia, el servicio o la actividad de ordinario se volverá a sacar a concurso público, con el resultado de que si juega el mecanismo de la subrogación contractual, la nueva empresa adjudicataria del servicio o de la actividad se vería sometida a una condiciones económicas que no ha negociado; pero, sobre todo, y es lo más relevante (pues lo anterior puede ser derivación natural de las reglas laborales generales sobre transmisión de empresa) reside en que esas condiciones pactadas en el convenio colectivo condicionan de manera decisiva el desarrollo de las ofertas que se produzca en la nueva licitación pública, con la comprensible inmediata afectación sobre el posible incremento de las ofertas, que repercutirían sobre los costes de la Administración. En definitiva, se podría estar produciendo, en caso de que se permitiesen tales prácticas negociales de impacto temporal más allá del tiempo de vigencia del vínculo Administración-empresa una estrategia desleal de la propia empresa favorecedora de incrementos económicos desmedidos que en ningún caso le perjudicarían a ella si de antemano tiene decidido no concurrir a la próxima licitación. Como la prueba del móvil de la estrategia negocial por parte de la empresa puede resultar diabólica en su constatación, parece más oportuna

una regla objetiva y formal, como sería la aquí propuesta de limitación temporal de la capacidad negocial en estos casos.

Más allá de lo anterior, para algún caso concreto habría que debatir si serían posibles, incluso necesarias, medidas de mayor impacto en el terreno jurídico. Probablemente, una vez más, el caso más emblemático sería el relativo al abono de la retribución del profesorado de los centros concertados por parte de la Administración. En estos casos, sin ser su empleadora, ya no es que legalmente a la Administración se le imponga un modo de responsabilidad solidaria por el abono de tales retribuciones sino que se establece un régimen de imputación directa de la condición de deudor del crédito salarial. Comoquiera que en estos casos inexorablemente los incrementos retributivos repercuten directamente sobre los fondos públicos, sin parecer razonable proceder a incorporar a la Administración a la condición de miembro del banco social, se le podrían otorgar facultades similares a las que se le otorgan a la autoridad presupuestaria respecto de la evolución de los costes económicos de la negociación colectiva de los empleados públicos. En concreto, podría ser razonable que los topes de incrementos retributivos establecidos para los empleados públicos se extendieran al profesorado de los centros concertados, lo que procedimentalmente se completaría con el necesario visto bueno en los aspectos que le afectan de manera directa por parte de la autoridad presupuestaria, visto bueno previo a la firma final del convenio colectivo.

Esta posible fórmula de control y a la postre de limitación negocial, a nuestro juicio, sólo podría establecerse para casos muy limitados, prácticamente imposible ampliarlo a otras situaciones más allá de la concretamente mencionada o, en su caso, en otros supuestos en los que la Administración llegue a asumir una obligación directa como deudor salarial. Ha de tenerse presente que en estos casos se trataría de una importante restricción al derecho constitucional a la negociación colectiva, que como tal tiene que tener una sólida fundamentación jurídica sobre la base de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad; principios que son justamente los que avalan este tipo de limitaciones en el ámbito de la negociación colectiva en el empleo público y que en su caso podrían extenderse como excepción a los casos aquí mencionados de obligación directa de abono de la retribución como deudor del crédito salarial en el sentido estricto del término, pero no más allá de ello.

Otra de las manifestaciones en el terreno presupuestario deriva del impacto que han tenido las medidas de reducción del gasto público con vistas a lograr el equilibrio financiero de las cuentas públicas. Como bien es conocido, la medida inicial de mayor impacto fue la correspondiente a la reducción de las retribuciones del conjunto de los empleados públicos a la altura de mayo de 2010, que,

comoquiera que incluyó al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, desembocó en un modo de descuelgue salarial del conjunto de los convenios colectivos del sector público, que acabó siendo avalado jurisprudencialmente²⁵.

Más allá de ello, tal medida ya contemplaba alguna previsión que afectaba a personal laboral que no tenía la condición de empleado público, ni la entidad para la que prestaban servicios podía considerarse perteneciera al sector público en el sentido amplio del término. Me refiero en concreto, a la específica medida adoptada de correlativa reducción salarial del personal contratado por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y de sus entidades y centros mancomunados²⁶.

Eso sí, en paralelo, hecho sobre el que se debatió en menor medida, algunas Administraciones Públicas procedieron también a reducir proporcionalmente en cuantía similar el coste de determinadas contrataciones públicas, a través de las cuales se canalizaban diversas formas de gestión privada de servicios públicos. En estos casos, el impacto inmediato de la reducción del gasto público se repercutía sobre la empresa pública que venía ejecutando el servicio asumido vía la contratación pública de referencia. Sin embargo, en estos casos formalmente el mandato legal no se extiende a reducir las retribuciones de los trabajadores contratados por las correspondientes empresas privadas, ni, por tanto, contiene regla alguna dirigida a alterar lo pactado en los correspondientes convenios colectivos. A resultas en algunos casos se interpretó que la empresa privada no podía reducir unilateralmente los salarios de esos trabajadores, pues en principio tenía que respetar lo pactado vía convenio colectivo²⁷. Caso singular se presentaba allí donde este convenio colectivo contenía una cláusula de equiparación salarial a los niveles establecidos en el sector público²⁸.

El dilema en esta clave es si en estos casos cabe considerar que se le atribuye a la empresa alguna facultad de traslación refleja de la reducción de ingresos hacia una proporcional disminución de las retribuciones de sus empleados. En concreto, la vía que procedería en estos casos no sería otra que la correspondiente a acudir al procedimiento del descuelgue del convenio colectivo, sobre la base de constatar que la decisión de la Administración juega en clave de fuerza mayor o

²⁵ Art. 18.4 Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE 24 de mayo), por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

²⁶ Disp. adic. 3ª RDL 8/2010, de 20 de mayo.

²⁷ STS 20 de julio de 2012, rec. 196/2011; 17 de octubre de 2013, rec. 142/2011.

²⁸ STS 17 de julio de 2012, rec. 36/2011.

“*factum principis*” que determina la concurrencia de la causa económica definida legalmente como justificativa del mencionado descuelgue convencional.

Por ejemplo, en el caso muy singular de los centros concertados, algunas Comunidades Autónomas procedieron a reducir los módulos económicos conforme a los cuales asumía sus responsabilidades de abono de los salarios del profesorado. A tal efecto, la jurisprudencia no ha dejado de tener algunos vaivenes contradictorios, por cuanto que de un lado interpretó que ello no exime al centro concertado de la obligación de asumir el abono de los niveles retributivos establecidos en los convenios colectivos de aplicación²⁹; pero, al propio tiempo, consideró que no procedía plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la modificación legal de los módulos económicos, en la medida en que por esa vía cabía modificar los contenidos normativos de los convenios colectivos aplicables al caso³⁰. En otros casos ha convalidado las reducciones en la medida en que sucesivamente los convenios colectivos redujeron las retribuciones a resultas de la previa reducción de los módulos³¹.

3. LAS ESPECIALIDADES EN LOS PROCESOS GENÉTICOS Y DE REVERSIÓN DE LA EXTERNALIZACIÓN

Los procesos de externalización de servicios pueden partir de una situación previa de gestión directa de los mismos por parte de la Administración, que lo condicionan, del mismo modo que idéntica incidencia puede presentar el fenómeno inverso de retorno al escenario de gestión directa a partir de una previa gestión privada.

Con carácter general ambos procesos, genético y de reversión, se pueden realizar con sometimiento a las reglas generales relativas al cambio de titularidad de empresa, centro de trabajo o unidades productivas autónomas, con el régimen de subrogación contractual, de responsabilidades solidarias y de especialidades en materia de representación y negociación colectivas, conforme a la regulación establecida tanto por la legislación laboral interna (art. 44 ET) como a la derivada de la Directiva de la Unión Europea vigente al efecto.

No obstante, una vez más en esta materia se presenta ciertas especialidades, de las que merece la pena dejar constancia, a los efectos de constatar la posible

²⁹ Por todas, STS 12 de noviembre de 2012, rec. 84/2011; 24 de septiembre de 2012, rec. 127/2011.

³⁰ STS 31 de enero de 2012, rec. 184/2010; 26 de junio de 2013, rec. 165/2011.

³¹ STS 30 de marzo de 2016, rec. 3/2015.

complejidad aplicativa de la normativa laboral concebida sobre todo en su origen para ser de aplicación al sector privado, no sólo por lo que se refiere a los efectos subrogatorios³², sino también en relación la intervención sindical en la génesis y desarrollo de tales procesos³³, respecto de su impacto sobre las reglas relativas a la contratación temporal³⁴, así como de responsabilidades salariales³⁵. Eso sí, una cosa es que tal regulación lo sea concebida en su diseño para el sector privado, y otra bien diferente es que por su literalidad tenga un alcance indubitado también cuando interviene como uno de sus protagonistas la Administración Pública. Como expresamente dirá la Directiva de referencia la misma resulta de aplicación a las empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro.

3.1. Especialidades en la génesis de la privatización

Comenzando por la primera de las manifestaciones, allí donde la Administración Pública, en su condición de empleadora directa de uno grupo de trabajadores, a partir de una gestión directa de un servicio pública o de una unidad productiva autónoma, proceda a su privatización, atribuyéndole la gestión a una entidad privada, de principio entra en juego plenamente la transmisión de empresa que da lugar a la subrogación contractual del nuevo titular de la actividad empresarial³⁶. En algunos casos puede presentar alguna dificultad la aplicación de los conceptos de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma al ámbito de la Administración Pública, pero una interpretación sistemática y finalista del precepto permite un aplicación coherente del precepto en cuestión, siendo de enorme utilidad la jurisprudencia asentada al respecto, tanto por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por parte del Tribunal Supremo. Igualmente la diferenciación establecida entre mera transmisión de actividad, que no provoca el efecto subrogatorio, y entidad económica que mantiene su identidad, que sí provoca el efecto subrogatorio, resulta de enorme utilidad en estos casos.

³² Sobre esta materia con carácter general, cfr. J. L. Monereo Pérez, Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización de servicios públicos, en el presente número de la Revista.

³³ Sobre el particular, cfr. Eva Garrido Pérez, La intervención sindical en la gestión privada de servicios públicos, en el presente número de la Revista.

³⁴ Sobre el particular, cfr. M. Rodríguez-Piñero Royo, Gestión privada, contratación temporal y calidad del empleo, en el presente número de la Revista.

³⁵ Sobre el particular, cfr. C. Sáez Lara, Garantías y responsabilidades en materia salarial, en el presente número de la Revista.

³⁶ STJUE de 29 de julio de 2010, C-151-09, asunto UGT FSP.

Entrando ya en el terreno de las especialidades establecidas al efecto, habría que tener muy presente que la legislación laboral interna se extiende exclusivamente a las relaciones laborales sometidas a contrato de trabajo, por tanto, no afecta a aquellos empleados públicos que tienen la condición de funcionarios públicos o se encuentran sometidos a un régimen estatutario de Derecho público. A su vez, la Directiva viene a establecer que la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la Directiva. Debe advertirse que la exclusión de la Directiva afecta exclusivamente a reorganizaciones administrativas internas, a partir de personal que de arranque tiene la consideración de empleado público y no la pierde tal condición con el correspondiente traspaso de funciones; es decir, en sentido negativo, en ningún caso excluye de la aplicación de la Directiva los supuestos en los que la actividad pasa a ser gestionada por una empresa privada, con el posible efecto derivado de que el empleado público deja de serlo.

En estos casos, resulta obligado comenzar por excluir la subrogación, por vía de novación subjetiva del vínculo, allí donde el personal afecto a la prestación del servicio, cuando el mismo de partida es gestionado directamente por la Administración, tenga la condición de funcionario público. En estos casos, no es posible aplicar el régimen subrogatorio previsto en el Estatuto de los Trabajadores, por cuanto que, como hemos indicado, el mismo no resulta de aplicación a los funcionarios públicos, al mismo tiempo que la legislación funcionarial no contempla la pérdida de la condición de funcionario público por un fenómeno de traspaso administrativo de tales características, ni tampoco contempla pasar a una situación de excedencia obligada en estos mismos supuestos; diverso sería que el propio funcionario público voluntariamente estuviera interesado en pasar a una situación de excedencia voluntaria a resultas de la privatización del servicio, pero ello en ningún caso lo sería a resultas de la aplicación de la subrogación contractual prevista en el Estatuto de los Trabajadores. Por contrate, un traspaso de funciones administrativas en clave de privatización del servicio público, como hemos advertido, no se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Directiva, pero tal supuesto se podría interpretar como regla de mayor favorabilidad admitida por la propia Directiva, conforme a la cual la misma no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores. No requiere de mayor explicación entender que en estos casos el funcionario público siempre preferirá mantenerse vinculado a la Administración Pública cuando la misma opte por algún tipo de proceso privatizador, por cuanto que la garantía de estabilidad en el empleo, como uno de los objetivos básicos de la Directiva desde el punto de vista de los intereses de los trabajado-

res, queda más favorecida con la pervivencia en el seno de la Administración Pública.

El marco jurídico se invierte, por el contrario, cuando nos enfrentamos a una privatización de estas características cuando el personal afectado se encuentra regido por un contrato de trabajo, a pesar de que tenga la condición de empleado público. En estos casos, no cabe la menor duda de que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, pero ahora también con plena aplicación de la regla subrogatoria del Estatuto de los Trabajadores y sin que se haya contemplado, ni directa ni indirectamente, regla de mayor favorabilidad que le permita permanecer vinculado a la Administración Pública.

No se puede desconocer que en estos casos las posiciones de intereses de las partes pueden encontrarse invertidas. Lo habitual es que los trabajadores frente a los procesos de reestructuración empresarial que comportan cambio de titularidad de la organización, en aras del mantenimiento del empleo, prefieran pasar a depender del cedente por vía de la aplicación de la normativa europea y estatutaria relativa a la subrogación contractual, en la medida en que ello le proporciona mayor seguridad laboral, que se concreta en una garantía de estabilidad en el empleo. Por contraste en los casos de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas, que desemboca en la gestión privada de ciertos servicios públicos, a partir de una situación previa de gestión directa con personal laboral propio de la Administración en cuestión, los trabajadores lo normal es que se resistan al efecto subrogatorio, pues prefieran seguir vinculados a la Administración, como su antiguo empleador, y ésta prefiera que se produzca la cesión de trabajadores.

A tal efecto, debe destacarse que lo que contempla la norma, tanto europea como interna de transposición, es la continuidad en la vinculación a la entidad económica con identidad propia y no al empleador. Con independencia de que en su origen tuviera un carácter garantista de los intereses de los trabajadores, hoy en día puede afirmarse que las razones de fondo superan los particulares intereses de trabajador y empleador, individualmente considerados. Prima en estos casos el objetivo de garantizar la continuidad de actividad o servicio transferido, como conjunto integrado en el que confluye el capital humano afecto a los mismos, de modo que incluso se establece un régimen que favorece este tipo de transmisiones o traspasos, que al propio tiempo que tutela la estabilidad de los trabajadores también establece un régimen que impide a una actuación de rechazo al cambio por parte de los trabajadores. En definitiva, el efecto subrogatorio estatutario se produce “*ex lege*”, de manera automática y, por tanto, al margen de la voluntad favorable o contraria a la misma por parte de los trabajadores. En la práctica ello

comporta que la normativa en estos casos no atiende a la preferencia de intereses que pudieran manifestar los trabajadores favorables por mantenerse vinculados a la Administración Pública.

Eso sí, una cosa es que el efectos subrogatorio se pueda producir en estos casos contra la voluntad de los trabajadores y otra bien diversa es que tal resultado sea inexorable, sin que quepan soluciones alternativas en el proceso privatizador que permitan la continuidad de la vinculación de los trabajadores con la Administración Pública. Lo que garantiza en todo caso la norma, tanto europea como estatutaria, es que el cambio de titularidad no extingue por sí mismo el contrato de trabajo, para lo cual impone el efecto subrogatorio. Ahora bien, allí donde el proceso de privatización se verifique por medio de un proceso negocial entre las partes, que dé lugar a la pervivencia del vínculo laboral con la Administración Pública y sin efecto subrogatorio, hay que entender que el mismo no es contrario a los imperativos derivados de la legislación laboral. En tales casos, habría que concluir diciendo que, a sensu contrario, de no articularse un mecanismo específico de pervivencia de la vinculación a la Administración, el efecto subrogatorio resulta inexorable, sin que el personal laboral afecto a la entidad, servicio o unidad productiva autónoma pueda oponerse a ello. En esta última hipótesis a los trabajadores la única vía que les cabría defender es que se está produciendo una simple transmisión de actividad, que no una entidad económica con identidad propia; es decir, lo inverso que suelen defender cuando se trata de una transmisión en el ámbito del sector privado.

3.2. La sucesión de contratas públicas

Una vez ya superada la fase genética de la externalización de servicios puede producirse un cambio en la empresa privada que gestiona el servicio o la actividad. A estos efectos, de principio rigen las reglas generales previstas en la legislación laboral a los efectos de la transmisión de empresa o de parte de la misma, sin que haya que contemplar especialidades por el hecho de que en la cúspide del triángulo se encuentre la Administración Pública. Los criterios generales sobre la transmisión indirecta como supuesto de hecho determinante de la subrogación laboral, la no exigibilidad en todo caso de la transmisión de medios materiales, así como las relativas a la diferenciación entre transmisión de una entidad económica con identidad propia y la mera transmisión de actividad sin los medios adicionales resultan de aplicación a estos casos.

Debe advertirse no obstante que nuestro Tribunal Supremo con carácter general ha venido interpretando que los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas no cabe considerarlos dentro del ámbito de la subrogación

contractual por imperativo legal, en la medida en que las considera como figuras difícilmente calificables como unidades productivas autónomas a tales efectos, “*salvo entrega al concesionario o contratista de la infraestructura o de la organización de trabajo básica para la explotación*”³⁷. De este modo, el Tribunal Supremo no acaba de asumir del todo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del juego de otros elementos adicionales, más allá de los meramente patrimoniales, especialmente en determinadas actividades, a la hora de determinar si hay o no transmisión de empresa.

A resultas de lo anterior, se reconduce la posible subrogación contractual de la sucesión de contratas y concesiones administrativas a través de pacto en convenio colectivo o de imposición por los pliegos de condiciones administrativas. El problema adicional en estos casos es que la doctrina comunitaria de la sucesión de plantilla ha provocado cierto cambio en el tratamiento convencional del fenómeno subrogatorio, pues de operar como alternativa para los supuestos en que no cabía apreciar los elementos exigidos legalmente, se puede convertir en vía de cumplimiento de tales requisitos. Así, se considerará por el Tribunal Supremo que en aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de la que se trata sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior³⁸. Del mismo modo, el Tribunal Supremo viene entendiendo que el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación³⁹. De este modo, la subrogación convencional acaba transformándose en subrogación legal y, por tanto, en supuestos al que ha de aplicarse el régimen jurídico a tal efecto previsto en la Ley (art. 44 ET). En definitiva, también se entendía que a tales supuestos había que aplicarles el conjunto de consecuencias establecidas en la regulación legal.

Recientemente, sin embargo, parece haberse producido un cambio en ese iter argumentativo, que parece desembocar en que no se llega a la conclusión de que deban aplicarse todas las consecuencias establecidas legalmente, sino todo lo contrario.

³⁷ STS de 13 de febrero de 2013, rec. 4285/2011.

³⁸ STS de 28 de febrero de 2013, rec. 542/2012.

³⁹ STS de 28 de febrero de 2013, rec. 542/2012.

En concreto, el supuesto refiere a un convenio colectivo que, si bien contempla el efecto subrogatorio para una sucesión de contratas públicas, sin embargo expresamente exonera de responsabilidad a la empresa entrante por deudas salariales contraídas por la empresa saliente antes de la transmisión, con lo cual se plantea la duda de si en estos casos la empresa que se hace cargo de la plantilla en aplicación del convenio responde o no de las deudas salariales de su antecesor. El criterio mayoritario de la Sala será negativo, sobre la base de una argumentación, discutible, que, en esencia, descansa en la circunstancia de que en estos casos la subrogación no operaría si no existiera convenio; aunque admite que la previsión convencional introduce el supuesto en el ámbito de aplicación de la Directiva, interpreta que no acontece lo mismo respecto de la regulación legal nacional (art. 44 ET), por lo que la norma convencional goza de plena libertad para fijar las condiciones de la subrogación en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. En definitiva, no es obligado aplicar la responsabilidad solidaria en estos casos de subrogación a resultas de lo establecido en el convenio colectivo, en la medida en que la imposición de la discutida responsabilidad solidaria constituye una facultad de los Estados miembros desde la perspectiva de la Directiva⁴⁰. El pronunciamiento cuenta con dos votos particulares, uno de ellos suscrito por cuatro magistrados, lo que da fe de la complejidad del problema y de lo controvertido de la solución acogida⁴¹.

3.3. Especialidades en la reversión de la privatización

La tercera y última de las variantes de los procesos de externalización se produciría en aquellos casos en los que la Administración Pública decidiese en un momento dado por volver a gestionar directamente un servicio o parcela del mismo que hasta el momento presente se encontraba asumido por una empresa privada. Nos encontraríamos ante una hipótesis más en la que se proyecta la posibilidad de aplicación de la subrogación laboral, a resultas de una transmisión de empresa o parte de la misma. Supuesto que, de principio, no presentaría diferencia cualitativa en la aplicación de la legislación laboral interna y de la Unión Europea en la materia⁴². Prueba de ello es que, a estos efectos, cuando el asunto se ha presentado en sede judicial la discusión se ha centrado en términos idénticos al supuesto asimilable del retorno a la centralización del ciclo productivo entre dos empresas privadas; en concreto, en las más de las ocasiones las dudas se ciñen

⁴⁰ Art. 3.1 Directiva 2001/23, de 12 de marzo de 2001 (DOCE 22 de marzo de 2001, sobre la aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad).

⁴¹ SSTs de 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014; 3 de mayo de 2016, rec. 3165/2014.

⁴² STJUE 26 de noviembre de 2015, C-509/14, asunto ADIF.

a precisar en qué medida, una vez más, nos encontramos ante la transmisión de una entidad económica con identidad propia, que da lugar a la subrogación “*ex lege*” o, por el contrario, nos hallamos ante una mera asunción de actividad sin acompañamiento de los medios necesarios para tener la condición de unidad productiva autónoma y, por tanto, no es de aplicación la normativa laboral al efecto⁴³. En los mismos términos, pocas especialidades concurren en estos casos respecto de la externalización de servicios genética inicial y de la sucesión de contratas administrativas.

Dos únicas especialidades, a nuestro juicio, se podrían presentar en estos casos.

La primera es que en estos casos de reversión de poder producirse la subrogación laboral tan solo es viable por vía de la aplicación de la normativa legal establecida por el Estatuto de los Trabajadores (art. 44 ET), sin que la misma pueda ser resultado de las vías complementarias que se suelen vislumbrar, es decir, sin que sea virtualmente imaginable a resultados de pactos en los convenios colectivos ni sea concebible a través del juego de los pliegos de condiciones administrativas.

La vía de los convenios colectivos no resulta virtualmente imaginable en la medida en que la estructura de los convenios colectivos y, en particular, el ámbito funcional de los mismos tal como son definidos en dichos convenios, tan sólo pueden afectar a empresas que tienen por objeto social el correspondiente a empresas privadas del sector (seguridad, limpieza, etc.). En definitiva, en la práctica totalidad de las ocasiones ese tipo de convenios colectivos no incluyen dentro de su ámbito de aplicación a la Administración Pública ni siquiera a entidades instrumentales de la misma con forma societaria de Derecho privado. Al no estar incluido el sector público en el ámbito de aplicación de los convenios, un deber de esta envergadura en ningún caso puede pactarse en su clausulado con vinculación para la Administración que revierte su actividad⁴⁴; y, en el hipotético supuesto de que la cláusula así lo recogiese habría que entenderla que desborda su capacidad negocial, contradice el principio de correspondencia y lesiona gravemente el interés de terceros. En resumen, esa vía queda de todo punto cegada.

La otra vía alternativa, relativa a la previsión dentro de los pliegos generales de la contratación, del mismo modo tiene su sentido tanto en el caso de la descentralización genética inicial como en la sucesión de contrataciones administra-

⁴³ Por todas, STJUE 20 de enero de 2011, c 463/2009, asunto CLECE.

⁴⁴ STS 19 de mayo de 2015, rec. 358/2014; 21 de abril de 2015, rec. 91/2014; 26 de julio de 2012, rec. 3627/2011; 17 de junio de 2011, rec. 2855/2010; 17 de julio de 2011, rec. 2861/2010.

tivas, en la medida en que se trata de imposiciones dirigidas a quienes licitan en el concurso público, por tanto al condicionamiento de la gestión del convenio o contrato público respecto de la empresa privada. Por ello mismo, carece por completo de sentido cuando se trata de un proceso de reversión, donde la hipótesis sería la de la incorporación del personal dentro del personal de la propia Administración Pública. En otros casos, en la hipótesis de la reversión no regiría ningún convenio o contrato público, sino que se presentaría a resultas de la resolución o extinción de tales contratos o convenios. A la postre, carecería de toda lógica una auto-imposición de obligaciones por parte de la Administración que opta por la reversión.

Por lo demás, la segunda, y, a la postre, la más compleja en estos supuestos de reversión, derivaría de la articulación de la compatibilidad de esta la asunción de nuevo personal por parte de la Administración Pública a resultas de la misma con el debido respeto a los principios de mérito, capacidad y concurrencia pública.

Para empezar, tales principios públicos impedirían una incorporación colectiva de este personal por propia iniciativa voluntaria, es decir, no derivada de un específico imperativo legal, sin haberse sometido previamente a la superación de un concurso público, basado en dichos principios. A nuestro juicio, ello supone que tal incorporación automática y voluntaria no sería viable allí donde se tratase de una simple reversión de una actividad, que no de un entidad económica con identidad propia.

Como precisión a la anterior conclusión, tal incorporación, en caso de mera reversión de actividad, sólo sería posible en cuatro hipótesis.

Primera, que la reversión lo fuese a resultas de una constatación por parte de la Administración Pública de que el mecanismo hasta ese momento vigente no constituía una auténtica fórmula de externalización productiva, sino que tras la misma se ocultaba desde el punto de vista material una cesión de trabajadores. Ahora bien, en estos casos, no podría la Administración incorporar tales trabajadores de manera inmediata, sino que sólo podría llevarlo a cabo a través del complejo proceso de anulación de los actos administrativos, aparte de que en los términos que en su momento ya indicamos tal incorporación se verificaría en condiciones de que estos trabajadores tendrían la condición de indefinidos no fijos.

Segunda hipótesis de juego diverso, de que en el caso en cuestión cupiese identificar una secuencia en la que estos trabajadores que venían prestando los servicios en la empresa privada, que ahora revierte a lo público, en su origen hu-

biesen sido objeto de un proceso de externalización genético inicial, en términos tales que sin solución de continuidad hubiesen estado adscritos en su principio a alguna entidad del sector público, habiendo accedido a la misma a través de un procedimiento de concurso público, basado en los principios de mérito y capacidad.

Tercera hipótesis de juego diverso, que cupiera contrastar con el debido fundamento y claridad que, a pesar de haber sido seleccionados y contratados en su origen por parte de la empresa privada, el procedimiento empleado para ello se hubiese sometido a procedimientos objetivos homologables a los propios de la Administración Pública.

Cuarta hipótesis de juego diverso, que sin darse ninguno de los supuestos precedentes, en el momento de la reversión y a efectos de la selección del personal que a partir de ahora va a resultar adscrito a la ejecución directa de la actividad revertida, si lo va a realizar con personal que hasta el momento presente no estaba vinculado a la Administración y que, por tanto, no tiene la condición de empleado público, debe proceder a llevar a cabo el correspondiente concurso público. Pues bien, en dicho concurso, sin dejar de respetar las exigencias constitucionales y legales establecidas al efecto, siempre que se pudiese garantizar la objetividad en el control de los méritos de los candidatos, dando oportunidad de acceso auténtico a todos los aspirantes que pudieran presentarse, cabría otorgar cierto valor objetivo en la puntuación a la experiencia profesional demostrada por los diversos concursantes, en plano de igualdad también la correspondiente a la previa prestación de servicios en la ejecución de la actividad privatizada hasta ese momento.

Para concluir, es obligado referirnos a los supuestos en los que la reversión comportase la transmisión de una entidad económica con propia identidad, que con toda seguridad es el supuesto que suscita mayores dificultades de articulación jurídica y, por tanto, el de mayor complejidad. De un lado, no cabe la menor duda de que se trata de un supuesto que entra de lleno en el supuesto de hecho de la subrogación laboral “*ex lege*” impuesta por la legislación laboral interna (art. 44 ET), a su vez incorporada a nuestro ordenamiento como transposición de la Directiva UE sobre transmisión de empresa. En estos casos, la normativa laboral española impone la transmisión, al mismo tiempo que no se trataría de un supuesto excluible del ámbito de aplicación de la Directiva, por cuanto que no se trata de una de las situaciones relativas a reorganización interna de la Administración Pública. En definitiva, parece que una vez más nos enfrentaríamos a una colisión de mandatos normativos, uno de rango constitucional (arts. 23.1 y 103.3 CE), otro de alcance europeo que no sólo cabría conectar con la Directiva de referencia

sino incluso también con la protección frente al despido injustificado garantizada a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 30). No puede dejar de tenerse presente a los efectos del último de los preceptos que si la Administración opta por la reversión de un servicio público hasta ahora gestionado privadamente sin incorporar al personal que lo venía ejecutando hasta el presente con vinculación a una empresa privada determinada, esta última, al quedarse sin oportunidad de negocio y sin la correspondiente prestación del servicio encomendada por la Administración, con plena seguridad procedería a despedir a tales trabajadores.

Pues bien, sobre este escenario, la mencionada colisión de mandatos podría hacer pensar que lo lógico sería aplicar de nuevo el régimen de los indefinidos no fijos, en la medida que ello podría parcialmente conciliar el respeto a los principios de libre concurrencia con selección objetiva respetuosa conforme a méritos y capacidades de los candidatos.

A nuestro juicio, sin embargo, en esta ocasión se presenta un panorama diverso, que provocaría un resultado no plenamente coherente. Ante todo, ha de destacarse que en estos casos nos encontramos ante una hipótesis en la que concurre un elemento que marca cualitativas diferencias respecto de los precedentes supuestos de aplicación de la figura del indefinido no fijo. En efecto, debe resaltarse sobre todo que en estos supuestos se parte de un escenario en el que, tanto la actuación de la Administración Pública como de las empresas privadas involucradas, ha sido plenamente correcta desde el punto de vista de la legalidad, tanto por lo que se refiere al proceso de contratación de tales trabajadores como al desarrollo de los procedimientos de externalización así como de reversión, pudiendo afirmar que hay una plena trazabilidad de legalidad en todo el desarrollo temporal del nacimiento y ejecución de los contratos. Por contraste, la figura de los indefinidos no fijos se construye sobre la base de una contratación que se ha realizado con transgresión de la legalidad y, por tanto, provoca un resultado de vinculación laboral en la que no se goza de plena estabilidad en el empleo. No puede desconocerse que a un trabajador que en el momento previo a la reversión se encuentra contratado como fijo con plena legalidad, si se le incorpora como indefinido no fijo, se le pasa a una situación asimilada a la del temporal interino y, por tanto, se le “penaliza” por un proceso de reversión que él no ha decidido y sin que en ningún instante haya actuación ilegal por ninguno de sus protagonistas. Analizada la situación, no se respetaría en su integridad la finalidad de la norma laboral que impone la subrogación contractual, dado que el cambio de titularidad debilita la seguridad en el empleo de los trabajadores afectados y al final del proceso ello puede desembocar en un despido, que en todo caso es claro que es lo que pretende evitar tanto la Directiva como la normativa laboral de transposición.

A la vista de todas las consideraciones precedentes, habría que preguntarse hasta qué punto el mandato de selección pública, conforme a criterios de mérito y capacidad se deba imponer su respeto siempre y en todo caso. Dicho en sentido negativo, si el contraste de principios constitucionales podría desembocar en la conclusión de que la tutela de la estabilidad en el empleo (art. 35.1 CE) permitiría el establecimiento de algunas excepciones a la exigencia de selección pública en base en méritos y capacidad en la Administración (art. 103.3 CE), siempre que se respetase en la generalidad de los supuestos y con ello no se vulnerase el contenido esencial del mandato constitucional. Si nadie pone en cuestión que puedan existir puestos de absoluta confianza de los responsables políticos, que permitan que los funcionarios de empleo no se atengan a los precedentes mandatos constitucionales del art. 103.3 CE, a nuestro juicio, con mayor fundamento, cabría defender en estos casos la plena aplicación de los mandatos de la legislación europea y de su trasposición en la legislación interna relativos a la subrogación contractual del personal en reversión, con reconocimiento de la fijeza del vínculo a todos los efectos, naturalmente siempre que se demostrase la plena legalidad de las actuaciones de las partes a lo largo de la secuencia completa que da lugar al proceso de reversión de servicios. Si acaso, cabría establecer un régimen de no plena asimilación al resto de los empleados públicos de este personal subrogado en aquellos aspectos que no refieran a la fijeza del vínculo; así, a título de ejemplo, podría mencionarse que dicho personal quedaría vinculado a la estructura de la entidad transferida, sin derecho a participar en procesos de traslados internos a otros ámbitos de la Administración Pública como si se tratase de un empleado público más.

Por último, las consideraciones precedentes se efectúan sobre la premisa de que el trabajador se encontrase vinculado a la empresa privada a través de un contrato por tiempo indefinido. Un nuevo interrogante se suscita cuando el trabajador se encuentra vinculado por medio de un contrato de duración determinada en el momento en el que se produce la reversión. A estos efectos, tanto la Directiva como la normativa española de transposición se limitan a imponer “*ex lege*” la subrogación contractual, sin diferenciaciones de ningún tipo. Ello comporta, en principio, dos consecuencias. Primera, la subrogación también afecta a los trabajadores temporales. Segunda, como el empresario en los derechos obligaciones laborales del anterior (art. 44.1 ET), ello supone subrogarse en las mismas condiciones contractuales, es decir, con el carácter de temporal. Ahora bien, la discusión inmediata es fácil de adivinar: cómo se determina el término o la condición resolutoria objeto de estos contratos de trabajo. Bien es sabido que en muchas ocasiones las empresas contratistas a tales efectos celebran contratos de trabajo de obra o servicio determinado, cuyo término queda en conexión de causalidad directa con la correlativa duración del contrato o convenio público celebrado con

la correspondiente Administración. La jurisprudencia ha admitido plenamente la corrección de un uso en estos términos de la contratación temporal laboral para obra o servicio determinado⁴⁵.

No obstante, la jurisprudencia lo ha admitido con el matiz no poco importante de que el contrato no está sometido a la terminación del contrato público, sino que se trata de un contrato sometido a término, reconducido a la terminación definitiva del vínculo contractual con la Administración, por tanto manteniendo la estabilidad en el empleo más allá de las sucesivas prórrogas o nuevas contrataciones públicas sin solución de continuidad con la Administración Pública⁴⁶. En muchas ocasiones esta jurisprudencia, como efecto reflejo, llega a provocar la conversión automática de estos contratos en por tiempo indefinido, en la medida en que la sucesión sin solución de continuidad de varios contratos públicos con la misma empresa privada provoca la superación del tope máximo de los contratos para obra o servicio determinado, momento a partir del cual los trabajadores adquieren la condición de fijos de la empresa (art. 15.1.a ET). No obstante, concurren muchos otros supuestos en los que la superación de dicho tope no se produce, de modo que los trabajadores en el momento de la reversión tienen la condición de contratados por tiempo determinado.

En definitiva, el interrogante en estos casos de reversión va a consistir en preguntarnos hasta qué punto dicha reversión, al comportar la finalización del vínculo, también provoca la actualización del término del contrato de trabajo, de modo que se produce una automática identidad temporal entre reversión y extinción de tales contratos de trabajo para obra o servicio determinado. De ser ello así, no cabría que se verificara la subrogación contractual, ya que en el momento en el que se va a producir la misma el empleador puede proceder a denunciar el contrato temporal por el cumplimiento del término. La lectura formal e integrada de ambas reglas se puede considerar cierta. Ahora bien, su resultado no deja de resultar algo incomprensible y contradictorio, desembocando en un resultado contrario a lo razonable dentro de una lectura finalista de las normas. A tal efecto habría que tener presente, dentro de una lectura sistemática y finalista de los preceptos las siguientes circunstancias: una, si la Administración Pública no hubiese adoptado la opción política de llevar a cabo la reversión, el trabajador mantendría su vínculo temporal con la empresa privada, incluso con expectativa de conversión en fijo; dos, si la Administración en lugar de la reversión hubiese optado por un nuevo concurso administrativo, que provocase la contratación de una nueva empresa privada, el trabajador podría tener garantizada su continuidad laboral

⁴⁵ STS 8 junio 1999, RJ 5209; 21 de noviembre de 2007, RJ 9341.

⁴⁶ STS 17 de junio de 2008, RJ 4229.

por la vía de la subrogación contractual, de modo que la comparación conduciría al absurdo de que la reversión provoca efectos laborales más perjudiciales que la sucesión de contrataciones administrativas. Ello podría llevar a pensar en que sería admisible que con la reversión sea posible la subrogación contractual, decayendo la cláusula de temporalidad, pues la misma ha perdido su justificación causal; si lo que fundamentaba la cláusula de temporalidad era la duración limitada en el tiempo del contrato público, pero no la necesidad estructural del servicio o la actividad a la que viene destinado el trabajador, se rompe la conexión contrato temporal – contrato administrativo. En definitiva, sería aceptable que en estos casos la subrogación llevase anudada la conversión del trabajador en por tiempo indefinido, naturalmente en aquellos casos en los que la actividad que viene efectuando lo es permanente y estable dentro de las necesidades organizativas de la Administración Pública, que ahora asume la condición de empleador de tales empleados.

CRITERIOS DE DELIMITACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES PRIVATIZABLES Y NO PRIVATIZABLES

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Directiva de Servicios, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios profesionales, autoridad pública, colegios profesionales

En la búsqueda de los criterios de delimitación de las actividades privatizables y no privatizables, hemos de proceder metodológicamente tomando como punto de partida el primer instrumento normativo europeo que plantea la cuestión de la liberalización de servicios en el mercado interior europeo, pasando, a continuación, al marco nacional regulatorio que, de manera horizontal, procede a la transposición de la normativa europea en la materia. Es preciso, a los efectos de la identificación de criterios de delimitación de actividades privatizables, recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en el caso español, analizar el recorrido que han tenido las leyes de transposición así como el frustrado anteproyecto de Ley de servicios y Colegios Profesionales. El TJUE ha puesto en conexión la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento con el ejercicio de funciones investidas de autoridad pública en algunas profesiones publicadas como en es el caso de los notarios. Acudiremos a esta jurisprudencia para encontrar en ella clarificación en la depuración de criterios que pueda utilizar, en su caso, el legislador.

ABSTRACT

Key words: Directive of services, freedom of establishment, freedom to provide professional services, public authority, professional associations

In the search for the criteria of delimitation of activities to privatize and not to privatize, we proceed methodologically taking as starting point the first European normative instrument that raises the question of the liberalization of services in the European single market, then passing to the national regulatory framework which, horizontally, proceed to the transposition of European legislation on the subject. It is necessary, for the purposes of the identification of these criteria, recourse to the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and, in the Spanish case, analyze the route that have taken transposition laws as well as the frustrated draft law of services and professional associations. The European Court of Justice has put in connection the free provision of services and freedom of establishment with the exercise of functions vested on public authority in some professions like the case of notaries. We landed to this jurisprudence to find clarification on the debugging of criteria that the legislator can use.

ÍNDICE

1. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO MARCO DE PARTIDA
2. EL MARCO LEGAL ESPAÑOL: LAS LEYES “PARAGUAS” Y “OMNIBUS”
 - 2.1 Las Leyes 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
 - 2.2. El Anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales
 - 2.3. El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales. A propósito de los Abogados y Procuradores
3. CRITERIOS OFRECIDOS POR EL TJUE A PROPÓSITO DE LOS NOTARIOS

1. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO MARCO DE PARTIDA

Los Estados miembros de la Unión Europea han partido de posiciones muy diferentes a la hora de proceder a la liberalización de sus mercados de servicios. Siendo este sector económico el de más rápido y mayor crecimiento en Europea, también en España, las diferencias en el ritmo de adaptación impuestos por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior ha sido también diferente. En el caso español la obsolescencia y dispersión de su legislación en materia de servicios profesionales constituye uno de los obstáculos más difíciles de salvar para este proceso de liberalización. Una de las manifestaciones más directas de este proceso es el de privatización de actividades profesionales, que se ha abordado con desigual resultado hasta ahora y que apenas ha afectado a cuatro o cinco profesiones del ámbito jurídico en España.

Centramos el análisis de este estudio, por tanto, en los servicios y actividades profesionales, por lo que obviemos el tratamiento, distinto conceptualmente, de los servicios públicos privatizables lo que nos llevaría al marco de identificación de servicios de interés económico general (SIEG), servicios de interés no económico general (SINEG) y servicios sociales de interés general (SSIG)¹. Del mismo modo dejaremos las consideraciones en torno a los sistemas de colaboración público-privado, que habiendo sido objeto de un interés inicial por parte de la Comisión Europea, han pasado a un segundo plano ante las perspectivas abiertas por la Directiva de Servicios². Téngase presente que el debate sobre la privatización

¹ Vid. Ruiz Escudero, C., Los Servicios Públicos en la Unión Europea, en AAVV, La privatización de los servicios públicos en España, ATTAC, mayo 2012., págs. 16 y ss.

² Vid. Míguez Macho, L., Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español, Revista de Administración Pública, nº 175, Madrid, 2008, págs.. 157-215. Cfr. Libro Verde de la Comisión Europea de 30 de abril de 2004, COM(2004) 327 final, sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

de sectores públicos escapa al contenido del estudio, siendo, no obstante, un tema central que lo condiciona todo. De hecho, la privatización, junto con el “adelgazamiento” del Estado, son repuestas públicas habituales en Europa para combatir crisis financieras con altos déficits públicos. El debate en este terreno es apasionado, habiendo quien entiende que las crisis económicas globales suelen aprovecharse interesadamente para incrementar el número de operadores en los mercados trasladando servicios públicos al sector privado, en vez de incentivar la inversión pública³. De otro lado, aparecen posturas extremas que entienden que todas las actividades públicas son privatizables, que no hay límites, que no debe frenarse la expansión de los mercados y que los Estados deben quedar reducidos a la mínima expresión⁴. Este no es, a pesar de su enorme interés, el debate que nos ocupa en este estudio.

Cuando hablamos de actividades profesionales privatizables y no privatizables no estamos hablando sino de servicios profesionales que pueden reunir múltiples actividades desarrolladas dentro de una misma profesión reglada. Dentro de estas actividades encontraremos aquellas que legal o jurisprudencialmente tengan los caracteres propios del ejercicio de potestades o autoridad pública, sobre las que no podrá extender su disciplina la libre prestación de servicios y/o libertad de establecimiento, así como las normas sobre competencia comercial, y actividades conexas a éstas sobre las que cabrá la extensión de estos regímenes. Existe, por tanto, una cierta equivocidad y simplificación terminológica cuando hablamos de privatización de actividades. Realmente de lo que hablamos es de liberalización económica de actividades que, generalmente, como es el caso de abogados y procuradores, prestan sus servicios privatísticamente.

Un punto de partido para abordar la depuración de estos criterios puede ser establecer una primera distinción entre el régimen jurídico de la Directiva de Servicios –llamada durante su debate de gestación Directiva Bolkestein– y el régimen surgido de las Directivas de reconocimiento de cualificaciones profesionales, generales y sectoriales, y que fueron armonizadas en un sistema único por la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. El sistema de dicha Directiva tiene por objeto, en esencia, que “la libre prestación de servicios en el interior de la Comunidad resulte tan sencilla como dentro de

³ Vid. Mason, P., *Postcapitalismo, Hacia un nuevo futuro*. Paidós. Barcelona. 2016

⁴ Vid. Rallo, J.R., *Los errores de la vieja economía: Una refutación de la Teoría General del Empleo, el Interés y el Dinero de J.M.Keynes*, Unidad Editorial, Madrid, 2011. Este autor es considerado como el más vehemente defensor del ultraliberalismo económico en España, siendo calificado por algunos medios como “anarcocapitalista”.

un Estado miembro”, así como el de garantizar “a las personas que han adquirido sus cualificaciones profesionales en un Estado miembro para acceder a la misma profesión y ejercerla en otro Estado miembro con los mismos derechos que los nacionales”⁵. A efectos de ella, su artículo 3.1.a) define “profesión regulada” como “la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; en particular, se considerará modalidad de ejercicio el empleo de un título profesional limitado por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a quien posea una determinada cualificación profesional”.

Esta Directiva fue objeto de completa transposición en nuestro Derecho mediante el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, el cual ya en su parte expositiva explica con claridad que, “a efectos de la prestación de servicios, lo dispuesto en la Directiva 2005/36/CE no se ve afectado por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, dado que ésta trata cuestiones distintas a las relativas a las cualificaciones profesionales”.

No quiere esto decir, sin embargo, que no haya una conexión natural entre ambas normas comunitarias. En efecto, el considerando 31 de la Directiva 2006/123/CE es claro al afirmar que “la presente Directiva es coherente con la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, a la que no afecta. Trata cuestiones distintas a las relativas a las cualificaciones profesionales, como por ejemplo el seguro de responsabilidad profesional, las comunicaciones comerciales, las actividades multidisciplinares y la simplificación administrativa”⁶.

Además, su artículo 14.2 (requisitos prohibidos) establece que “los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los

⁵ Vid. Considerando 2 y 11 Directiva 2006/123/CE

⁶ Vid. Arts. 23, 24, 15 y 5 a 8, respectivamente Directiva 2006/123/CE

registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros”. O sea, exigencias contrarias a la lógica del sistema de reconocimiento. Por su parte su artículo 15.2 (requisitos por evaluar, esto es que deberán respetar los límites de no discriminación, necesidad y proporcionalidad), en sus apartados d) y g), establece como tales los “requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad” y el establecimiento de “tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar”, respectivamente.

Igualmente, su artículo 16.2.b) determina que “los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de los siguientes requisitos: (...) obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario”, siendo así que el propio artículo 17.6 de la Directiva 2006/123 establece que “el artículo 16 (libre prestación de servicios) no se aplicará: (...) a las materias a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión”, excluyendo así, en definitiva, a las reservas de actividad basadas en cualificaciones profesionales de la obligación de aplicar un test de necesidad y proporcionalidad.

2. EL MARCO LEGAL ESPAÑOL: LAS LEYES “PARAGUAS” Y “OMNIBUS”

2.1. Las Leyes 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como Ley Paraguas, incorporó, parcialmente, al Derecho español, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. La Ley adoptó, según decía su Exposición de Motivos, un enfoque ambicioso fomentando una aplicación generalizada de sus principios con objeto de impulsar una mejora global del marco regulatorio del sector servicios, para

así obtener ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos. La intención del legislador en su función de transposición fue consolidar los principios regulatorios compatibles con las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios y al mismo tiempo permitir suprimir las barreras y reducir las trabas que restringen injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Ley puso el énfasis en que los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector debían ser analizados pormenorizadamente y ser conformes con los principios de no discriminación, de justificación por razones imperiosas de interés general y de proporcionalidad para atender esas razones. Por otro lado, exigía que se simplificaran los procedimientos, evitando dilaciones innecesarias y reduciendo las cargas administrativas a los prestadores de servicios. Adicionalmente, reforzaba las garantías de los consumidores y usuarios de los servicios, al obligar a los prestadores de servicios a actuar con transparencia tanto respecto a la información que deben proveer como en materia de reclamaciones. Ahora bien, más allá de estas intenciones y finalidades, la importancia de la norma transpositora consistía en su profunda intervención sobre toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que dicha Ley establece.

En este contexto, el objetivo de la presente Ley era doble. En primer lugar, adaptar la normativa estatal de rango legal sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su Disposición final quinta. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con la Unión Europea, extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque que permitiera contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. Buscaba, en definitiva, un entorno regulatorio resultante más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, con la intención de impulsar la actividad económica.

Todo el proceso de aplicación de la Ley 17/2009 se materializó a través de la Ley 25/2009, la Ley Omnibus, aparecida apenas un mes después de la primera. Esta segunda Ley consta de 48 artículos agrupados en seis títulos, del que nos interesa especialmente el Título I, sobre “Medidas horizontales, que concreta diversas modificaciones que afectan de forma genérica a las actividades de servicios. Se introduce expresamente la figura de comunicación y de declaración

responsable y se generaliza el uso del silencio administrativo positivo⁷. Por otro lado, se refuerza la normativa de defensa de los consumidores y usuarios en materia de reclamaciones y se adaptan diversas disposiciones sobre aspectos básicos de la regulación en materia de servicios profesionales, principalmente en lo que concierne a los Colegios Profesionales. Finalmente, se adoptan disposiciones relativas a las empresas y a la cooperación administrativa en el ámbito laboral y de Seguridad Social, entre las que destacan las derivadas de la Disposición adicional tercera, que se dirige a potenciar la asunción personal por el empresario de la gestión de la actividad preventiva para lo cual contempla un plan de asistencia técnica al empresario por parte de la Administración, o la Disposición transitoria segunda, que otorga un mandato al Ministerio de Trabajo e Inmigración para adaptar los procedimientos administrativos de autorización de servicios de prevención ajenos y entidades auditoras.

Sin duda alguna, son las Disposiciones transitorias tercera y cuarta las que mayor polémica introdujeron en la medida en que determinan la vigencia de la exigencia del visado colegial y las obligaciones de colegiación, respectivamente, aunque el mismo carácter transitorio de la norma indicaba claramente que sólo iba a ser una cuestión de tiempo que la situación cambiara. Este problema se manifestará pocos años después, como veremos a continuación, cuando el Anteproyecto de Ley de servicios y colegios profesionales, que comenzó a tramitarse en 2011, encallara definitivamente en 2014 precedido de una amplia contestación colegial. De hecho, la llamada guerra colegial, se iniciará cuando la Disposición derogatoria de la Ley 25/2009 deje sin vigor cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario o estatutos de corporaciones profesionales y demás normas internas colegiales se opongan a la misma a lo dispuesto en la Ley.

El art. 5 de la Ley 25/2009, que modificaba la vetusta Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, introdujo serias correcciones en el texto de la norma que fueron tachadas de intromisiones inconstitucionales en el régimen de autonomía de los Colegios Profesionales. Singularmente, se sujetaban a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios, profesionales y se establecía que sólo por ley se podían regular los requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una profesión o que limiten el ejercicio conjunto de dos o más profesiones⁸. De

⁷ Vid. Art. 2.2 Ley 25/2009, que modifica el art. 43 de la Ley 30/1992.

⁸ La reforma de la Ley de Colegios Profesionales de 1974 era de calado y fue considerada invasora de la autonomía colegial. Los preceptos modificados fueron los siguientes: Art. 1.3. Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores

igual modo se prohibían las restricciones por parte de los Colegios al ejercicio profesional en forma societaria, y se determinaban los requisitos generales de colegiación, estableciéndose un severo régimen legal de obligado cumplimiento para los Colegios⁹.

La Ley 25/2009 introdujo también la obligatoriedad de la ventanilla única, lo que determinaba la necesidad de que los Colegios Profesionales adaptasen sus mecanismos de gestión administrativa a la atención electrónica de colegiados

y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional. Art. 2.4. Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Art. 2.5. En todo caso, serán sólo los que se establezcan por ley. Los Estatutos de los Colegios, o los códigos deontológicos que en su caso aprueben los Colegios, podrán contemplar previsiones expresas dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales sea ajustada a lo dispuesto en la ley, con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como, en su caso, el secreto profesional.

⁹ Probablemente, la reforma más incisiva fuera la que afectó a los siguientes preceptos: Art. 2.6. El ejercicio profesional en forma societaria se regirá por lo previsto en las leyes. En ningún caso los colegios profesionales ni sus organizaciones colegiales podrán, por sí mismos o través de sus estatutos o el resto de la normativa colegial, establecer restricciones al ejercicio profesional en forma societaria. Art.3. Colegiación. 1. Quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda. 2. Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción. Los Colegios dispondrán los medios necesarios para que los solicitantes puedan tramitar su colegiación por vía telemática, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de esta Ley. 3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se regirán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español. Los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial. En los supuestos de ejercicio profesional en territorio distinto al de colegiación, a los efectos de ejercer las competencias de ordenación y potestad disciplinaria que corresponden al Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional, en beneficio de los consumidores y usuarios, los Colegios deberán utilizar los oportunos mecanismos de comunicación y los sistemas de cooperación administrativa entre autoridades competentes previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Las sanciones impuestas, en su caso, por el Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional surtirán efectos en todo el territorio español. 4. En el caso de desplazamiento temporal de un profesional de otro Estado miembro de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en aplicación del Derecho comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones.

y usuarios¹⁰. La obligación de la Memoria Anual, en aras del cumplimiento de los principios de transparencia y rendición de cuentas, así como el servicio de atención a los colegiados y usuarios, más la regulación del sistema de visados, que dejaban de ser obligatorios para convertirse en potestativos, a petición del cliente¹¹, cerraron el marco de reformas de la Ley de Colegios Profesionales, preparando así el terreno para la aún no anunciada Ley de Colegios y Servicios Profesionales que cerraría el marco de transposición de la Directiva de Servicios en España¹².

Por lo que se refiere a las sociedades profesionales, se produjo la modificación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, para regular el régimen de compatibilidad de actividades de las sociedades multidisciplinarias¹³ y para determinar las condiciones subjetivas que habrían de reunir los socios profesionales componentes de las mismas¹⁴. También procedió la Ley 25/2009 a reconocer en España como sociedades profesionales las constituidas como tales de conformidad con la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea y cuya sede social, administración central y centro de actividad principal se encuentre en el territorio de un Estado miembro, siempre que hayan cumplido los requisitos

¹⁰ Vid. Art. 10 de la Ley 2/1974, modificada. Este precepto estableció la obligatoriedad de que las organizaciones colegiales dispusieran de una página web para que, a través de la ventanilla única prevista en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los profesionales puedan realizar todos los trámites necesarios para la colegiación, su ejercicio y su baja en el Colegio, a través de un único punto, por vía electrónica y a distancia. Al mismo tiempo determinó la información obligatoria que debía estar disponible para colegiados y usuarios y la adopción de medidas para la incorporación plataformas tecnológicas que garanticen la interoperabilidad entre los distintos sistemas y la accesibilidad de las personas con discapacidad. También impuso determinadas obligaciones en materia de comunicación de altas y bajas en los Registros de colegiados y sociedades profesionales.

¹¹ Vid. Art. 11 de la Ley 2/1974, modificada. En materia de Memoria Anual se estableció también un estricto régimen de materias informables. Por su parte el art. 12 recogió la obligatoriedad de poner en marcha Servicios de atención a los colegiados y a los consumidores o usuarios. El art. 13, por su parte, uno de los más polémicos, determinó las condiciones para los visados estableciendo que los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados, de acuerdo con una serie de criterios legalmente tasados, lo que, sin duda constituía la intervención más directa en el régimen de autonomía de los Colegios.

¹² La Ley 25/2009 también introdujo cambios en el régimen de honorarios en el art. 14, según el cual se prohibían las recomendaciones colegiales sobre honorarios no pudiendo establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta.

¹³ Vid. Art. 3 de la Ley 2/2007, modificada.

¹⁴ Vid. Art. 4 de la Ley 2/2007, modificada.

previstos, en su caso, en dicho país comunitario para actuar como sociedades profesionales¹⁵. La prestación de servicios o el establecimiento en España de estas sociedades comunitarias se ajustaba a lo previsto en la normativa que regula el reconocimiento de cualificaciones profesionales y, en su caso, en la normativa específica sobre establecimiento o ejercicio de profesionales comunitarios, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa española aplicable sobre el ejercicio de la actividad en términos compatibles con el Derecho comunitario.

2.2. El Anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales

El Anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales, fue el siguiente paso dado en el proceso de liberalización del sector servicios iniciado en 2009, tuvo su última versión, antes de ser definitivamente abandonado, el 11 de noviembre de 2014. La importancia creciente de los servicios profesionales dentro del sector servicios fue la justificación inicial dada por el gobierno para comenzar su tramitación parlamentaria. En efecto, cabe recordar que el sector de los servicios profesionales en España genera cerca del 9 por ciento del PIB, representando en torno al 6 por ciento del empleo total y el 30 por ciento del empleo universitario. Se trata, por tanto, de un sector intensivo en mano de obra cualificada. Su indudable peso económico, junto a la especial incidencia que tienen algunos de estos servicios en los derechos e intereses de los ciudadanos cuando son sus destinatarios, justificaban, por tanto, la iniciativa.

En la etapa preconstitucional, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP) conceptuó a éstos como Corporaciones de Derecho Público, con los fines esenciales de la “ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados”¹⁶; estableciendo su artículo 3.2 el requisito de colegiación obligatoria para el ejercicio de las profesiones colegiadas. Con posterioridad, el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (RDL 5/1996, después aprobado como Ley 7/1997, de 14 de abril) modificó los artículos 3.2 y 5.ñ), entre otros, de la LCP en el sentido de sujetar el ejercicio de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia y, en concreto, para establecer que el requisito de colegiación únicamente debería realizarse en el colegio territorial correspondiente al domicilio del profesional (“cuando una profesión se organice por Colegios Territoriales,

¹⁵ Vid. Disposición Adicional Séptima de la Ley 2/2007, modificada.

¹⁶ Vid. Art. 1.3, a los que la Ley 25/2009 añadiría el de “la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados”

bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado”) y para eliminar la potestad de los Colegios Profesionales para fijar honorarios mínimos, pudiendo establecer únicamente “baremos de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo”.

La idea de partida es que el nuevo marco regulatorio garantizara el interés general de la forma menos restrictiva posible para el acceso y ejercicio de las profesiones, con el consiguiente efecto positivo en términos de productividad, competencia y asignación eficiente de recursos. La ausencia de una normativa propia ha llevado a una copiosa regulación, fragmentaria, obsoleta, excesiva y que no ha evitado la conflictividad entre profesionales. La simplificación normativa es, además, otra de las motivaciones que se tuvieron en cuenta para la puesta en marcha de este proceso. El momento de crisis en que nació el anteproyecto fue utilizado como acicate, reconociéndose el posicionamiento favorable a la nueva regulación por parte de diversos organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Fondo Monetario Internacional o la Unión Europea, que venían recomendando desde hace algún tiempo una reforma profunda de la regulación de los servicios profesionales en nuestro país, como vía para garantizar incrementos de competitividad y crecimiento.

Pues bien, el nuevo marco normativo que esta ley establece, dando además cumplimiento al mandato del artículo 36 de la Constitución española, se basa en los principios de buena regulación económica, por lo que parte del principio de libre acceso a las actividades profesionales, restringiendo las limitaciones a casos justificados por razones de interés general. De este modo, se busca el equilibrio entre, por una parte, las restricciones precisas para garantizar la confianza indispensable de los destinatarios de los servicios profesionales en la calidad de lo que reciben, así como su protección y seguridad y, por otra, las libertades necesarias para favorecer el desarrollo de la actividad. Uno de los datos esenciales que quizás determinó el fracaso del proyecto, no obstante, fue el empeño de regular en una misma norma a los Colegios profesionales y a los servicios.

La Ley de 1974 se adaptó a la Directiva 2006/123/CE a través de la reforma de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, pero no terminó de resolver los problemas del sector. En efecto, actualmente existen Colegios Profesionales de colegiación obligatoria, voluntaria, que recaen sobre actividades profesionales reguladas, tituladas o libres, sin que obedezcan a unos criterios racionales de regulación. Así, conviven Colegios de actividades profesionales libres que no requieren ninguna cualificación, Colegios que se refieren a actividades reservadas

pero que no requieren de un título de educación superior (requieren otro tipo de cualificación), y Colegios que se refieren a actividades profesionales tituladas. A lo anterior se une la necesidad de dar solución a ciertos problemas derivados de la evolución del modelo organizativo colegial, con la aparición de los Consejos Autonómicos, no contemplados en la norma básica de 1974, y su relación con los Consejos Generales. El anteproyecto habría que considerarlo complementario de reformas estructurales como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, dado que ambos –anteproyecto y Ley- tienen como objetivo la creación de un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas y la eliminación de las barreras y obstáculos existentes a través de la aplicación de los principios de buena regulación económica.

Sintéticamente podemos decir que el anteproyecto puso las bases de la despubblicación de determinadas actividades profesionales relacionadas con el ejercicio del poder público. Pero lo hizo si establecer criterios específicos para distinguir entre actividades, sino estableciendo, simplemente, mecanismos para la liberalización de los distintos sectores profesionales sobre la base del respeto a una serie de principios como el de libertad de acceso y libertad de ejercicio de toda actividad profesional y profesión, el de igualdad de trato y no discriminación y por el de eficacia en todo el territorio nacional, que reconoce la capacidad de los profesionales con independencia de dónde se haya accedido a la actividad profesional.

Este proyecto de Ley, en concreto, aplica dichos principios al sector de los servicios profesionales y a las restricciones al acceso basadas en la cualificación. Así, por ejemplo, en materia de restricciones sólo puedan establecerse por ley cuando se justifique por razones de interés general y resulte proporcionado; y ello para evitar la proliferación de barreras de entrada poco justificadas o determinadas sólo por los intereses particulares de algún colectivo en perjuicio de otros. Asimismo, las restricciones de acceso que exijan la posesión de un determinado título académico oficial de educación superior (profesión titulada) requieren que esté justificado por motivos de interés general. Estos criterios deben servir para limitar el número y alcance de las profesiones con fuertes restricciones al acceso. Por último, se recoge una cláusula específica respecto a la aplicación del derecho de la Unión Europea para el acceso de profesionales habilitados en otros Estados miembros.

En este sentido el anteproyecto de Ley, al regular el régimen electoral colegial, bajo el principio de funcionamiento democrático, aclaraba que el sufragio activo y pasivo en las elecciones de los miembros de los órganos de gobierno sólo puede corresponder a las personas físicas. En particular, establecía que sólo podrá exigirse colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión

titulada o algunas actividades propias de ésta cuando así se establezca mediante norma estatal con rango de ley, al apreciarse que se trata de actividades en que pueden verse afectadas de manera grave y directa determinadas materias de especial interés general y que la colegiación es el instrumento más eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios. Se reduce el número de colegiaciones obligatorias, en la medida en que éstas suponen autorizaciones para el acceso de una actividad, en virtud de los principios establecidos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre. En coherencia, se mantiene únicamente la colegiación para aquellos casos en los que sea necesaria la protección de la salud e integridad física y la seguridad personal o jurídica de las personas. La necesaria reserva de ley y el cumplimiento del principio de la proporcionalidad en la exigencia de colegiación son también coherentes con lo establecido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

La fuerte intervención del anteproyecto sobre las funciones de los Colegios así como sobre el entramado colegial institucional están en el origen del fracaso de la iniciativa reformadora. El anteproyecto vino a reforzar y precisar las reformas operadas por la Ley 25/2009, lo que fue entendido por las organizaciones colegiales como un recorte a su autonomía. Igualmente, procedió a determinar un amplio marco normativo de reformas, entre las que podemos destacar las relacionadas con la profesión de Abogado y Procurador. Así se estableció el necesario régimen transitorio derivado de la modificación de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, modificándose dicha Ley para establecer un único título profesional de abogado y procurador que habilite para el ejercicio de ambas profesiones. También se modificó la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, para eliminar como requisito de creación de estas sociedades la exigencia de colegiación obligatoria en la actividad profesional que constituya su objeto social, así como para permitir expresamente a las sociedades profesionales multidisciplinarias el ejercicio simultáneo de la abogacía y la procura.

2.3. El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Colegios y Servicios Profesionales. A propósito de los Abogados y Procuradores

Resulta especialmente clarificador acudir al dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto que acabamos de analizar¹⁷. Allí vamos a encontrar buena parte de las razones jurídicas que se emplearon para explicar los problemas legales

¹⁷ De 27 de febrero de 2014, expediente 1434/2013 Economía y Competitividad.

y constitucionales que podrían darse en relación a las modificaciones del régimen colegial que afectaban, entre otros casos, a los abogados y procuradores¹⁸. El anteproyecto mantiene la colegiación obligatoria para las profesiones de abogado y procurador en su disposición adicional primera¹⁹. Ahora bien, modifica, sin embargo, el artículo 23.3 de la LEC, para establecer la compatibilidad del ejercicio de ambas profesiones, el artículo 242.4 de la LEC, variando el régimen del arancel de los procuradores, y el artículo 1 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

La regulación de ambas profesiones, libres e independientes y basadas en la confianza²⁰, extremo éste en el hará hincapié varias veces el Consejo de Estado, se contiene principalmente en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), cuyos artículos 542.1 y 543.1 establecen de forma respectiva que corresponde en exclusiva a los abogados ejercer profesionalmente “la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico” y que “corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa”, habiendo añadido para estos últimos el artículo 543.2 en su redacción

¹⁸ La legislación europea sobre las profesiones jurídicas es muy extensa y ha dado como resultado un enorme cuerpo normativo cuya finalidad armonizadora es evidente, lo que ha facilitado el ejercicio de la profesión en el mercado interior. Vid al respecto, Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre el estado y la organización de la profesión de notario en los Estados miembros de la Comunidad; Resolución del Parlamento Europeo de 5 de abril de 2001 sobre escalas de honorarios y tarifas obligatorias para determinadas profesiones liberales, en particular los abogados, y sobre la función y la posición particulares de las profesiones liberales en la sociedad moderna; Resolución del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2003 sobre las disposiciones en materia de mercado y competencia para las profesiones liberales; Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006 sobre las profesiones jurídicas; Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título; Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

¹⁹ Vid. apartados n) : “en un Colegio de Abogados para ejercer profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de Abogado y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho en representación de un tercero con el que no tenga vínculo de naturaleza laboral” y ñ): “en un Colegio de procuradores para la intervención como procurador ante órganos judiciales, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”.

²⁰ Vid. artículo 1 del Estatuto General de la Abogacía Española [EGA] y artículo 1 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España [EGP], aprobados por Reales Decretos 658/2001, de 26 de junio y 1281/2002, de 5 de diciembre

por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que “podrán realizar los actos de comunicación a las partes del proceso que la ley les autorice”; así como en los artículos 23 a 35 de la LEC, los cuales tratan “de la representación procesal y de la defensa técnica”, determinando -respecto a la primera- el artículo 23.3 que “el procurador legalmente habilitado podrá comparecer en cualquier tipo de procesos sin necesidad de abogado, cuando lo realice a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparecencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitados por el Juez, Tribunal o Secretario judicial. Al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna. Es incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales²¹”. El acceso a ambas profesiones se regula, en fin, por la ya citada Ley 34/2006.

El Consejo estudió separadamente tres cuestiones en su dictamen: la supresión de la incompatibilidad entre las profesiones de abogado y procurador (a), la modificación del régimen arancelario de los procuradores (b) y la variación de los requisitos de habilitación profesional y acceso a ambas profesiones (c).

a) La supresión de la incompatibilidad entre las profesiones de abogado y procurador

El anteproyecto optó por hacer posible la compatibilidad de su ejercicio, lo que enmarcaría la cuestión en el seno de las llamadas actividades multidisciplinares, reguladas en el artículo 25.1 de la Directiva 2006/123/CE, transpuesto en términos casi idénticos en el artículo 25.1 de la Ley 17/2009²². El Consejo estimó que no se trataba, pues, de una cuestión ni de reserva de actividad para un servicio profesional ni de colegiación obligatoria (al menos, no de forma directa), sino de la libertad ulterior en que consiste la posibilidad de ejercer simultánea o compatiblemente dos actividades profesionales; libertad que, no obstante, puede ser restringida en

²¹ Apartado añadido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

²² Cfr. Art. 25.1, según el cual: “1. No se podrá obligar a los prestadores de servicios al ejercicio de una única actividad de forma exclusiva, bien sea a través de la imposición de requisitos que obliguen a ejercer de forma exclusiva una actividad específica, bien sea mediante la imposición de requisitos que restrinjan el ejercicio conjunto o en asociación de distintas actividades. 2. No obstante, para garantizar su independencia e imparcialidad, así como prevenir conflictos de intereses, podrán verse sujetos por ley a los requisitos a que se refiere el apartado anterior: a) Las profesiones reguladas, en la medida en que sea necesario para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos distintos e incompatibles debidos al carácter específico de cada profesión, siempre que los mismos se justifiquen de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 5 de esta Ley. b) Los prestadores que realicen servicios de certificación, acreditación, control técnico, pruebas o ensayos”.

las profesiones reguladas “para garantizar su independencia e imparcialidad”, para “prevenir conflictos de intereses” y “para garantizar el cumplimiento de requisitos deontológicos distintos e incompatibles debidos al carácter específico de cada profesión”. Todo esto es lo que cabalmente ocurre en nuestro Derecho a día de hoy con las profesiones de abogado y procurador, dirigida la primera a las actividades de defensa técnica y la segunda a la representación procesal.

Sucede, sin embargo, que entran en juego en las recientes tendencias de regulación de ambas profesiones dos factores relevantes: de un lado, la convicción de que el mantenimiento de la exclusividad para las distintas funciones que ambos profesionales desempeñan supone un freno a la competencia y un límite a la libertad de ejercicio profesional (muy en particular, por lo que hace a las funciones de representación de los procuradores); de otro, sin embargo, la reforma de la legislación procesal en el sentido de reforzar ampliamente las funciones de comunicación de estos últimos, convirtiéndolos en auténticos sustitutos del Secretario judicial para el desempeño de ciertas funciones en el seno de la Oficina judicial (tendencia ya comenzada por la Ley Orgánica 19/2003 y Ley 13/2009, que modificaron los artículos 542.3 y 23.3 de la LEC, de forma respectiva).

En un dictamen anterior sobre el anteproyecto de modificación de la LEC²³, el Consejo ya tuvo ocasión de manifestarse sobre la cuestión. El debate de fondo se produce, por tanto entre las posturas favorables a la compatibilidad entre el ejercicio de ambas profesiones, sobre la base de razones como las alegadas por

²³ Vid. Dictamen de 30 de enero de 2014, expediente 1250/2013. Al comparar las redacciones del art. 23.3 LEC el Consejo dijo: “al tiempo que se refuerza la tendencia a ampliar las funciones del procurador como colaborador de la Administración de Justicia, se mantiene la vigente redacción del artículo 23.3 LEC (la que finaliza, como se vio, disponiendo que “es incompatible el ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales”), pero se prevé una disposición adicional sexta del siguiente tenor: “La incompatibilidad entre el ejercicio de la representación procesal y la defensa técnica quedará supeditada a la futura normativa que, con carácter general, regule los servicios profesionales, quedando afectada por lo que se disponga en esta última. Dicha normativa establecerá la imposibilidad del ejercicio simultáneo de las funciones de defensa técnica con las funciones relativas a la práctica de actos procesales de comunicación con capacidad de certificación, así como de cumplimiento de los embargos y demás actos de ejecución para los que se requiera la condición de agente de la autoridad”. En la nueva redacción el art. 23.3 LEC estableció: “El procurador legalmente habilitado podrá comparecer en cualquier tipo de procesos sin necesidad de abogado, cuando lo realice a los solos efectos de oír y recibir actos de comunicación y efectuar comparecencias de carácter no personal de los representados que hayan sido solicitados por el juez, tribunal o secretario judicial. Al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna. El ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales es compatible excepto para aquellas funciones en las que el procurador ostente la condición de agente de la autoridad”.

la memoria del análisis de impacto normativo, que no sólo estima que redundará en menores cargas y ventajas para los usuarios de estos servicios, sino que toma especialmente en consideración los informes de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la materia (años 2009 y 2012) y toda una línea de evaluación emprendida por la Comisión Europea sobre la justificación del ejercicio simultáneo de ambas profesiones (lo que ha dado lugar a un “Eu Pilot”, observación anterior al procedimiento de infracción del artículo 258 TFUE); y, de otro, la posición en este punto del Ministerio de Justicia (y del CGPJ en su informe de fecha 31 de enero de 2014), los cuales ponen de relieve que la pretendida compatibilidad en ningún caso puede afectar a funciones realizadas por el procurador en ejercicio de funciones públicas (actos de comunicación procesales y actos de ejecución) y sí únicamente a funciones de representación técnica²⁴.

Este punto es especialmente clave, por cuanto ya el Consejo opinó en su dictamen de 30 de enero de 2014, que las funciones cuyo desempeño pretende atribuirse a los procuradores por la reforma proyectada de la LEC, en particular la ejecución de actos procesales, implican un evidente ejercicio de prerrogativas de poder público. Además, si la atribución por dicha reforma de actos procesales de ejecución a los procuradores suscita importantes objeciones²⁵, suscita dudas de mucho mayor calado el que esas mismas funciones de colaboración con la Administración de Justicia fuesen desempeñadas por el abogado de una de las partes en el proceso. Lo que lleva al Consejo a entender que “el problema que aquí interesa, en definitiva, no es tanto el de la compatibilidad entre la profesión de procurador “tradicional” y la de abogado, sino el de la compatibilidad de esta última profesión con la que desempeñaría el nuevo procurador de los tribunales, que, además de sus clásicas funciones de representación, asumiría otras de ejecución y comunicación procesales en sustitución del Secretario Judicial”.

Pues bien, desde este punto de vista, y de acuerdo con lo sostenido por el Consejo de Estado en su dictamen 1.250/2013, se realizaron dos tipos de

²⁴ Como bien pone de manifiesto el Consejo de Estado (apartado 5.IV): “aunque el proceso de adaptación sería largo y costoso, a lo que no subviene de forma suficiente, en su opinión, lo previsto por la disposición transitoria cuarta del anteproyecto, que condiciona la efectividad de esta norma a la instalación, ubicación y adecuado funcionamiento por parte de los Colegios de abogados de los servicios de recepción de notificaciones y prevé que, entretanto, el Ministerio de Justicia acometerá las actuaciones necesarias que permitan el acceso efectivo a LexNet a todos los abogados”.

²⁵ Cfr. Dictamen 30 de enero de 2014: “pues, “lejos de constituir funciones meramente auxiliares o instrumentales, las referidas actuaciones de ejecución afectan al núcleo esencial de la actividad judicial [...]; [por lo que] su realización no debería quedar en manos de quien finalmente es un representante de la parte en el proceso, y ni el requisito de que su intervención haya de ser previamente autorizada por el Secretario judicial, ni el sometimiento a la dirección de éste parecen cautelas suficientes para salvar tales reparos”.

observaciones. En primer lugar, que la supresión de la incompatibilidad de ambas profesiones, requeriría una reforma paralela de los artículos 542.1 y 543.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (los cuales establecen la exclusividad de ambas funciones), que no llevaban a cabo aquel anteproyecto ni este; y, además, habría de completarse con toda una serie de reglas en la LEC dirigidas a ordenar tal compatibilidad, diferenciando claramente la actuación de unos y otros profesionales en cada momento procesal. En segundo lugar, que no es suficiente con que el proyectado artículo 23.3 LEC prevea en su último inciso que “el ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales es compatible excepto para aquellas funciones en las que el procurador ostente la condición de agente de la autoridad”. Pues, como con detalle se razonó en el dictamen al anteproyecto de Ley de reforma de la LEC, “el desempeño por el abogado de una de las partes de las nuevas tareas que la proyectada reforma de la LEC atribuye al procurador resultaría incompatible con la independencia y apariencia de la misma que debe exigirse a quien como abogado actúe como colaborador de la Administración de Justicia.

Para el Consejo, no puede ignorarse la naturaleza radicalmente diferente de las funciones de abogado y procurador: si en el caso de los segundos es posible aceptar la realización de actos de comunicación y, con precisiones y ciertas cautelas adicionales, la de algunos actos de ejecución, en el caso de los abogados el conflicto de intereses sería, en ambos supuestos, mucho más intenso y manifiesto”. De este modo, la salvedad mencionada únicamente sería admisible si claramente se estableciese que quedan excluidas de tal compatibilidad el ejercicio simultáneo de funciones de defensa jurídica, de actos de comunicación con capacidad de certificación, el cumplimiento del embargo y los demás actos para los que se requiera la condición de agente de la autoridad. Esto llevó al Consejo a manifestarse contra la reforma del art. 23.3 LEC por parte de la disposición final cuarta, apartado uno, del anteproyecto.

b) La supresión del arancel de los procuradores

Respecto de esta cuestión, lo verdaderamente relevante es la lectura que hace el Consejo del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en relación a la profesión de procurador. El anteproyecto, en su disposición final cuarta del anteproyecto daba nueva redacción al artículo 242.4 LEC y establece lo siguiente: “Se regularán con sujeción a los aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios, y a los procuradores y profesionales en el ejercicio de sus funciones como agente de la autoridad, que a ellos estén sujetos. La remuneración del resto de funciones de los procuradores será pactada libremente por las partes”.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el artículo 42 del anteproyecto establece la prohibición de recomendaciones sobre honorarios, con la excepción de los Colegios de Abogados y los Colegios de Procuradores que podrán “elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados y procuradores”; y que su disposición transitoria tercera mantiene la validez de los derechos devengados por los procuradores con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, que se regirán por lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de iniciarse el procedimiento.

Pues bien, en el vigente artículo 242 de la LEC, que ordena todo lo relativo a la “solicitud de tasación de costas”, se establece simplemente en su apartado 4 que “se regularán con sujeción a los aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios, procuradores y profesionales que a ellos estén sujetos”, de forma que lo rigurosamente nuevo son los dos incisos antes remarcados: uno, que la sujeción a arancel lo será sólo cuando se ejerzan funciones como agentes de la autoridad, es decir, inequívocamente públicas; dos, que en el resto la remuneración será pactada de forma libre por las partes. Las posturas de las autoridades de Competencia, del Ministerio de Justicia y del CGPJ eran netamente diferentes en esta cuestión. Competencia abogaba por la supresión de los aranceles de tipo fijo, el Ministerio entendía que el arancel compensa la asimetría informativa entre clientes y procuradores, en un servicio tan tecnificado como el jurídico, mientras que el CGPJ estimaba que, en cuanto supone el ejercicio de una profesión liberal, resultaba adecuado que se supriman los aranceles de los procuradores para la retribución de su actividad de representación procesal, de indiscutible carácter privado, aunque no en el caso en que el procurador desempeñe funciones como agente de la autoridad (es decir, ejecución de embargos), “al tratarse de una incuestionable actividad pública, ejercida por delegación del Secretario judicial y bajo su dirección”.

Para el Consejo de Estado, la cuestión cabría plantearla desde la óptica del cumplimiento de un requisito de la Directiva 2006/123/CE ya incorporado a nuestro ordenamiento, en este caso por el artículo 11.1.g) de la Ley 17/2009, el cual establece lo siguiente: “Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa 1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a: (...) g) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos”.

Ahora bien, las nuevas funciones de los procuradores estarían excluidas de la Directiva 2006/123/CE en virtud de su artículo 2.2.l) o, mejor, de la aplicación de la Ley 17/2009 por su artículo 2.2.i), el cual excluye de su ámbito a “las acti-

vidades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles”. Y también en el sentido de que las funciones que entrañen tal carácter no tienen una naturaleza económica que justifique sin más la aplicación de las normas de libre competencia, sino que pueden explicar un régimen de reserva de funciones y de control público de los precios.

Para el Consejo quedaba claro que el supuesto que la norma trata precisamente de regular -al suprimir el arancel de los procuradores- es aquel en el que éstos desempeñan las restantes funciones en las que no actúan como agentes de la autoridad. Por ello, no entrañan tales funciones, eminentemente las de representación procesal, ejercicio de autoridad pública y pueden ser sometidas a un régimen de precios en libre competencia. Y ello, aun cuando dicha salvedad (la relativa a “las funciones que se ejerzan como agente de la autoridad”) pueda y deba delimitarse mejor.

Sin embargo, el Consejo añade dos tipos de consideraciones sobre lo que podría suponer la puesta en práctica de este sistema. En primer lugar, desde el punto de vista de la coherencia normativa, afirma que carece de lógica que en el anteproyecto de reforma de la LEC se haya modificado su artículo 243.2, segundo párrafo, relativo a la práctica de la tasación de costas en un sentido, y que en el sometido a consulta posteriormente se modifique el artículo 242.4 LEC en el sentido de suprimir el arancel de los procuradores, sin una visión de conjunto. El anteproyecto de Ley de modificación de la LEC que se presentó en 2013 diseñaba un sistema mixto en el que la realización de los actos de colaboración con la Administración de Justicia corresponderá en unos casos al procurador de la parte (cuando así lo solicite ésta y, en el caso de los actos de ejecución, siempre que el Secretario judicial así lo autorice), pero en los restantes seguirá siendo competencia del Secretario judicial llevar a cabo las comunicaciones y ejecuciones.

De otro lado, parece claro que ni la decisión sobre este sistema ni la cuestión relativa al régimen de retribución de los procuradores pueden desconectarse de la del modelo aún más amplio de representación técnica y defensa procesal -en régimen de compatibilidad o no-, a la que antes se hizo referencia; y que debieran por ello plantearse con un enfoque integrado de política legislativa.

c) La modificación de los requisitos de habilitación profesional y acceso a las profesiones de abogado y procurador

El anteproyecto de Ley, en su disposición final quinta modificaba los

apartados 2, 3 y 4 del artículo 1 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (si bien reproduce el precepto entero, incluido su apartado 1, por lo que debiera decir mejor que éste es “objeto de nueva redacción”, o bien reproducir sólo los apartados que se modifican), estableciendo disposiciones que tenían un hondo calado en distintos órdenes normativos, entre ellos el universitario.

El precepto señalaba a los abogados y procuradores de tribunales como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad. La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por la ley —decía el anteproyecto— sería necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente impusiese o facultase la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía.

La reforma determinaba que la obtención del título profesional de abogado habilitará igualmente para el desempeño de las funciones de representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que la ley les autorice con la excepción de aquellas que requieran la condición de agente de la autoridad. La obtención del título profesional de procurador de los tribunales en la forma determinada por la ley se considera necesaria para desempeñar la representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador, realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que la ley les autorice, así como para utilizar la denominación de procurador de los tribunales, sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la procura.

La obtención del título profesional de procurador habilita igualmente para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado. Finalmente, la norma determinaba que la obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación [en los correspondientes colegios profesionales]. Para el ejercicio simultáneo de las funciones propias de la abogacía y de la

procura en los casos en que sea compatible sólo será necesaria la incorporación a un Colegio profesional de abogados o de procuradores”.

Como no podía ser de otra manera, el Consejo advirtió que, en coherencia con la supresión del régimen de incompatibilidad entre ambas funciones, lo que el modificado precepto pretende es llevar al ámbito del acceso a las profesiones de abogado y procurador la misma simultaneidad de actividades profesionales. El Consejo entendió que la técnica, sin embargo, era deficiente por la sencilla razón de que la regulación del acceso depende -como el propio precepto reconoce- de la obtención de un título superior (bien que sea el mismo: licenciado en Derecho), de una determinada capacitación profesional (desarrollada por Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales) y de la obligatoria adscripción a un Colegio (si bien el apartado 4 aplica una especie de sistema de reconocimiento, para aquellos casos en que el ejercicio sea compatible, permitiendo que la incorporación a uno de los Colegios que ordenan ambas profesiones sea suficiente). En definitiva, se altera profundamente el sistema de acceso, en la misma medida y por las mismas razones que se hizo posible la compatibilidad de su ejercicio. Toda vez que a esta última alteración se hicieron reparos en el apartado a) anterior, los mismos resultan ahora oponibles.

Nótese, además, que ello tiene una lógica de fondo claramente perceptible y es la de que hay ciertas funciones de estas profesiones que no puedan desgajarse como tales o aislarse en un sistema puro, como pretenden los apartados 2 y 3: “... habilitará igualmente para el desempeño de las funciones de representación legal de las partes”, “... habilita igualmente para el desempeño de la asistencia letrada en [los] procesos judiciales y extrajudiciales”, con independencia o abstracción hecha del sentido que imponen a dichas funciones, no sólo la tradición histórica ni la práctica forense, sino su vigente y completa regulación en la LOPJ, en la LEC y en sus respectivos Estatutos Generales. Desde luego que tal sistema puede ser modificado, pero del modo y con el alcance que pretendían ambos anteproyectos, el de reforma de la LEC y el de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales, dicha modificación es incompleta, pues, como afirmó el dictamen 1.250/2013, “aun si se hicieran la procuraduría y la abogacía dos profesiones en general compatibles, permitiéndose su ejercicio conjunto por una misma persona, una parte de las funciones integrantes de la primera no estarían abiertas a la segunda, pues quien ejerza como abogado de una de las partes en un proceso (es decir, asuma su defensa técnica) no podría simultáneamente realizar los actos de comunicación y/o de ejecución que el Anteproyecto encomienda a los procuradores”, y ello por las exigencias de independencia e imparcialidad que ya antes fueron puestas de relieve.

El Consejo terminó concluyendo que hubiese resultado deseable en esta materia un enfoque mucho más sosegado de la cuestión relativa al ejercicio de ambas profesiones, el cual -sin renunciar a los objetivos que el anteproyecto ahora sometido a consulta persigue- los incluya dentro de una tramitación armónica por parte de todos los Departamentos implicados que regule el acceso y el ejercicio de ambas profesiones, partiendo de una nítida diferenciación de funciones entre ambas (“teniendo en cuenta tanto la tradición histórica como la práctica forense, pues con ello se protegería mejor la concurrencia leal entre profesionales y también la seguridad del “usuario” de sus servicios”: dictamen 1.250/2013) y que, de modo coherente, contemple su regulación en los diversos niveles: representación y defensa técnica en el plano de la máxima norma jurisdiccional (LOPJ), funciones procesales en el sistema de la LEC (incluyendo el detalle último de la misión del procurador como colaborador de la Administración de Justicia y su modelo de retribución) y replanteamiento en paralelo de las exigencias de capacitación, titulación y colegiación para ambas profesiones (Ley 34/2006).

3. CRITERIOS OFRECIDOS POR EL TJUE A PROPÓSITO DE LOS NOTARIOS

Una vez analizado el marco comunitario y legal, así como las propuestas de reforma de la Ley de Colegios y Servicios Profesionales en España, es preciso que acudamos, como indicamos al inicio del estudio, a la búsqueda de criterios que permitan delimitar actividades privatizables de actividades no privatizables en la jurisprudencia nacida de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para ello vamos a centrarnos en una cuestión, la exigencia del requisito de nacionalidad para el acceso a la profesión y al establecimiento de notarios en distintos Estados miembros, que, enmarcada en el ámbito del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, tiene relevancia en el ámbito de las libertades de establecimiento y prestación de servicios. Recordemos que la Ley 17/2009, transpositora de la Directiva de Servicios, dejaba fuera de su ámbito a las profesiones de notarios y registradores. Sin embargo, las disquisiciones hechas por el TJUE en torno al carácter público de la actividad notarial adquieren una relevancia especial a efectos del sentido del presente estudio.

Iniciaremos, pues, el análisis partiendo de las conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de septiembre de 2010, pasando, a continuación, a las sentencias subsiguientes recaídas el 24 de mayo de 2011 en el marco de sendos recursos de incumplimiento en los asuntos C-47/08, Comisión vs. Bélgica, C-50/08, Comisión vs. Francia, C-51/08, Comisión vs. Luxemburgo, C-53/08, Comisión vs. Austria, C-54/08, Comisión vs. Alemania y C-61/08,

Comisión vs. Grecia²⁶, jurisprudencia que ha tenido un hondo impacto sobre la configuración comunitaria del concepto de actividades públicas en el ámbito de la fe pública notarial.

El fondo de los asuntos tratados versaba sobre el recurso de incumplimiento presentado por la Comisión contra los citados Estados en petición de declaración de infracción de los artículos 43 y 45.1 CE (actuales artículos 49 y 51.1 TFUE, respectivamente) al haberse reservado el acceso a la profesión de notario única y exclusivamente a sus nacionales. Las conclusiones presentadas por el abogado general Cruz Villalón resultan especialmente relevantes en relación con la correcta interpretación del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento en estos dos artículos, constituyendo una unidad normativa a partir de una regla, la libertad de establecimiento, y de una excepción, las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público²⁷. La realidad es que, hasta la fecha, el Tribunal no se había pronunciado nunca acerca de si una actividad participaba de forma directa y específica en el ejercicio del poder público, de ahí la importancia de esta serie jurisprudencial.

El TJUE entiende el concepto de establecimiento como posibilidad de que un nacional de la Unión participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpretación económica y social en el interior de la Unión Europea en el ámbito de las actividades por cuenta propia²⁸. El artículo 43 CE (actual art. 49 TFUE) tiene por objeto garantizar el beneficio del trato nacional de un Estado miembro que se establezca en otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia, y prohíbe cualquier discriminación por razón de nacionalidad resultante de las legislaciones nacionales, por tratarse de una restricción a la libertad de establecimiento²⁹. Esto implica, según el TJUE, que el artículo 43 CE (actual art. 49 TFUE) prohíbe a cada Estado miembro prever en su legislación, para las personas que hagan uso de

²⁶ Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, C-47/08, Rec. p. I-4105; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Francia, C-50/08, Rec. p. I-4195; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-51/08, Rec. p. I-4231; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Portugal, C-52/08, Rec. p. I-4275; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, C-53/08, Rec. p. I-4309; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Alemania, C-54/08, Rec. p. I-4355; Sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Grecia, C-61/08, Rec. p. I-4399.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de septiembre de 2010, Rec. p. I-4105, apartado 77.

²⁸ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 77; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 78.

²⁹ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 80.

su libertad de establecerse en él, condiciones para el ejercicio de sus actividades que sean diferentes de las fijadas para sus propios nacionales³⁰.

Para el TJUE el concepto de “ejercicio del poder público” en el sentido del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), párrafo primero, debe tener en cuenta el carácter propio que en el Derecho de la Unión tienen los límites fijados por esta disposición a las excepciones permitidas al principio de libertad de establecimiento, con el fin de evitar que la eficacia del Tratado en materia de libertad de establecimiento quede desvirtuada por disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros³¹. La excepción ha de interpretarse restrictivamente, limitándose a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros por esta disposición³². En este sentido la excepción del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE) debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público³³.

En una jurisprudencia bastante consolidada, el TJUE declaró que no se encuentran comprendidas en la excepción determinadas actividades auxiliares o preparatorias respecto de las ejercidas por el poder público³⁴, o ciertas actividades cuyo ejercicio, aunque implique mantener contactos, incluso regulares y orgánicos, con autoridades administrativas o judiciales y hasta una colaboración obligatoria en su funcionamiento, deja intactas las facultades de apreciación de decisión de dichas autoridades³⁵, o determinadas actividades que

³⁰ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 79.

³¹ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 83; Sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 82; Sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, Rec. p. 631, apartado 50.

³² Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 84; Sentencia de 15 de marzo de 1988, Comisión/Grecia, 147/86, Rec. p. 1637, apartado 7; Sentencia de 29 de octubre de 1988, Comisión/España, Rec. p. I-6717, apartado 34; Sentencia de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 45; Sentencia de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, C-393/05, Rec. p. I-10195, apartado 35; Sentencia de 22 de octubre de 1999, Comisión/Portugal, C-438/08, Rec. p. I-10219, apartado 34.

³³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 85; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 84; Sentencia Comisión/Austria, C-53/08, Rec. p. I-4309, apartado 84; Sentencia Reyners, cit., apartado 45; Sentencia de 13 de julio de 1993, Thijssen, C-42/92, Rec. p. I-4047, apartado 8; Sentencia Comisión/España, cit., apartado 35; Sentencia Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, cit., apartado 46.

³⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 86; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 86.

³⁵ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 85; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 86.

no implican el ejercicio de facultades decisorias, de poderes coercitivos, o de poderes de compulsión³⁶.

Analizada la naturaleza de las funciones que los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros demandados atribuyen a los notarios, el Tribunal de Justicia llega a toda una serie de interesantes conclusiones respecto del ejercicio del poder público que vienen a aportar un grado de precisión singular a la jurisprudencia ya existente sobre la materia. Para el TJUE la autenticación de los actos o contratos libremente celebrados por las partes no está, en sí misma, directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), incluso cuando dicha autenticación sea exigible legalmente, y en la medida en que los notarios no pueden modificar unilateralmente el documento que les es sometido a autenticación³⁷. Garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre las partes en aras de un objetivo de interés general no basta para considerar por sí mismo que dicha actividad está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público³⁸, pues son muchas las actividades realizadas en el marco de profesiones reguladas que velan también por objetivos de interés general sin que se consideren manifestación del poder público³⁹.

Según el TJUE, la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general –legalidad y seguridad jurídica de los actos entre particulares– constituye una razón imperiosa de carácter general que sirve de justificación a posibles restricciones del art. 43 CE (actual art. 49 TFUE) derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad, siempre que estas restricciones sean adecuadas para la consecución de dichos objetivos y necesarias para ello⁴⁰. El asesoramiento y la asistencia jurídica que el notario presta al autenticar actos y contratos no puede considerarse

³⁶ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 86.

³⁷ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 89 a 92; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 91.

³⁸ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 95 y 96.

³⁹ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 96.

⁴⁰ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 96; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 97.

como una participación del poder público incluso cuando hay una obligación legal de prestar tal asesoramiento o asistencia⁴¹.

El valor probatorio de los documentos autenticados tampoco desvirtúa esta posición del Tribunal, puesto que las legislaciones civiles de los Estados miembros reconocen a los documentos privados el mismo valor probatorio que los documentos autenticados por notario⁴². Lo mismo puede afirmarse de la fuerza ejecutiva del documento autenticado, pues si bien la aposición por el notario de la fórmula ejecutiva en el documento confiere a éste fuerza ejecutiva, ésta se basa en la voluntad de los otorgantes de celebrar un acto o un contrato y de atribuirle tal fuerza ejecutiva⁴³. Tampoco desvirtúa la anterior conclusión la obligación de que los notarios comprueben, antes de proceder a la autenticación de un acto o contrato, que se cumplen todos los requisitos legalmente exigidos para su realización y, en caso contrario, se nieguen a autenticarlos⁴⁴.

Respecto de la ejecución de embargos de bienes inmuebles, el TJUE entiende que el notario carece de competencia por sí mismo para proceder al embargo, dependiendo en sus funciones de la tutela del juez competente en materia de ejecución forzosa, a quien el notario debe remitir las controversias que puedan surgir, siendo este juez, por otra parte, quien finalmente resuelve⁴⁵. No cabe considerar, por tanto, que esas funciones del notario estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público⁴⁶. Las mismas conclusiones son válidas para las funciones notariales que tienen atribuidas en el marco de la compraventa de inmuebles⁴⁷.

Otras actividades del notario en materia de formación del inventario de sucesiones, de comunidades o de bienes en *pro indiviso*, o en relación con la colocación y levantamiento de precintos, están sometidas también a la

⁴¹ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 99; Sentencia Reyners, Rec. p. 631, apartado 52.

⁴² Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 100; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 101.

⁴³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 103; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 104.

⁴⁴ Sentencia Comisión/Austria, Rec. p. I-4309, apartado 93.

⁴⁵ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartados 106 y 107; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 107.

⁴⁶ Sentencia Thijssen, Rec. p. I-4047, apartado 21; Sentencia de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria, apartados 41 y 42; Sentencia Comisión/Alemania, Rec. p. I-4355, apartados 42 y 43; Sentencia Comisión/Portugal, Rec. p. I-4275, apartados 37 y 41.

⁴⁷ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 108; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 109.

autorización del juez competente⁴⁸. En cuanto a la intervención del notario en materia de división judicial de bienes, o del procedimiento de prelación de créditos posterior a una venta pública, la sujeción de la misma a las directrices del juez competente, hace que estas actividades notariales no constituyan ejercicio de poder público⁴⁹. El notario sólo interviene si las partes han convenido que la licitación se lleve a cabo ante él. En ese supuesto el notario tiene la función de elaborar el inventario, formar la masa de la partición y determinar la composición de los lotes. Incluso en estos casos, estas actividades no atribuyen al notario el ejercicio del poder público⁵⁰. En todas aquellas actividades notariales, en suma, en las que las prestaciones profesionales del notario implican una colaboración, incluso obligatoria, con el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, no hay participación en el ejercicio del poder público⁵¹.

En relación con el hecho de que los documentos auténticos traslativos de derechos reales inmobiliarios sean objeto de inscripción en el registro de la propiedad, el Tribunal de Justicia entiende que esa inscripción corresponde al registrador de la propiedad, relacionándose con las formas de publicidad de dichos documentos y no significa por tanto un ejercicio directo y específico del poder público por parte del notario⁵².

Tampoco pueden considerarse actividades investidas de poder público, según el TJUE, en el sentido de la exclusión del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), la formalización mediante documento notarial de aquellos negocios jurídicos, como las donaciones inter vivos, los testamentos, las capitulaciones matrimoniales y los contratos que rigen la situación de las parejas de hecho⁵³. Las mismas consideraciones son aplicables a los actos de constitución de sociedades, asociaciones y fundaciones que deben formalizarse en documento autenticado⁵⁴. Las funciones de recaudación de impuestos que asume el notario en el momento de percibir los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y constitución de derechos reales que correspondan, tampoco pueden considerarse ejercicio de poder público, pues tal recaudación no difiere sustancialmente de la que procede

⁴⁸ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 109.

⁴⁹ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 110.

⁵⁰ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 111.

⁵¹ Sentencia Comisión/Bélgica, cit., apartado 112; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 112.

⁵² Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 113.

⁵³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 113.

⁵⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 114.

en el caso del impuesto sobre el valor añadido que puede realizar cualquier sujeto privado⁵⁵.

Respecto del papel que pueda jugar el estatuto específico del notario en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, hay que decir que es la naturaleza de las actividades en cuestión y no el propio estatuto el que determina la aplicación de la excepción contemplada en el art. 45 CE⁵⁶ (actual art. 51 TFUE). Tiene en cuenta el Tribunal de Justicia que los notarios, tal y como expone el Abogado General Cruz Villalón en el punto 18 de sus conclusiones, actúan en régimen de competencia, dentro de sus circunscripciones territoriales, lo cual no es propio del ejercicio del poder público⁵⁷, y, además, responden directa y personalmente frente a sus clientes de los daños que puedan derivarse de cualquier falta cometida en el ejercicio de sus actividades⁵⁸. En el caso de Luxemburgo, quedó también desestimada por el TJUE la alegación basada en la necesidad de garantizar el uso de la lengua luxemburguesa, pues si bien forma parte de los objetivos legítimos y respetados por el ordenamiento jurídico de la Unión la salvaguardia de la identidad nacional de los Estados miembros (art. 4.2 TUE), dicho interés puede defenderse eficazmente a través de medios distintos de la exclusión con carácter general de los nacionales de otros Estados miembros⁵⁹.

Entre las alegaciones desestimadas a los Estados demandados figura la aplicación de los Reglamentos (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000⁶⁰, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003⁶¹, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004⁶², por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, referidos al reconocimiento y la ejecución de actos autenticados con fuerza ejecutiva formalizados y registrados

⁵⁵ Sentencia Comisión/Francia, Rec. p. I-4195, apartado 98; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 115; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 114.

⁵⁶ Sentencia Comisión/Francia, Rec. p. I-4195, apartado 96; Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 116; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 115.

⁵⁷ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 117; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 116.

⁵⁸ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. 4105, apartado 118.

⁵⁹ Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 124; Sentencia de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo, C-473/93, apartado 35.

⁶⁰ DO L12, de 16.1.2001.

⁶¹ DO L338, de 23.12.2003.

⁶² DO L143, de 30.4.2004.

en un Estado miembro⁶³. Para el TJUE, dichos Reglamentos no inciden en la interpretación del art. 45 CE (actual art. 51 TFUE), párrafo primero, pues para que un documento pueda calificarse de auténtico en el sentido del Reglamento n° 44/2001, es necesaria la intervención de una autoridad pública o de cualquier otra autoridad habilitada por el Estado⁶⁴.

Igualmente son desestimadas las alusiones a la Resolución del Parlamento Europeo de 23 de marzo de 2006, sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento de los sistemas jurídicos, cuyo apartado 17 afirmaba que el art. 45 CE (actual art. 51 TFUE) debía aplicarse a la profesión de notario, porque se trata, según el TJUE, de un acto que carece de efecto jurídicos, ya que tal tipo de resoluciones no constituyen por naturaleza actos vinculantes. Además, una Resolución del Parlamento de 1994 venía a recomendar la supresión del requisito de nacionalidad a la profesión de notario en el territorio de los doce Estados de la Comunidad.

Tampoco acoge el TJUE las alegaciones basadas en la STJUE Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española⁶⁵, en la que el Tribunal declaraba que las funciones atribuidas a los capitanes y primeros oficiales de buques constituían una participación en el ejercicio de prerrogativas de poder público, dado que el asunto que dio pie a esa sentencia, versaba sobre el art. 39.4 CE (actual art. 45.4 TFUE) y no sobre el art. 45, párrafo primero (actual art. 51 TFUE), y que el Tribunal no analizó solo la única competencia en materia notarial atribuida a los capitanes y primeros oficiales de buques –autorización de testamentos y la custodia y entrega de los mismos- sino la totalidad de sus competencias, en particular las relativas a las facultades coercitivas o sancionadoras que tienen asignadas⁶⁶.

⁶³ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 55.

⁶⁴ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 120; Sentencia de 17 de junio de 1999, Unibank, C-260/97, Rec. p. I-3715, apartados 15 y 21. Para el Tribunal, la Sentencia Unibank no guarda relación con la interpretación del artículo 45 CE, párrafo primero; Sentencia Comisión/Francia, cit., apartado 105.

⁶⁵ Sentencia de 30 de septiembre de 2003, C-405/01, Rec. p.I-10391.

⁶⁶ Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 122.

CLÁUSULAS SOCIALES, CONTRATACIÓN PÚBLICA: DEL PROBLEMA DE “LEGITIMIDAD” AL DE SUS “LÍMITES”

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

“Una legislación [incluso] jurídico-privada que tenga presente su misión social, debe justamente aspirar a una protección material de las capas sociales, amenazadas con la libertad de los contratos, contra el empuje de la prepotencia económica. Un espíritu tal debe penetrar, especialmente, en el derecho de obligación (...). ¡Y cuán radicalmente se separan en esto las ideas jurídico-romanas [protección de la libertad y de la propiedad] de las germanas [preferencia de la idea de comunidad]; la ordenación individualista, de lo social!”

Otto Von GIERKE. La función social del Derecho privado y otros Estudios.
Comares. Granada. 2015, pp. 26-30

EXTRACTO

Palabras clave: cláusulas sociales, contratación pública europea, dumping social, reforma laboral

La garantía de un mercado de trabajo inclusivo es una cuestión de particular relevancia en la actualidad, pues la crisis está devaluando las condiciones de vida y de trabajo. Las reformas laborales agravan el problema al facilitar los ajustes laborales a la baja. En este contexto, las políticas de contratación pública se convierten en un instrumento útil para reforzar la integración de sus mercados de trabajo a través del uso estratégico de cláusulas sociales a favor del empleo de calidad. Tradicionalmente, se han puesto grandes obstáculos a su reconocimiento -sentencia “Rüffert”-, en virtud del principio de libre competencia. Sin embargo, hoy se destaca una tendencia, legal y jurisprudencial, a garantizar su inclusión en los contratos públicos, sobre todo con la entrada en vigor de la nueva Directiva comunitaria (2014/24/UE), si bien hay numerosas dudas en torno a la fijación de sus límites, en aras del principio comunitario de proporcionalidad

ABSTRACT

Key words: social clauses, European public procurement, social dumping, labour markets reform

The guarantee of an “inclusive labor market” is an issue of particular relevance today, because the crisis is devaluing the conditions of life and work. Labor reforms exacerbate the problem by facilitating the wage cuts. In this context, public procurement policies become useful the inclusiveness of their labor markets: the “strategic use” of social clauses in favor of quality employment. Traditionally, they have been major obstacles to recognition of these social clauses -example: judgment of the European Court of Justice Rüffert-, under the principle of free competition. This paper illustrates how member states and contracting authorities can make the best use of the possibilities offered by the new Public Procurement Directive (2014/24/EU) to achieve social policy objectives through public procurement.

ÍNDICE

1. ¿CLÁUSULAS LABORALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?: LA ACTUALIDAD DE UNA INSTITUCIÓN TRADICIONAL “OLVIDADA”
2. DOS MODELOS DE COMPETITIVIDAD: “COMPRA SOCIALMENTE ORIENTADA” Y “DEVALUACIÓN” (“LOW-COST LABOR LAW”)
3. COMPETENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO, LEYES DEL MERCADO DE TRABAJO Y POLÍTICAS DE EMPLEO DE CALIDAD
 - 3.1. La defensa de la libre competencia y el “ajuste de los costes laborales” como nuevo “bien jurídico” (“flexibilidad interna”) protegido
 - 3.2. La libertad de empresa, la libre prestación de servicios y la prohibición del dumping social: clausuras y aperturas en el Derecho Comunitari
 - 3.3. ¿Son disponibles las ventajas competitivas basadas en los ajustes salariales de las ofertas más baratas permitidos por las normas laborales?
4. CONCLUSIONES: HACIA UN USO SOCIAL ESTRATÉGICO, QUE NO OPORTUNISTA, DE LAS CLÁUSULAS SOCIO-LABORALES

1. ¿CLÁUSULAS LABORALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?: LA ACTUALIDAD DE UNA INSTITUCIÓN TRADICIONAL “OLVIDADA”

La cultura jurídica asume, desde hace largo tiempo, que el “principio social” propio de un “Estado Constitucional de Derecho”, como es el español -art. 1 CE; y al margen de la corrección que pueda suponer el principio de primacía del pago de la deuda, auténtico vestigio de las antiguas “servidumbres del deudor” (personales las más típicas, cierto) - hacer permeables a todos los sectores del ordenamiento jurídico a la idea de “misión social”, destacando la idea de unidad del orden jurídico frente a la fragmentación o la radical autonomía -peor “independencia” de cada provincia respecto del orden global-. De ahí, que los más insignes juristas del “Derecho Social” defendieran, ya a finales del siglo XIX, que la “función social” no es propia sólo del Derecho Público -principio de comunidad-, sino también del Derecho Privado -principio de liberalismo individualista-, hasta el punto de diluir sus fronteras (STCO 18/1984). Consecuentemente, si ni las “leyes de la contratación privada” ni “la autonomía privada” permanecen ajenas a esa vertiente social, so pena de degenerar la libertad en instrumento de “opresión del más débil por el fuerte”¹, parecería un auténtico deber positivo de realización del fin social cuando la contratación pende de las “personas público-administrativas”, conformando esos “*finés institucionales*” de la contratación administrativa a que refiere su principal ley reguladora en España (art. 1.1, párrafo segundo, in fine Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público -TRL CSP, en adelante-).

¹ Vid. Otto Von Gierke. *La función social del Derecho privado y otros estudios*. Comares. Granada. Pp.22-24.

Cierto, puede esgrimirse, si en relación a la garantía de “condiciones de empleo y de trabajo dignas” -paradigma del “trabajo decente” de la OIT- se trata, que para eso ya se “inventó” el “Derecho Social del Trabajo”, una rama especial del Derecho de las Obligaciones que, sin perjuicio de configurar el contrato de servicios laborales como una relación de libertad contractual, tendría la misión de ofrecer la protección social suficiente como para evitar la indefensión de los trabajadores en manos de capitalistas y/o empresarios. Sin embargo, no menos verdad es que, desde el paradigma jurídico aquí recordado -la permeabilidad social de toda institución jurídica, incluso privada-, el eje del desarrollo de las ideas sociales en la vida jurídica se centra en la unidad de ese orden jurídico, por encima de las individualidades y los particularismos.

No se trata tan sólo de “teoría jurídica”, de simple especulación doctrinal, si se quiere, por muy autorizadas, clásicas ya sin duda, que sean las voces a las que se remite. Muy al contrario, esta permeabilidad social de toda institución jurídica, incluidas aquéllas en las que el eje fundamental de su ordenación es la libertad de contratación -y competencia-, tiene importantes manifestaciones jurídico-positivas (enfoque normativo propiamente), también dotadas de un extraordinario arraigo histórico-jurídico social internacional. Por tanto, no se revelan como ninguna nueva tentación de esnobismo jurídico, o como una llamada a la desesperada a “usos alternativos” de las instituciones para intentar frenar la “devaluación de derechos” experimentada en “campo propio”, sino que apelan a señales de identidad genuinas de la “economía social de mercado” y de sus “libertades civiles y económicas”, por más que la actual “re-mercantilización” del entero Derecho, según el principio absolutista del “ajuste de mercado total”², las haya erosionado. Dos ejemplos de la permeabilidad social de las libertades económicas de mercado vamos a aportar.

El primero, como ilustrativa concreción de esa dimensión transversal del “Espíritu de Filadelfia” (Carta Constitucional de la OIT), contrario a la reducción del trabajo a mera cosa productiva y reivindicativo, en línea con la concepción “historicista ético-social” de GIERKE, de la “lógica socio-personal” de todo contrato, más sirve a fines de índole comunitarios, vendría ejemplificada por el Convenio n. 94 (1949), sobre las “Cláusulas de Trabajo” en los contratos celebrados por las autoridades públicas. Su art. 2.1 impone (no es potestativo, según la función promocional típica de este tipo de normas, sino un mandato imperativo: “deberán contener”) a la contratación público-administrativa la obligación de incluir “cláusulas que garanticen a los trabajadores...salarios... y

² Vid. A. Supiot. *El Espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total*. Península. 2011.

demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada de la misma región...”. Esta regulación internacional recelosa de un modelo de obtención de la ventaja competitiva basado en la reducción de los costes laborales, en virtud de las facilidades que ofrece las libertades económicas, habría gozado de ilustres antecedentes en la legislación laboral y de contratación administrativa nacionales desde principios del siglo XX, hasta el punto de integrar una arraigada tradición jurídica promocional de las regulaciones colectivas de trabajo, anticipando por vía indirecta una eficacia que luego asumirá directamente el convenio colectivo por su propia fuerza normativa, constitucionalmente atribuida³.

La segunda, de especial trascendencia en un tiempo en el que adquiere un protagonismo mayor la denominada “justicia socio-laboral multinivel” y la construcción del Derecho desde un método dialógico entre Tribunales donde la referencia principal se sitúa en los de carácter internacional, tiene que ver con la reafirmación de la vertiente social de los derechos civiles en la jurisprudencia cada vez más “pretoriana” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH, en adelante-. Aunque no es nuestra pretensión afrontar, ni tan siquiera sucintamente, esta importantísima e inusitada vertiente de la tutela de los derechos sociales y laborales, sí es útil recordar que esta jurisprudencia ha llegado a dar reconocimiento y garantía a la Seguridad Social como derecho humano social pese a no tener reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas -CEDH, en adelante-, sí en el art. 12 de la Carta Social Europea -CSE, en adelante-, sin más fundamento que el más liberal y civil de los derechos económicos: el derecho de propiedad. Pocas experiencias -pero no es la única en este ámbito⁴- como ésta demuestran, desde un punto de vista jurídico-práctico e institucional, por tanto desde un enfoque de marcado “realismo normativo” frente al tradicional “formalismo jurídico”, lo errado de todo enfoque que presente los derechos, pero también las instituciones del Derecho, como comportamientos estancos, rígidamente separados por clasificaciones formales que pierdan de vista la unidad valorativa final del conjunto, en aras de una Estado Social fiable ex art. 1.1 en relación a los arts. 9 y 10.2 CE.

³ Vid. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. “Cláusulas sociales y contratación pública”. La Ley 2955/2016.

⁴ Hacía recientemente un repaso de las experiencias más recientes en la jurisprudencia del TEDH en mi Estudio Preliminar de Presentación del Monográfico de Diálogos con la Jurisprudencia publicado en CEF. Trabajo y Seguridad Social, n. 399/2016, titulado “*Vertiente social de los derechos civiles en la jurisprudencia del TEDH. Selección de casos líder*”. También es interesante consultar el estudio del profesor J. Cabeza Pereiro. “*La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH*”. Revista de Derecho Social, n. 69, 2015.

No creo que haya que desplegar una mayor justificación jurídica para evidenciar la legitimidad, cuando no la necesidad imperiosa, de que no haya instituciones jurídico-contractuales al margen de ese "fin social". Un imperativo mayor si se trata de "compra público-administrativa" que, por mandato legal, no sólo moral, está obligada a ser un ejemplo de gestión ético-social; su vinculación a la realización de los fines sociales, fijados en la Constitución -y en los estándares internacionales- debe garantizar no sólo la prohibición de uso antisocial, sino su obligado uso socialmente responsable de la contratación pública. Precisamente, esta función es la que se ha asignado modernamente -ignorante de su larga tradición- a la técnica de las "*cláusulas socio-laborales*".

Sin embargo, como es bien sabido, la realidad normativa y práctica mayoritaria dista un abismo de esa visión. Una vez más asistimos, para analizar la vida real del Derecho, a una profunda brecha entre el discurso normativo -el deber ser- y la situación cotidiana -el ser-, de modo que la inclusión de cláusulas sociales en la política de contratación pública, cuya esencialidad se reconoce normativamente, como por ejemplo el art. 174 del vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía, pero luego, como ilustra la práctica de la contratación en esta misma Comunidad, y en el conjunto de España, no sólo brilla por su ausencia, sino que encuentra todo tipo de obstáculos, más pretendidas que reales. ¿Por qué sucede así y cuál es la situación actual?

La pregunta tiene sentido porque asistimos en este tiempo a un relanzamiento relevante, sino determinante, de esta cuestión, concurriendo numerosos y heterogéneos factores, unos de índole pre-jurídico, e incluso meta-jurídico, y otros estrictamente jurídicos. En el plano extra-jurídico, parece claro que hay una creciente toma de conciencia, básico en un momento de especial intensidad de las políticas de austeridad derivadas, en medida no desdeñable, de la asunción pública de "deudas privadas", sobre el enorme potencial de la "compra pública" para introducir un concepto más comprometido que el actual de "responsabilidad social de la empresa". En nuestro país, el conjunto de las AAPP dedica a la adquisición bienes y servicios o la construcción de obras, más del 16% del PIB⁵ (2.000 euros por habitante y año). Miles de millones de Euros, en definitiva.

Si bien este dato suele silenciarse -más por el omnipresente discurso (verificado por la práctica) de la corrupción-, resulta manifiesto que cada vez que una autoridad pública adjudica un contrato, y lo hace a diario, está produciendo

⁵ Vid. el sugerente estudio de M. R. Vallecillo Gámez. "*Cláusulas sociales y empresas de inserción: de las inciertas "subvenciones" a la creación de "mercados tutelados"*". Temas Laborales, Nº 21, 2008, págs. 17 y ss.

un gran impacto en el modelo de ventaja competitiva en los mercados de compra pública y, por supuesto, en el empleo. Sin embargo, generalmente la contratación pública produce un efecto negativo o neutro, cuando dispone de marcos normativos e instrumentos prácticos, para inducir un impacto positivo, a favor de un modelo de competitividad y empleo en el que la puja a la baja de los costes laborales no sea una componente fundamental de todo el proceso de licitación y determinante de la adjudicación final a uno de los licitadores en -no muy leal- competición⁶. Resistencias culturales e inercias institucionales lo estarían frenando.

En el plano jurídico parece tomarse creciente conciencia de esta potencialidad. De ahí, la multiplicación de datos relevantes que traen al primer plano de la actualidad este tema y que, en consecuencia, justifican la elección de este tema para el estudio que realizo. De forma sintética, sin perjuicio del análisis más detenido que luego se hará, podrían ser agrupados en tres:

- 1) Novedades normativas, internacionales, sobre todo comunitarias, y nacionales, ya estén plenamente vigentes, aún pendientes de transposición, ya estén sólo en estado de proyecto.

Sin duda, la pieza normativa más conocida y relevante se vincula a la entrada en vigor de la nueva normativa europea reguladora de esta materia, dado que se trata de una competencia comunitaria. Me refiero a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. Esta norma, expresión de una notabilísima potenciación de las cláusulas sociales en la contratación pública, sin perjuicio de las limitaciones y cautelas que mantiene, requiere a los Estados adoptar medidas efectivas para garantizar el cumplimiento, en la ejecución de los contratos -cláusulas sociales de ejecución-, los compromisos sociales establecidos -no sólo legal sino también convencionalmente, en su artículo 18.2. Este precepto regula los principios básicos de la contratación pública, lo que pone de relieve la importancia que se confiere al tema. Además de este mandato general imperativo en la fase más fácil, la cláusula social como condición específica de ejecución (art. 70), se alude expresamente a los aspectos sociales en otras fases del proceso, tradicionalmente más discutidas y con más conflictividad de implantación: definición del objeto de los contratos (art. 62); exclusión de contratistas (art. 57) y, sobre todo, como criterio de adjudicación (art. 67).

⁶ Lo recordaba también el profesor M. Rodríguez-Piñero. “*Cláusulas Sociales...*”. Op. cit. p.2.

Esta Directiva, que avanza notablemente en la obligatoriedad de la inclusión de fines sociales en los contratos públicos, recogiendo aspectos que van más allá de los que hoy se prevén en el TRLCSP, está pendiente de transposición. Al respecto, y si bien los borradores de Anteproyecto que se conocen no lo refleja expresamente, es interesante recordar que en el Programa Nacional de Reformas 2014 de España -p. 96-, el Gobierno español se comprometía a “... poner en marcha una Ley de contratación pública que establezca el principio de que la “oferta económica y **socialmente** más ventajosa” se convierta en el criterio para cualquier adjudicación”. Este principio de socialización de la política de contratación pública halla, como luego se indicará, algunas concreciones, si bien más limitadas, en la reciente Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

En el mismo nivel comunitario de regulación de la competencia, con incidencia notable en la instrumentalización de las condiciones de trabajo para obtener ventajas de competición entre empresas, pero todavía como mera propuesta de revisión normativa, hay que destacar la Propuesta de Revisión de la Directiva 96/71/CE, de desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de la libertad de prestación de servicios (8 de marzo de 2016, COM 2016, 128 final). En ella, se añade un nuevo apartado en el art. 3 de la Directiva respecto de situaciones de creciente intensidad también en el ámbito transnacional: las cadenas de subcontratación. Como se verá, se llega a ver la luz esta nueva revisión de la Directiva, lo que no parece asegurado ante la actual tensión política entre los Estados partidarios y los opuestos a su reforma, se daría una base jurídica clara y directa a la potestad -en principio esta técnica de prevención del abuso no está diseñada como obligatoria para los Estados- de incluir “cláusulas sociales” que garanticen el cumplimiento de las condiciones convencionales de empleo y trabajo; eso sí, igualmente a empresas locales que a las desplazadas.

- 2) Novedades jurisprudenciales, ante la apertura del TJUE -S. 17 de noviembre de 2015, asunto C- 115/14- a la legitimidad de “cláusulas laborales” previstas en Leyes “regionales”, orientadas a garantizar un “salario mínimo sectorial”, con lo que parece corregirse, aunque se advierta formalmente de lo contrario, la más tradicional posición obstaculizadora -doctrina “Rüffert”-.

Enlazando con la citada cuestión de la movilidad transnacional de trabajadores en el marco de la libertad de prestación de servicios, bien conocido es que la jurisprudencia comunitaria, objeto de innumerables estudios críticos en la doctrina laboralista de buena parte de Europa, había venido sosteniendo la imposibilidad de incluir en la contratación pública un “salario mínimo sectorial”. Una posición excluyente que mantuvo tanto si se trataba de una movilidad transnacional en

sentido estricto -STJCE 3 de abril de 2008, caso *Rüffert*-, cuanto si no -STJUE 18 de septiembre de 2014, caso *Bundesdruckerei*-. Sin embargo, la STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, caso «RegioPost»), ha concluido que la normativa de contratación pública (en el caso Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, versión modificada por el Reglamento (UE) n° 1251/2011 de la Comisión), no se opone a Leyes que obliga a los licitadores a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato “un salario mínimo fijado por dicha normativa”.

- 3) Relanzamiento en la práctica de contratación pública, no sólo municipal sino ya también autonómica, previa cobertura reguladora de esta naturaleza, de cláusulas sociales dirigidas a contrarrestar, en su ámbito, los efectos de mayor devaluación de condiciones de trabajo colectivas derivados de la reforma laboral.

La reanimación de esta importante cuestión no es sólo normativa, sino también, y sobre todo, práctica. Hasta hace bien poco tiempo, las iniciativas sobre “cláusulas sociales” en la contratación pública con carácter preceptivo se limitaban casi de manera exclusiva al ámbito municipal (Avilés, Castellón, Barcelona, Madrid, Donostia, Vitoria, Sevilla, Valencia, etcétera). Pues bien, además de sumarse nuevos municipios de gran trascendencia -Madrid⁷-, parece haberse abierto una nueva línea de promoción de este tipo de cláusulas, no sólo en las Diputaciones -como por ejemplo en las del País Vasco-, sino en diversas Comunidades Autónomas -Navarra, Baleares (Acuerdo de Cláusulas Sociales de 28 de abril de 2016⁸), Canarias⁹...-. Sin duda, su valor va más allá del relieve cuantitativo, por el efecto de promoción que ejercerá sobre los entes locales de sus respectivos territorios. Pero con ser esto muy importante, no es lo más trascendental.

⁷ Cuya normativa reguladora y sus primeras experiencias prácticas tras el nuevo gobierno municipal han sido avaladas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública. Vid. http://www.eldiario.es/madrid/clausulas-Ayuntamiento-Madrid-contratos-publicos_0_483302367.html. Puede verse la Instrucción n. 1/2016, sobre inclusión de cláusulas sociales en la contratación del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos http://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1_2016.pdf.

⁸ <http://www.diariodemallorca.es/mallorca/2016/04/28/govern-contratara-empresas-empleo-calidad/1112946.html>.

⁹ Para el anuncio de la nueva normativa al respecto. <http://eldia.es/agencias/8657550-CAN-CONTRATACIONES-P-BLICAS-Hernandez-impulsa-clausulas-sociales-contrataciones-publicas>.

A mi juicio, la mayor novedad, que atrae la atención y justifica especialmente un estudio al respecto, está la creciente difusión de un uso de las cláusulas sociales como una forma de contrarrestar o corregir los efectos de la reforma laboral, en especial el efecto de desplazamiento de los convenios sectoriales provinciales por los de empresa, según el art. 84.2 ET, así como las facilidades dadas para los “descuelgues laborales” ex art. 83.2 ET. Al respecto, la Diputación Foral de Guipúzcoa elaboró, en el marco de sus competencias de contratación públicas, la “Norma Foral” 4/2013, de 17 de julio, de *incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral*, dirigida a contrarrestar los principales efectos de devaluación derivados de la reforma laboral. Hoy, las tres Diputaciones Forales vascas y Navarra cuentan con normativa específica al mismo fin, evidenciando el efecto “emulación-contagio” que tiene este tipo de políticas, especialmente en CCAA con mayor contestación político-institucional a la reforma laboral. La Comunidad Balear cuenta con una norma análoga.

En efecto, poco después, el Consejo de Gobierno de la Diputación de Vizcaya aprobó la Instrucción de 29 de octubre de 2013, por la que se establecen criterios sobre mantenimiento de las condiciones de trabajo y medidas de carácter social para su aplicación en los procedimientos de contratación de la Diputación Foral, al fin, que lejos de disimularse se confiesa, de corregir los efectos de la reforma laboral en relación al poder unilateral -no así si es colectivo- de modificar las condiciones de trabajo. Y algo más tarde, las Juntas Generales de Álava aprobaron la “Norma Foral” 1/2014, de 12 de febrero, para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obra del sector público foral. La sucesión de iniciativas reguladoras -de distinta naturaleza, lo que luego será determinante para su suerte- no es casual, sino que está programada, pues, en realidad, detrás de esta política estaba un acuerdo del Parlamento vasco -Proposición No de Ley 187/2013, intitulado “Sobre la no aplicación de la reforma laboral en el ámbito de la contratación pública”- que instaba al Gobierno vasco a promover la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, de modo que se valore positivamente la preservación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios sectoriales -provinciales-. Una iniciativa completada con otra de promoción popular y orientada al mismo fin, de modo que se evite un uso de la reforma laboral -prevalencia del convenio de empresa, técnica del descuelgue y fin de la ultra-actividad del convenio- al servicio de un modelo de competencia basado en el dumping socio-laboral.

Como era de esperar, tales normativas fueron objeto de impugnación -bien por la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC), bien por la Abogacía del Estado-. A resultas de ello, se han dictado varias sentencias por parte del TSJ del País Vasco, Sala Contenciosa, de diferente signo, recurridas en casación y

que ha dado lugar a decisiones del TS, Sala 3ª, también de diferente fallo. En un caso, se legitima la “norma foral guipuzcoana” (STS, 3ª, 1301/2016, 2 de junio, que desestima el recurso contra la STSPV n. 603/2014, 30 de diciembre), por no tratarse de una norma reglamentaria en sentido estricto que invada competencias de la Comunidad Autónoma. En otro, anula totalmente la “norma foral alavesa”, por invadir esas competencias (STS, 3ª, 1154/2016, de 23 de mayo), con lo que se evidencia la complejidad y conflictividad de la situación jurídica. En todo caso, y anticipando el final, el resultado es, como vamos a ver con cierto detalle, la confirmación de la doctrina judicial vasca mayoritaria -se forjó sobre la base de una minoría contraria a su legitimidad, en aras del primado del Derecho Comunitario de la Competencia- que convalidó este tipo de “cláusulas sociales”.

2. DOS MODELOS DE COMPETITIVIDAD: “COMPRA SOCIALMENTE ORIENTADA” Y “DEVALUACIÓN” (“LOW-COST LABOR LAW”)

Ciertamente, ni en el plano normativo ni en el plano práctico, hay dificultad insoluble para reconocer, garantizar y promover el avance en la permeabilidad social de todas las políticas públicas y de todas las instituciones jurídicas, incluidas las privadas, cuánto más de la política de contratación del sector pública y de sus “poderes de adjudicación”, aceptándose de forma mayoritaria en el actual marco de la “responsabilidad social corporativa”. Pese a ello, junto a las persistentes resistencias de los operadores públicos del sector de la contratación pública para un uso sistemático y estratégico de la técnica de las cláusulas sociales, no ya sólo residual o marginal (modelo “ético-paternalista”), la opción más seguida la UE es la contraria: la re-mercantilización de las normas sociales y laborales, de modo que es el Derecho (Económico) de la Competencia el que limitaría el Derecho (Social) del Trabajo. La conocida “jurisprudencia comunitaria antisocial” del bienio 2007-2008, no corregida¹⁰, habría colaborado a esa nueva condicionalidad

¹⁰ Vid. la STJUE de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13, que, manteniéndose en la doctrina más tradicional del asunto “Viking Line” (STJCE 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05), prima la libertad de prestación de servicios de un armador establecido en Noruega -si bien actúa bajo “bandera de conveniencia” de un Estado extra-comunitario-, sobre el derecho a la adopción de conflictos colectivos (bloqueo sindical de la actividad portuaria a fin de presionar al a la negociación de un convenio colectivo con los sindicatos locales); la STJUE de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13STJUE 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, siguiendo la doctrina Rüffert (STJCE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06), rechaza que se pueda exigir, por mor de una normativa de un Land alemán, a los subcontratistas de los licitadores el pago del salario mínimo previsto. La bibliografía es abundante. Vid. J.M. Goerlich-A. Guamán Hernández. *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un Estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado*. CES. Madrid. 2011; J.M. Gómez Muñoz. “*Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo*”. Temas Labora-

económica de los derechos socio-laborales, primando las libertades de mercado y la libre concurrencia sobre la prohibición de la competencia basada en el “dumping social” o, según la versión moderna, en la “devaluación nacional de las condiciones de trabajo”, derivada de la “cláusula social general” del art. 151.1 TFUE en relación al art. 3.2 TUE.

Este es un “tópico jurídico” conocido en la doctrina laboralista, que le viene dedicando una recurrente crítica. Aquí nos vamos a ocupar de un proceso contrario. Las “cláusulas sociales” impuestas por los poderes de adjudicación de los contratos públicos son una fuente de condicionalidad social a la libre competencia. Por lo tanto, promueve un paradigma de Mercado Interior a favor, no en contra, de equiparación de las condiciones de vida y de trabajo “por vía de progreso”, condicionando el “modelo de competitividad de la economía comunitaria” (STS 27 de enero de 2014, Rec. 100/13, Grupo Cortefiel).

Como se apuntaba *ut supra*, esta cuestión, que desde luego no es nueva, sino que cuenta con una dilatada tradición, está irrumpiendo con una inusitada fuerza no sólo el debate jurídico sino también en la regulación y en la práctica contractual y tiene, sin duda, su mayor referente normativa con la entrada en vigor -18 de abril de 2016- de la nueva Directiva 2014/24/UE, 26 de febrero que -junto a las números 23 y 25-, recogiendo las recomendaciones de la Comisión en el marco de la Estrategia “*Europa 2020: estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”, promueve -no impone- una identificación de la búsqueda de la eficiencia pública también con un mejor uso del poder de adjudicación de los contratos públicos al servicio de “objetivos sociales” (Considerando 2). No se trata de usos episódicos (responsabilidad social cosmética), sino de dar un salto cualitativo y desarrollar la tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a incluir criterios sociales en la contratación de una forma más sistemática, para dejar emerger un nuevo concepto: el de “*contratación pública socio-laboralmente estratégica*”, esto es global y coherente, que hace de esta política una garantía efectiva del *modelo de competitividad económica socio-laboralmente responsable* u orientada¹¹.

Muy significativo resulta, desde esta perspectiva de evolución legal hacia un paradigma nuevo de “*compra pública socio-laboralmente estratégica*”, que el

les, n. 130/2015, Monográfico sobre el impacto de la jurisprudencia Europea sobre las Relaciones Laborales en España.

¹¹ La Comisión ha venido planteando la necesidad de avanzar en usos más intensivos de criterios sociales, pero siempre con limitaciones en aras del primado de la competencia libre. Vid. Comisión. “*Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*”. SEC 2010, 1258 final.

artículo 18.2 de la Directiva haya incluido este mandato a los Estados miembros de tomarse más en serio -“tomarán medidas pertinentes para garantizar”- las cláusulas sociales y laborales- en el precepto dedicado a garantizar el respeto de los “principios de la contratación”. Si el apartado 1 recuerda los clásicos -“*los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos...sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada*”-, su apartado ordena, a modo de complemento-contrapeso, asegurarse esa libertad de competencia resulta al mismo tiempo leal y equitativa. De este modo, se apunta, no de forma expresa, pero sí por remisión, a la función de condicionalidad del estándar internacional del “trabajo decente” a la libertad de competencia (se remite al Anexo X de la Directiva, que lista Convenios “fundamentales” de la OIT; no está el n. 94), cuya inobservancia por el licitador, en su nivel mínimo, puede llevar incluso a la exclusión del procedimiento -art. 57 4 a) Directiva-.

El Dictamen del Comité de las Regiones intitulado “*La modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*”, de mayo de 2011 (2011/C 192/02) se mueve en esa dirección renovada de identificar la política de contratación pública socialmente orientado como política de favor hacia el mercado interior, no contrario a él. Los objetivos estratégicos clásicos, como las libertades de circulación y de prestación de servicios, deben conciliarse con unas condiciones de competencia más equitativas, de modo que la eficiencia económica no se mida en términos de beneficios inmediatos -reducción de costes- sino de retornos económicos de lo social, por lo que las AAPP deben usar “su poder adquisitivo para procurar bienes y servicios con un mayor «*valor societal*» como, por ejemplo, ...mejorando el empleo...y las condiciones sociales, o promoviendo la igualdad, ..., la inclusión de los grupos desfavorecidos. Es preciso encontrar un equilibrio...en pos de una competencia equitativa...”. De ahí, que el Comité proponga conceder más libertad de opción a los poderes adjudicatarios para incluir también, al valorar la “oferta más ventajosa económicamente” -nunca el “precio más bajo”-, los “valores sociales”.

Este modelo está en la base del reciente acuerdo alcanzado en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, así como del Decreto de 19 de enero de 2016, del Delegado del Área de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal. Y así lo asume la Resolución nº 16/2016, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (La Ley 36085/2016). Esta relevante decisión, sobre la que luego se volverá, ilustra

bien la actual tendencia favorable, legal¹² y jurisprudencial, hacia la compra pública socialmente orientada, legitimando criterios de adjudicación que, a la hora de identificar la oferta económicamente más ventajosa, dan también cabida a criterios sociales. En la misma línea, se sitúa la doctrina interpretativa de un buen número de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, para la que la contratación pública no es una institución con un fin en sí mismo, sino una potestad instrumental al servicio de sus fines estratégicos, *entre los que está el empleo de calidad* (vid. *Informe 16/2015, 4 de noviembre*, Junta Consultiva de Aragón).

El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos de Sector Público, que llegó a ser dictaminado por el Consejo de Estado, caducó, y la actual incertidumbre política sobre nuestro nuevo Gobierno, pudieran presentar como lejano el nuevo proyecto de ley para transponer estas novedades. Quizás; pero los juristas -científicos y prácticos- no pueden olvidar no ya sólo la fuerza interpretativa de esta Directiva, sino la directa, pues el plazo de transposición venció el 18 de abril de 2016, sobre cualquier norma nacional¹³. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia comunitaria, para salvaguardar el efecto útil de la nueva regulación, sin más límite que la interpretación *contra legem* (SSTJUE 4 de julio de 2006, C-212/4, caso Adeneler y 18 de diciembre de 2014, C-470/13, caso Generali-Providencia Bizotisitó), con lo que, como es evidente, la nueva regulación nos da pie para fundamentar una auténtica presunción de legitimidad de estas cláusulas. Una presunción que, según se analizará con más detalle, está presente en la jurisprudencia de la Sala Contenciosa del TS español que -no sin dejar algunas dudas interpretativas- ha dado el aval a tales cláusulas usadas, por las Administraciones Forales vascas -y ahora también la navarra- al modo aquí referido de "compra socio-laboralmente estratégica".

¹² Entre las normas autonómicas más recientes a fin de la inclusión como opción estratégica de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública, incluso obligatoria: Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad de Castilla y León; 7/2014, de 13 de noviembre, de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en Castilla-La Mancha (arts. 50-51); Ley Foral de Navarra 1/2015, de 22 de enero, que modifica la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.

¹³ En este sentido, vid. la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública. Por su parte, los Tribunales Administrativos de contratación pública de España han elaborado y aprobado, en su reunión de 1 de marzo de 2016, una Guía interpretativa, útil, pero no vinculante, claro, a fin de facilitar la comprensión práctica de esa eficacia directa.

Aunque no entraremos aquí en detalle¹⁴, se asume una comprensión amplia del concepto de “cláusulas sociales”. Por tales, hay que entender todo tipo de estipulación, normativa o contractual, en virtud de la cual se establecen compromisos específicos (obligaciones) de índole social y laboral en cualquiera de las fases del proceso de contratación pública:

- requisito previo (condición de acceso; Reserva de Mercado, DA 5ª TRLCSP; incluso motivo para la exclusión, art. 57 Directiva)
- elemento de valoración (Criterio de Adjudicación; art. 150.1 TRLCSP y art. 67 Directiva),
- obligación del licitador resultante (Condición de Ejecución; art. 118 TRLCSP y art. 70 Directiva).

La doctrina interpretativa de la práctica administrativa, más que la jurisdiccional, identifica en las Leyes del sector de contratación pública una tendencia favorable a la legitimidad de tales cláusulas sociales, en línea con la previsión del art 108.1 TRLCSP, que, sin duda, se verá reforzada por la referida doble eficacia, directa e interpretativa, del art. 18.2 de la Directiva en general de sus diferentes preceptos que favorecen un uso más estratégico -y obligatorio- de las cláusulas sociales. Aunque no siempre se repara en ello, entre estas cláusulas sociales se han consolidado, al menos en cierto sectores de actividad económica -ejemplo: sector del transporte-, las relativas a las obligaciones de subrogación empresarial “más allá del art. 44 ET”, sin perjuicio del deber de informar -principio de transparencia (STJUE 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, asunto C-31/87); art. 109.1 TRLCSP- de forma adecuada -art. 120 TRLCSP-. Aunque no puedo entrar aquí en la conflictividad que genera este plus de protección “contractual”, manteniendo la jurisprudencia contencioso-administrativa una posición diferente a la social en torno a la eficacia de tales cláusulas sociales de subrogación extra-muros del art. 44 ET¹⁵, sí me sirve para evidenciar el genuino sentido práctico de

¹⁴ Para distintas aproximaciones vid. C. Molina Navarrete. “*Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n.m.302, 2008, p.g.7; M.A. Bernal Blay. “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del sector Público”, en Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico X, Zaragoza, 2008, páginas 211 a 252.

¹⁵ La STS, Sala 3ª, 1350/2016, 8 de junio, niega esa eficacia, salvo para la regulación actual del sector del transporte, sin que el art. 120 TRLCSP vaya más allá de una obligación informativa, sin imponer -tampoco lo impediría- la subrogación extra-muros del art. 44 ET. Vid. *Informe de Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andalúz formulada en el expediente 15/1414 dirigida a Todas las Consejerías de la Junta de Andalucía*, Consejería de Hacienda y Administración Pública, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. <http://www.defen->

estas cláusulas, que no debería de limitarse a asegurar -y dar transparencia- a lo ya protegido -y tutelado, se entiende- por las normas laborales, sino que lo genuino es ir más allá de los básicos y/o mínimos.

No obstante, conviene de inmediato precisar que ni ese sentido estricto es dominante, ni es oportuno identificarlo con el paradigma de la responsabilidad social (STJUE, 10 de mayo de 2012, Asunto C 368/10), como ha recordado la nueva Directiva. Sin embargo, y aprovechando la insistente referencia en ella a “lo laboral” -no sólo “a lo social”-, este plus de protección de la seguridad en el empleo inherente permite plantear una cuestión, muy presente en varias prácticas reguladoras y de contratación pública: ¿puede servir este auspiciado modelo de compra pública socialmente responsable para corregir, si quiera de forma indirecta y parcial, algunas de las preferencias de la reforma laboral, que opta por mejorar la capacidad competitiva mediante una devaluación directa o basada en la reducción de los costes laborales (una suerte de *modelo Low Cost Labor Law*), sobre la base de la libertad de pactos -“impuestos”-?

En principio, la respuesta negativa parecería muy sencilla, pues, desde el punto de vista más ortodoxo, sería una absoluta incoherencia que un sector del ordenamiento dificulte lo que otro sector fomenta. Eso trasluce la STSJVP, Sala Contenciosa, 344/2014, de 11 de julio de 2014 -confirmada por la STS, 3ª, 26 de noviembre de 2015, Rec. 3405/2014-, que resolvió, estimando, el recurso del Abogado del Estado contra la citada Instrucción de la Diputación de Vizcaya, en la que la potestad de contratar públicamente se ponía al servicio de la neutralización de los poderes de novación -eso sí, tan sólo los unilaterales, no los colectivos o mediante negociación- empresarial. Si bien la razón de decidir de esta doctrina se asienta en la incompetencia reguladora de la institución foral, tal motivo se hace depender de la clara contradicción entre “medios” -la potestad de adjudicación pública- y “fines” - fijar las condiciones de trabajo que han de respetar los licitadores-: “*se puede inferir sin dificultad que la finalidad de la Instrucción más que contractual es laboral...*”, y ese fin no entra dentro de la potestad reconocida en el art. 118.1 TRLCSP. En dirección análoga, si bien ya con más matices, se situaría la STSJVP 100/2015, de 4 de marzo, que anulaba, pero sólo de modo parcial, el contenido de la Norma Foral alavesa 1/2014, que tenía análogo fundamento político-jurídico corrector que la anterior. La referida STS, 3ª, 1154/2016, anula toda la norma foral, previa casación de la sentencia de instancia, porque “*impone deberes a los particulares*” (FJ Tercero, in fine).

sordelpuebloandaluz.es/nos-interesamos-por-las-clausulas-de-estabilidad-en-el-empleo-en-la-contratacion-publica.

Ahora bien, más cargada de matices, por tanto también de ambigüedad al respecto, aparece la también citada STS, 3ª, 1301/2016, de 2 de junio (que confirma la STSPV n. 603/2014, 30 de diciembre, apartándose del voto particular, firmado por el mismo que lo planteó también en la anterior sentencia vasca y que, como acabo de recordar, el TS sí asumió en ese caso), pues valida la Norma Foral 4/2013 guipuzcoana. En principio, no deja de ser sorprendente el fallo, porque el contenido de esta norma, salvo matices, es prácticamente análogo a la Norma Foral alavesa sí anulada totalmente por falta de competencia, cuestión que, sin embargo, considera no planteada en este asunto -“en este proceso no se discute sobre la competencia de las Juntas Generales en materia de contratos administrativos” (FJ Sexto, párrafo primero-. De este modo, pese a su más que aparente contundencia a la hora de rechazar que una normativa foral en materia de contratación pública pueda corregir lo dispuesto en la legislación laboral, cuya vigencia efectiva *“ha de considerarse incluida en la previsión de la norma foral”* (FJ Sexto, párrafo segundo), la sentencia sembraría más dudas que certezas, dejando abierta en buena medida la “contienda” sobre el fondo del asunto, aquí objeto principal de estudio.

A mi juicio, el TS, que asume el razonamiento de la sentencia, validando la regulación foral -salvo en lo relativo a la Comisión de Verificación y Evaluación del Cumplimiento de las Cláusulas de carácter social y al deber del contratista de permitir el acceso a la obra a los representantes sindicales dedicados a tal verificación, contenido anulado por STSJPV 617/2014, 30 de diciembre, confirmada por STS, 3ª, 1242/2016, 31 de mayo- no cierra la puerta a que haya cláusulas que, en efecto, puedan ir más allá de la defensa de la preferencia del convenio colectivo “último existente” impidiendo la aplicación de un convenio diferente en virtud de las posibilidades de “descuelgue” o inaplicación previstos en la reforma laboral -art. 84.2 ET, por mor de la preferencia absoluta de la unidad de empresa en ciertas materias; art. 82.3 ET, en caso de dificultades de la empresa-. Por lo tanto, deja esta normativa contractual general, en virtud de la cual se delimitan “cláusulas predispuestas” como condiciones generales de la contratación ex art. 1.1 Ley 7/1998, de 13 de abril- el TS asume que *“la norma foral no contiene más que unas condiciones contractuales aplicables únicamente en virtud del contrato que se suscriba en su día a las...adjudicatarias...en el marco de la libertad de pactos contemplada por el artículo 25 TRLCSP...”* (FJ primero, párrafo tercero)-, al par de las eventuales -pero probables- impugnaciones individuales de los pliegos que no sean un fiel reflejo de esa interpretación contractual en garantía de los mínimos laborales

3. COMPETENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO, LEYES DEL MERCADO DE TRABAJO Y POLÍTICAS DE EMPLEO DE CALIDAD

3.1. La defensa de la libre competencia y el “ajuste de los costes laborales” como nuevo “bien jurídico” (“flexibilidad interna”) protegido

La doctrina judicial social pos-reforma laboral ha asumido, y la jurisprudencia social lo ha aceptado, convalidando buena parte de esas decisiones, que la “flexibilidad interna” (sobre todo acordada, pero también unilateral, si falla la negociación previa) aparece como un valor a promover, pues sería siempre preferible esta alternativa de gestión-regulación de empleo (que se basa en el ajuste de los costes laborales) a la del despido. Las empresas deben adaptar sus costes a la situación de mercado para pervivir como sujetos competitivos en mercados cada vez más inciertos, asumiendo la legislación, nos guste o no y al margen de la componente más ideológica que científico-económica de las razones que están en su base, que esa capacidad de adaptación es un bien jurídico.

En este contexto socio-económico y jurídico-político, constitucionalmente validado (SSTCO 119/2014 y 8/2015), lo más coherente jurídicamente, al menos inicialmente, sería considerar que toda política de contratación pública orientada a incrementar el coste -o no facilitar el ahorro “lícito” (a menudo menor que el “moral” o “socialmente justo”) para las empresas licitadoras, encareciendo el “precio del contrato público”, chocaría de raíz con el fin básico de la institución de la contratación pública y seguiría una dirección contraria a la eficiencia que podría, finalmente, terminar perjudicando la propia política social, al privarse del ahorro de fondos que podría destinar de manera directa a fines sociales de los poderes adjudicatarios. Al margen de la valoración que se tenga de este enfoque¹⁶, lo cierto es que este paradigma de libertad de competencia asociado a la mayor capacidad de ajustar costes -incluidos especialmente los laborales-,

¹⁶ Lo critica abiertamente, lamentado cómo las políticas comunitarias basadas en las libertades, de competencia y de prestación de servicios, llevan a una deriva desde el clásico paradigma del empresario “socialmente ejemplar” -defendido por el Convenio n. 94 OIT y la doctrina del Comité de Expertos que lo interpreta, con escaso o nulo éxito en el comercio mundial-, al economicista paradigma del “empresario eficiente y competitivo”, M. Rodríguez-Piñero. “*Cláusulas sociales...*”. Op. cit. 4. En cambio lo defiende vivamente, apelando a la trascendencia que debe tener la cuestión de “la relación coste/beneficio” a la hora de valorar una oferta, de modo que las licitaciones a la baja, salvo que sean manifiestamente anormales o desproporcionadas, deben verse como “finalidad natural” del procedimiento de compra pública, como una “actuación exitosa”, y no como “presunción de licitación antisocial”. Cfr. J. Serrano. “Contratación pública, reforma laboral y derecho comunitario”. Seminario “Las nuevas directivas de contratación pública: principales novedades y efectos prácticos”, Bilbao, mayo 2015. Disponible online.

conllevaría un desplazamiento desde la imagen clásica -OIT- de la “compra socialmente responsable” hacia la economicista -UE- de la “compra más eficiente y competitiva”. La defensa de la libre competencia, fundamento raíz del Derecho Comunitario en materia de contratación pública (STJCE 3 de marzo de 2005, Fabricom S.A., C21/03 y C34/03), sería, pues, el principio a salvaguardar -art. 1 TRLCSP; art. 18.1 Directiva-, mientras que las “cláusulas sociales”, pese a su creciente papel, no podrían ser sino secundarias, sin poder pasar de un papel muy limitado, en aras de la continuidad del principio.

Sorprende, por tanto, desde esta perspectiva clásica -hoy a superar, como se defiende-, que, afectando de lleno tales cláusulas sociales a todo el procedimiento -preparación, adjudicación y ejecución- de adjudicación pública de contratos, el TS no haya hecho mayor esfuerzo de clarificación de su contenido y alcance en estos casos. Supuestos en los que, recuérdese, se provee un uso como garantía alternativa de protección de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios provinciales, corrigiendo, efectiva o potencialmente, el debilitamiento -“jaque”, que aún no “mate”- de aquéllos en la reforma laboral. Ciertamente, los pronunciamientos del TS pueden ayudar a despejar ciertas incógnitas, pero no todas, por lo que deja el tema sorprendentemente abierto.

Sorprendente porque en frente está el prepotente Derecho de la Competencia, en dos de sus ámbitos más estratégicos para el Derecho Comunitario: la libertad de competencia, con su corolario de libertad de prestación de servicios, de un lado, y la prohibición de todo tipo de discriminación en la contratación pública, de otro. La Directiva 2014/24 no prescinde de este potente condicionante de la contratación pública. Así, su considerando 37, tras evidenciar su favor por una mayor protección en las cláusulas de los contratos públicos de las condiciones de trabajo pactadas convencionalmente en un determinado ámbito (reafirmado en el considerando 39), recuerda que dichas protecciones quedarán, a su vez, sometidas a “*que...cumplan el Derecho de la Unión*”.

Al Derecho Comunitario de la Competencia, sí, aunque socialmente remozado en el Derecho de la Contratación Pública contemporáneo, pero también al Derecho de las Libertades de Prestación de Servicios, en especial, aunque no sólo, claro, si media una decisión de movilidad transnacional; de ahí la específica referencia que se hace en la Directiva 2014/24 a la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Considerando 37). Es importante recordar que, según la nueva Directiva, el incumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en los contratos públicos puede constituir una falta grave, de la que se derive la exclusión

del procedimiento, por implicar falta de solvencia o diligencia empresarial, y, por tanto, falta de fiabilidad (art. 57.4 a). Pero, en cualquier caso, una y otra vez, se insiste en la cláusula de sujeción al Derecho de la Unión (Considerando 98).

¿Se adecúan las normas forales de favor hacia cláusulas socio-laborales a este Derecho supra-legal o comunitario? Las normas más relevantes denunciadas tienen el siguiente tenor -versión guipuzcoana (la alavesa, anulada, era análoga)-. A saber:

- a) el artículo 4.2 viene a establecer que el «contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones...vigentes en materia laboral...y, en particular, *al último texto existente en cada momento del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa*» (cláusula de preferencia del convenio sectorial).
- b) El artículo 6, para determinar cuándo una oferta es desproporcionada, considera como criterio objetivo la fijación «*de un precio inferior a los costes salariales mínimos por categoría profesional, según el convenio colectivo vigente*»» (cláusula de salvaguarda del convenio sectorial frente a los descuelgues).
- c) Artículo 7: Las empresas contratistas «*deberán de disponer de un porcentaje mínimo del 30% de trabajadores/ras con contrato indefinido...*» (cláusula de garantía de la estabilidad en el empleo).

Para las autoridades laborales -vasca y estatal-, y para el voto particular, esta Norma Foral afecta negativamente a la libertad de competencia en el mercado de obra pública vasca, porque, además de extralimitarse en una regulación orientada a corregir las más amplias posibilidades concedidas por la norma laboral de ajustarlos a la baja, impondría sobrecostes a quienes, pudiendo no estar sujetos a ese convenio provincial -al "último vigente"-, quieran acceder a aquél. A su juicio, si la ley laboral concede a las empresas instrumentos para que mejoren su competitividad en determinadas circunstancias, que se prevén legalmente con causa suficiente, en preferencia, se insiste, a la destrucción de empleo, la obligación de mantenerse en el precio sectorial del factor trabajo, perjudica la competitividad y disuadiría, de forma indebida, de concurrir a tal mercado, con lo que se limitaría igualmente el número de licitadores con posibilidades reales de acceso y/o adjudicación. Por eso, a su juicio, tales cláusulas de salvaguarda de la vigencia del convenio provincial contradirían el art. 3 de la Directiva 96/71/CE (y Ley 45/1999, de 29 de Noviembre), así como la «*doctrina Rüffert*».

No es este el criterio, sin embargo, ni de la doctrina judicial vasca -al menos para la norma foral guipuzcoana- ni de la jurisprudencia del TS que la acaba de

ratificar. Para la Sala Tercera del TS, la crítica -formalizada en el recurso, y el voto particular- a este tipo de normativa *“ni nos dice de qué manera se han de distinguir las prescripciones de protección mínima de las restantes, ni por qué ha de impedir la libre competencia la inclusión en los pliegos de los contratos de cláusulas sociales a que alude la norma foral...”* -STS 1301/2016, FJ Sexto-. Aunque no lo dice de forma expresa, este modo de razonar y la parquedad de sus razonamientos, deja entrever que la Sala acepta, en gran medida, la referida presunción de legitimidad de las cláusulas sociales derivada de la nueva Directiva, incluso su configuración como principio contractual, no ya mera excepción. Por eso, quien invoque su ilegitimidad tiene la carga de demostrar, de forma fehaciente e indubitada, que esas cláusulas infringen las Directivas y que, en consecuencia, entran en *“contradicción con la jurisprudencia de Luxemburgo”*. A quien impugna corresponde evidenciar *“los presupuestos determinantes de la identidad entre los casos contemplados por...el Tribunal de Justicia...y el presente”* (FJ Sexto).

En definitiva, para la jurisprudencia, esta norma foral -a diferencia de la alavesa, aun siendo análoga- no tendría por finalidad alterar ni el régimen legal ni convencional de aplicación general al sector de obra pública -ni la autoridad foral es competente ni tendría justificación- respecto de las relaciones laborales de las empresas concurrentes y, en su caso, adjudicatarias, sino sólo *“hacerlo prudencialmente más operativo, eficaz y transparente”*. Formalmente es así, sin duda. Pero, en su trasfondo -como se evidenció para la “norma” vizcaína y para la “norma alavesa”, ambas anuladas por razones de índole competencial- es difícil no ver un uso sistemático de las cláusulas sociales para predeterminar un marco de regulación, por reenvío o remisión formal a una determinada norma convencional (sectorial provincial), que pretende blindarse frente a eventuales devaluaciones de la misma, habilitadas por el nuevo marco del ET, tal y como proponía el Parlamento vasco. El voto particular de la sentencia de instancia vasca llamara, sin éxito, la atención sobre este “fin común”, nada disimulado en la iniciativa que explica su origen: una *“una...actuación polifónica de las Instituciones Forales de los tres Territorios Históricos para enervar, a través del dictado de sus propias disposiciones normativas, determinados aspectos de la última reforma laboral”*.

3.2. La libertad de empresa, la libre prestación de servicios y la prohibición del dumpin social: clausuras y aperturas en el Derecho Comunitario

Frente a un modelo de competitividad basado en la libertad de gestión de los factores para ajustar permanentemente los “precios del servicio” que se oferta públicamente, por lo tanto, las cláusulas sociales del tipo específico aquí indicado, parece terminar dando cuerpo a un marco obligacional -no normativo

en sentido estricto- de “responsabilidad social obligatoria” que afecta de una forma general a las estrategias de concurrencia de las empresas licitadoras de obras públicas. Consecuentemente, pese al lacónico razonar de la Sala 3ª en torno al grado de adecuación de esta política institucional de los poderes adjudicatarios -no es una decisión aislada- a la jurisprudencia comunitaria, es difícil no traer a colación la “*doctrina Rüffert*”, sus precuelas (cierra la tristemente célebre trilogía antisocial de la jurisprudencia comunitaria en la materia: junto con los casos “*Laval*” y “*Viking*”) y, sobre todo, sus secuelas (STJUE 18 de septiembre de 2014, C-549/13). En este cuerpo jurisprudencial, no rectificado formalmente, se fija doctrina en torno a las relaciones entre convenios y contratación pública, primando la libertad empresarial de usar la ventaja competitiva que ofrece una norma laboral que permite rebajar salarios.

Es oportuno recordar que esta jurisprudencia ha tenido una influencia específica en la nueva Directiva, pues es imposible no verla en su art. 69.5 -y en el considerando 37-, al exigir a las autoridades de un Estado miembro que pongan a disposición de otro, para el caso del ejercicio de la libertad de prestación de servicios, toda la información de que se disponga para evaluar si se trata de una “oferta anormalmente baja” o desproporcionada, incluyendo “*los convenios universalmente aplicables*”, esto es, los de eficacia general. Precisamente, como se recordará, la sentencia “*Ruffert*”, cuyo supuesto de hecho no está tan lejano con los aquí analizados (Ley del Land de Baja Sajonia -Alemania- sobre contratación pública que prohíbe adjudicar contratos a empresas licitadoras que no se comprometan por escrito a garantizar el pago del salario convenio aplicable al lugar de prestación de servicios), pese a que la Sala 3ª considere que los demandantes no han sabido probar esa semejanza, consideró incompatible con el Derecho comunitario el reconocimiento a los sujetos adjudicatarios de un poder de imponer las condiciones de un convenio que no tiene eficacia general. La razón de decidir se situaba (1) en el efecto disuasorio de aquél poder para el ejercicio de las libertades económicas, pues, las empresas, perderían la ventaja competitiva ínsita a la opción de beneficiarse, en virtud de la norma laboral aplicable, de salarios más reducidos (“*low cost*” salarial), sin admitir tampoco (2) reglas de protección laboral sólo aplicables a las empresas licitadoras¹⁷.

¹⁷ Como se advirtió, este tema es un auténtico tópico jurídico-laboral muy recurrente. Recientemente vid. A. Guamán-A. Noguera. *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Bomarzo. Albacete. 2014. Pp. 33 y ss. La STJUE 8 de julio de 2014, C. 83/13, Fonnship, también afronta la pugna entre las libertades económicas comunitarias y los derechos de los trabajadores, pero eludió enfocar la cuestión desde esa lógica conflictiva, pese a la voluntad de la empresa de reconducirlo por la senda precedente, con la intención de obtener la misma solución favorable, si bien, el Tribunal sueco -seguramente escudado- interrogante al TJUE orilló la pregunta. Vid. para estas vicisitudes J.M. Miranda Boto.

No ha modificado sustancialmente su posición, al menos en apariencia. Así, la *STJUE 18 de septiembre de 2014, C-549/13, Bundesdruckerei*, ignorando la “doctrina jurisprudencial” acopiada por el CEDS frente a la legislación anticrisis y a favor de los derechos socio-laborales de la CSE, volverá sobre los “precedentes antisociales. Tampoco permitirá imponer “salarios mínimos” a través de normas -Ley del Land de Renania del Norte-Westfalia (Alemania)- que imponen este tipo de cláusulas -defensa del salario fijado por el convenio aplicable-. De este modo, vuelve a primar, ahora para un caso sin movilidad de trabajadores (no se aplica la Directiva 96/71/CE), la lectura de estas técnicas de tutela como una carga adicional que restringe la libertad de prestación de servicios (art.56 TFUE), preocupándose de su efecto de dumping social.

Es interesante, para los casos aquí analizados nacionales, la justificación del TJUE, pues no duda en dotar a este tipo de leyes de un poderoso fundamento jurídico-social, como es evitar las prácticas de “dumping social” inherentes a todo uso de fondos públicos que se dirijan a empresas que no aseguren un salario adecuado, de modo que el empleo en la contratación pública esté adecuadamente protegido mediante la incorporación de este tipo de cláusulas de garantía. Sin embargo, de nuevo acudiendo al canon de control de su legitimidad basado en el principio de proporcionalidad de la restricción de la libertad alcanzará la conclusión de su desproporción, por dos motivos básicamente. Primero, por la falta de adecuación de la medida a los fines -recuerda, como en el caso *Rüffert* (apartados 38 a 40), que no es lícito un plus de protección a los trabajadores empleados en empresas licitadoras, salvo que se acredite, lo que aquí no sucede, su necesidad-. Segundo, por el excesivo sacrificio al que lleva una medida que asegura un salario que no guarda correspondencia con el coste de vida en el Estado miembro -Polonia- en el que se lleva a cabo la prestación -les privaría de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos-. Finalmente, el TJUE cierra su argumentación favorable al uso de este tipo de ventajas competitivas, modulando el favor por las cláusulas sociales de la Directiva en materia -no la actual vigente, sino la precedente- sobre contratación pública en virtud de su sujeción al Derecho comunitario -de la competencia-. Aunque, como se vio, esa cláusula de expresa condicionalidad se mantiene -art. 18 de la Directiva-, estoy convencido de que la nueva Directiva debería hacer reconsiderar o revisar esa tajante visión mercantilista¹⁸.

“Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social”. En AAVV. (Coord: Lucía Dans Álvarez). *La nueva dimensión de la materia contencioso laboral*. Bomarzo. Albacete. 2014. pp.288-289.

¹⁸ No opina lo mismo E. Larrazabal. “La introducción del salario mínimo en la contratación pública: Análisis jurisprudencial del TJUE y del TSJPV”. *Revista Derecho Social*. n. 71/2015. p. 134.

Pese a su solidez y reiteración, esta jurisprudencia no deja de mostrar posibilidades de apertura, aunque sea de forma muy limitada. En este sentido relativamente aperturista, debe darse cuenta de la STJUE 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, Regio Post. En ella se avala, por primera vez, modulando singularmente, no rectificando de forma general, los citados precedentes, una norma -art. 3.1 de la Ley del *Land* de Renania-Palatinado (Alemania)- que fija un salario mínimo que todas las empresas licitadoras deben comprometerse por escrito a respetar. La norma enjuiciada -y avalada-, que se intitula “*de garantía de observación de los convenios colectivos y del salario mínimo en el marco de la adjudicación de contratos públicos*”, tiene el siguiente tenor¹⁹:

“En caso de que no pueda exigirse la observancia de los convenios colectivos con arreglo al artículo 4, sólo podrán adjudicarse contratos públicos a las empresas que al presentar su oferta se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, por la ejecución de la prestación, un salario (bruto) de al menos 8,50 euros por hora (salario mínimo) y a dar cumplimiento, en favor de los trabajadores, a las modificaciones del salario mínimo adoptadas [...] durante la ejecución del contrato. [...] En caso de que la oferta no incluya la declaración relativa al salario mínimo y no se presente ésta tampoco a requerimiento del poder adjudicador, la oferta quedará excluida de la valoración. Si el servicio [competente] ha hecho públicos formularios [...] de declaración relativa al salario mínimo, estos podrán ser utilizados.”

Es igualmente oportuno completar esta información legislativa recordando dos datos. El primero, que la legislación alemana más reciente de Defensa de la competencia (Ley de 26 de junio de 2013) sí prevé -art. 97.4- la posibilidad de establecer cláusulas sociales que vayan más allá de los mínimos cuando estén previstos en la legislación. El segundo, que esta Ley estatal anticipa la Ley reguladora del salario mínimo interprofesional, de 11 de agosto de 2014 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2015), que lo fija en 8,50 euros por hora para todo el Estado.

¹⁹ Una empresa decide demandar al Ayuntamiento de Landau por no haber valorado la oferta presentada por ella, en aplicación del referido precepto legal, pues no incluyó en su oferta el compromiso de respetar el salario mínimo fijado en la ley regional. La Cámara de contratos públicos de Renania-Palatinado desestimó el recurso y la empresa acudió Tribunal Superior del Land en Coblenza. Éste presentará cuestión prejudicial, en la que se pregunta si esta norma es o no conforme con el art. 56.1 del TFUE en relación con el art. 3.1 de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, y el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (modificada por Reglamento UE 1251/2011 de 30 de noviembre).

Esta sentencia -superados ciertos argumentos de inadmisibilidad- vuelve a reconocer los dos precedentes -*Rüffert* (no es legítima una norma de protección que se aplique sólo al sector de licitación pública, al carecer de eficacia general) y *Bundesdruckerei* (las diferencias de retribución mínima para licitadores establecidos en el Estado miembro distinto del Estado del poder adjudicador es una carga adicional que puede obstaculizar la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida)-. Por eso afirma que la normativa enjuiciada puede restringir la libertad de prestación de servicios. Ahora bien, en esta ocasión concluye la justificación de la misma en aras de la protección mínima de los trabajadores, sin que haya desproporción, porque se trata de norma de eficacia general e imperativa (apartados 73-77). Precisamente, el carácter general de los convenios en España está en la base del favor dado por la STS, Sala 3ª 1301/2016.

Ante estas limitaciones circunstanciales de la “*sentencia RegioPost*”, se precisa aportar nuevos datos legislativos que abran más las libertades económicas a la condicionalidad socio-laboral. Si en el caso de inexistencia de movilidad, la aplicación directa de la Directiva 2014/24 deberá suponer una corrección parcial de la jurisprudencia, para proponer un uso de los poderes adjudicatarios como principio de contratación pública socialmente estratégica, la referida nueva Propuesta de revisión de la Directiva 96/71, cuando sí hay movilidad transnacional laboral, debería avanzar en la prevención de usos antisociales de las diferencias reguladoras laborales. Esta propuesta tiene también como razón de ser crear “un mercado interior más justo”, de modo que su mayor dinamismo -libertades- no vaya en perjuicio de la equidad, basada en un nuevo principio de igualdad salarial a igualdad de trabajo en un mismo lugar. De todos modos, y sin poder tampoco entrar en detalle de las novedades, tampoco esta regulación llevará un cambio radical²⁰, quedando alguna revisión incluso por debajo de innovaciones de la jurisprudencia. Así, para la STJUE 12 de febrero de 2015, C-396/3, caso *Sähköalojen*, trasluce *una crítica al modelo de la competencia por salarios*, cuando afirma que “el salario mínimo calculado conforme a lo establecido en los convenios...no puede depender de la libre elección del empresario que desplaza trabajadores, con el único fin de ofrecer el trabajo de sus empleados desplazados a un precio menos elevado que el de los trabajadores locales”.

²⁰ Vid. A. Guamán. “La propuesta de reforma de la Directiva 96/71 de desplazamientos de trabajadores en el marco del plan de trabajo de la Comisión Europea para 2016”. En Revista de Derecho Social, n. 73/2016, pp. 113 y ss.

3.3. ¿Son disponibles las ventajas competitivas basadas en los ajustes salariales de las ofertas más baratas permitidos por las normas laborales?

Esta última referencia a las limitaciones de la libertad de elección empresarial a la hora de configurar sus estrategias competitivas, en nuestro caso para concurrir, en un procedimiento de prestación de servicios -u obras- públicos, nos lleva a una última vía de razonamiento para quienes defienden una utilización más intensa de las cláusulas sociales de corrección de ciertos efectos desestabilización de los convenios sectoriales y, por lo tanto, de devaluación de su protección, sobre todo salarial. Me refiero a aquella que asumiría un carácter dispositivo de las facultades de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el ET, tras la reforma laboral, tanto unilaterales -art. 41 ET- cuanto colectivas -arts. 82.3 y 84 ET; incluso el art. 86.3 ET (inaplicación por caducidad del convenio tras la pérdida de ultra-actividad del mismo).

Es evidente -no sólo por lo dicho en la jurisprudencia, sino por razones elementales de jerarquía y competencia- que las cláusulas sociales no pueden tener eficacia correctora o derogatoria general de las previsiones legales. Pero lo que la jurisprudencia contenciosa no aclara es si el art. 25 TRLCSP permite amparar este tipo de pactos, en virtud de los cuales los licitadores -a través de criterios de adjudicación (art. 150.1 TRLCSP) o de condiciones especiales de ejecución (art. 118.2 TRLCSP)- renuncian al uso de las vías de ajuste salarial estatutarias, como contenido válido del contrato. Más si, como la STS 1301/2016 evidencia, se trata de un tipo de cláusulas *“a incorporar en los pliegos de todos los contratos de obra del sector público foral...”* (FJ Sexto, párrafo segundo).

Aunque, se insiste, sin la debida precisión argumental, esta jurisprudencia parece presumir que este tipo de cláusulas reflejan una política de compra pública basada en el reconocimiento de una economía o libertad de opción de los licitadores. Así, en sus estrategias de búsqueda de la ventaja competitiva en cada contrato al que aspiren en un “mercado socialmente responsable” pueden o bien hacer *“una oferta económicamente más competitiva”*, por disponer de una regulación laboral ad hoc -convenio de empresa ex art. 84. 2 ET; acuerdo colectivo de inaplicación ex art. 82.3 ET; novación unilateral de condiciones de trabajo ex art. 41 ET...-, siempre dentro de la legalidad, o bien optar por una *“oferta algo más cara”*, debido a mantener un estándar de condiciones laborales mayor (convenio provincial), a cambio de una posición de favor por el específico peso que los poderes adjudicatarios dan a ese compromiso empresarial

Para no quedarnos en el mero universo del razonamiento teórico, pongamos un ejemplo práctico reciente relevante. En el “pliego de condiciones

administrativas particulares” predispuesto para un “contrato de servicios para la protección y seguridad de edificios” de carácter público -Ayuntamiento de Madrid-, se incorporan -art. 20.2 Anexo I-, como criterios de valoración, los siguientes:

- a) Oferta económica (hasta 40 puntos)
- b) Oferta social (hasta 35 puntos). Con el siguiente desglose
 - Compromiso de mantenimiento, durante todo el tiempo del contrato, del salario previsto en el convenio estatal del sector de seguridad (hasta 15 puntos)
 - Compromiso de presentar un plan de formación continua para los vigilantes que presten servicios en el contrato y que supongan una mejora de las horas previstas a tal fin en el convenio colectivo estatal (hasta 10 puntos)
 - Compromiso de un plan de mejora de la conciliación de la vida laboral y familiar para los trabajadores prestadores del servicio (hasta 5 puntos)

Los criterios de valoración de la oferta social tendrían por misión garantizar los estándares de calidad no sólo en la prestación técnica del servicio contratado sino en las condiciones de trabajo de las personas que lo prestan concretamente. No comparte este criterio la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (ACOSEPRI), que impugna ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP, en adelante) dicha cláusula social. El argumento principal de la demanda se centraba en el error que supondría, a su juicio, incluir compromisos socio-laborales como criterios de valoración de las ofertas económicamente más ventajosas, por ser ajeno al objeto del contrato, según exige el art. 150.1 TRLCSP, pues, lo único que cabría aceptar -es incluir, eso sí, de forma limitada, tales obligaciones como condiciones especiales de ejecución ex art. 118 TRLCSP. Pues bien, la citada Resolución 16/2016, de 3 de febrero del TACP de Madrid sí avala la legitimidad de este tipo de cláusulas como criterio de valoración, no sin algunas dudas y cautelas.

Aunque, una vez más, no podemos detenernos con mucho detalle en este relevante pronunciamiento de doctrina y práctica administrativa, sí conviene dejar constancia, brevemente, de sus razonamientos básicos y de sus cuitas, pues ilustran bien tanto las posibilidades de innovación en esta materia como sus permanentes dificultades, teóricas y prácticas. El primer ámbito de reflexiones lo dedica a la normativa aplicable. Al respecto, de un lado, advierte que se trata de un contrato no sujeto, por razón de su cuantía al Derecho Comunitario “armonizado”- las Directivas de contratación pública-, lo que, según la doctrina interpretativa de la Comisión Europea, deja mayor libertad a los Estados miembros para decidir primar la persecución de fines sociales sobre la “relación calidad-precio”,

siempre y cuando, claro está, se respeten los principios básicos de la contratación: transparencia suficiente e igualdad de trato (FJ 3º). El marco de referencia interpretativa será, no obstante, el Derecho Comunitario armonizado, porque el Gobierno español no ha establecido un régimen de diferenciación (STJUE 14 de enero de 2016, C-234/14, caso «Ostas celtnieks» SIA). Sin embargo, por el momento de dictarse la Resolución, también aclara, con buen criterio (STJUE 4 de julio de 2006, C-202/04, Adeneler), que no puede ser de aplicación, ni directa (por el efecto directo vertical ascendente) ni interpretativamente (lectura conforme), la nueva Directiva.

Pero no por ello se descartará su influencia, evidenciando su voluntad de reconocer una relevante influencia al nuevo enfoque social de las Directiva actual -art. 145.3 b)-. Por eso, recuerda que la jurisprudencia comunitaria autoriza a tener en cuenta esa norma si con ello se garantiza el efecto útil de la norma. Aunque el Tribunal entiende que nuestras leyes no ponen en peligro ese efecto útil, sí identificará en las nuevas Directivas la tendencia favorable hacia una inclusión “estratégica” de las cláusulas sociales. Cautelarmente, no obstante, cuida el TACP de ampararse en la jurisprudencia comunitaria. De ahí, la cita de la STCE de 17 de septiembre de 2002, C-513/1999, *Concordia Bus Finland*, en la que se validó incluir criterios no puramente económicos en el baremo de adjudicación, siempre que tuviesen alguna relación con el objeto del contrato. Así como la STJUE 10 de mayo de 2012, C 368/10 que, en un procedimiento de incumplimiento, aceptó como criterio de adjudicación válido, la cláusula social relativa a que proceda del “*comercio justo*”, tratándose de contrato de suministro, instalación y mantenimiento de máquinas expendedoras de bebidas calientes (té, café...), con lo que la vinculación al objeto del contrato se mantiene, pero se difumina notablemente. Jurisprudencia comunitaria que está en la base de la doctrina de favor del TSJ de Madrid -S. 1414/2003,6 de octubre, Rec. 541/1999, que se aparta del Dictamen contrario de la Comisión Europea-.

Pues bien, una vez despejados los argumentos interpretativos, no sin dejar constancia de sus dudas e incomodidades -se trata de una cuestión doctrinal compleja, no unánime; se carece de un pronunciamiento claro y directo de la jurisprudencia (ahora ya sí lo hay, si bien no lo claro que debería, como vengo criticando); echa de menos una justificación más clara de la vinculación del objeto del contrato a los estándares de calidad laboral que se exigen-, concluye su licitud, aplicando por analogía la citada STJUE 10 de mayo de 2012, C-368/10, utilizando tres argumentos básicos. A saber:

- a) la cláusula de mantenimiento de la mejora retributiva del convenio estatal frente a otro eventual de empresa no guarda relación directa con la

prestación objeto del contrato, pero tiene *“una evidente repercusión en la calidad de la misma”*. Esta elevación del estándar de calidad del servicio mediante la garantía para el de calidad en el empleo se confirmaría tanto por el plan de formación continua previsto como por el de conciliación de la vida laboral y familiar (cita a favor de esta posición la Resolución 140/2014, 21 de febrero, Tribunal Administrativo Central del Recurso Contractuales (TACRC)).

- b) no supone ninguna barrera de entrada ni trato discriminatorio alguno, porque no sólo se garantiza la debida publicidad, sino que también se asegura el margen debido de libertad de opción empresarial, ya que aquella que opte por favorecer la “oferta social” sabe que “puntuará menos” en la “oferta económica”, que tiene mayor peso. Por lo tanto, *“una puntuación compensa a la otra, dependiendo de la estrategia empresarial que se opte...”*
- c) No parece razonable considerar desproporcionado o excesivamente gravoso un criterio de valoración que prima, pero no impone, el compromiso empresarial de no descuelgue del convenio sectorial -en este caso estatal-aplicable, cuando la empresa lo acepta como válido, pero si se trata de condición de ejecución del contrato. Pero, este tratamiento gravaría más la posición de la empresa, porque *“además de ser obligatoria, a diferencia del criterio de adjudicación, no puede ser compensada con la oferta económica, al no ser puntuable”*.

Lamentablemente, no puedo llevar, aquí y ahora, mucho más allá el análisis de esta muy interesante doctrina administrativa “jurisdiccional”. Sí es necesario poner de manifiesto sus numerosas dificultades, tanto teóricas como prácticas, para que pueda adquirir una plena consolidación, como creo, honestamente, merece, si bien aquilatada. En el plano teórico, no es menor el límite que deriva del necesario respeto al ordenamiento jurídico que el art. 25.1 TRLCSP expresamente recuerda a esa libertad de pactos, y a tal fin se debe recordar que buena parte de las facultades de ajuste salarial -flexibilidad interna- son hoy de orden público-económico laboral, reflejo de normas imperativas, que incluso para la autonomía colectiva quedan blindadas -art. 84.2 ET; art. 82.3 ET, salvo para lo que refiere a los procedimientos de gestión de discrepancias...-. Como también es serio el que deriva de la jurisprudencia comunitaria prohibitiva de toda norma que disuada de participar en licitaciones públicas obstaculizando la aplicación de la normativa laboral que resulte de aplicación en el lugar de prestación, haya o no movilidad transnacional, así como que diferencie netamente entre la protección de los trabajadores en el contrato licitado y los demás, salvo que se acredite -planes

de formación específicos, planes de conciliación específicos igualmente...- su necesidad. Pero es que, además, como ponen de relieve la mayor parte de los operadores jurídicos actuantes en este ámbito, tampoco son desdeñables las dificultades para poder verificar esos compromisos y atender de una forma adecuada y proporcionada al impacto de los costes salariales o los del servicio.

4. CONCLUSIONES: HACIA UN USO SOCIAL ESTRATÉGICO, QUE NO OPORTUNISTA, DE LAS CLÁUSULAS SOCIO-LABORALES

Que no sea una buena estrategia jurídico-práctica la política de compra pública dirigida a fomentar “usos sociales alternativos” de los poderes adjudicadores en corrección de los poderes empresariales de devaluación laboral -negociada y/o unilateral-, pese a que se usen conforme a las posibilidades abiertas por el ET, encontrándose con obstáculos de difícil superación, jurídica y práctica, pese al aparente aval de la jurisprudencia más reciente contencioso-administrativa, no quiere decir que no haya que profundizar en un “*uso social estratégico de la contratación pública*”. Más aún. A su actual estadio de evolución, cabe concluir que el Derecho de la Contratación Pública, en su relectura de conformidad con la Constitución y con el nuevo Derecho derivado Comunitario en esta materia, hace de las cláusulas sociales y laborales un auténtico principio general que ha de informar, de forma vinculante, la actuación de los poderes adjudicatarios en todas y cada una de las fases de los procedimientos de contratación pública. Una comprensión de este tipo en nada perjudica al Mercado Único europeo, más bien lo consolida en una versión más profunda, justa y dinámica, porque no obstaculiza sino que diversificaría las opciones que las empresas licitadoras tienen a su disposición para buscar su ventaja competitiva. Naturalmente, no todas las estrategias lícitas de búsqueda de la esta ventaja pueden tener el mismo favor de los poderes adjudicatarios de los contratos, que no pueden ser indiferentes al elegido en cada caso, ni por razones de calidad del servicio -se ve una y otra vez por la creciente conflictividad en su prestación, que luego obliga a constantes requerimientos de intervención de los adjudicatarios como mediadores- ni por razones relativas a la prohibición del dumpin social.

Esta comprensión es la más adecuada al principio social del Estado Constitucional de Derecho y tiene encaje en el modelo productivo que, basado en la obtención de la ventaja competitiva por la calidad, no por la devaluación pura de los costes laborales, presupone la vigente, aunque olvidada, Ley de Economía Sostenible (Ley 4/2011)²¹. Este tipo de requerimientos están también presentes,

²¹ Vid. Marcos, J.I. “Cláusulas sociales y contrataciones públicas”. CEF-Trabajo y Seguridad Social. n.387/2015, p.107.

con mayor o menor relieve, en la jurisprudencia social (la STS, 4^a, 3 de noviembre de 2001, expresa su inquietud por la frecuencia de *“la oferta de un precio irreal, para cargar luego sobre los trabajadores un desmesurado sobreesfuerzo...”*: la STS, 4^a, 27 de enero de 2014, cit.).

A mi juicio, es en este contexto, de conformación de una auténtica tendencia general -en el plano legislativo, jurisprudencial y práctico- a una compra pública socio-laboralmente estratégica y responsable, donde habría que incluir la jurisprudencia contenciosa que avala, aunque con las dudas evidenciadas, estos nuevos usos por los diversos poderes adjudicatarios. Sin perjuicio de la eficacia no sólo directa sino también interpretativa de la nueva Directiva de contratación pública, debería aprobarse una nueva ley nacional que recoja con claridad esta evolución, la clarifique, precise y consolide. De forma que resulte inequívoca esta triple evolución. A saber:

- a) Más allá de las persistentes resistencias del Derecho Comunitario, marcado por la defensa a ultranza de las libertades económicas y el principio de ajuste total de mercado, que mantienen muchas resistencias y cautelas en las nuevas Directivas, ha llegado ya el momento de crear un marco -normativo y contractual, también convencional colectivo- favorable a un uso estratégico de las cláusulas sociales y laborales en la protección y promoción del empleo de calidad²². La mencionada identificación “jurisprudencial” de un auténtico principio social de contratación deberían avalar suficientemente, protegiéndolas de las resistencias tradicionales, la legitimidad de los marcos autonómicos y municipales que están desarrollando este tránsito de una visión secundaria a otra central. No comparto, en el plano jurídico, pues, tanta resistencia ni tanta cautela.
- b) En la línea de buena parte de estas últimas leyes y marcos contractuales, esta política debe dejar de ser meramente potestativa para convertirse en obligatoria²³
- c) Sin perjuicio de la diversidad de cláusulas socio-laborales, y, por lo tanto, de su muy notable “polifuncionalidad”, el salto realmente cualitativo en

²² Doctrina autorizada mantiene algunas dudas para avanzar en ello, por la continuidad del conflicto entre “David” -las cláusulas sociales, que sólo tiene abierto un “portillo”- y “Goliath” -la prepotencia del mercado-, que daría esta política, necesaria, un valor “secundario”. Cfr. M. Rodríguez-Piñero. *“Las cláusulas sociales”*... Op. cit. p. 9.

²³ Instrucción 1/2016, de 19 de enero, de cláusulas sociales en el Ayuntamiento de Madrid y organismos autónomos http://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1_2016.pdf.

esta política de uso socio-laboral estratégico de la contratación pública a través de aquella técnica, exige ir más allá de su utilización como (1) garantía complementaria a las laborales para el cumplimiento efectivo de los mínimos laborales, para ser un instrumento (2) promocional de estándares socio-laborales más favorables. Sólo así podrá devenir un garantía jurídica efectiva en pos del ansiado nuevo modelo productivo basado en la -necesaria- calidad, no en la -miope- reducción salarial, al margen de cuál sea el futuro político-jurídico de ésta en la nueva Legislatura.

GESTIÓN PRIVADA, CONTRATACIÓN TEMPORAL Y CALIDAD EN EL EMPLEO

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*
Senior Counsellor, PwC

EXTRACTO

Palabras clave: cláusulas sociales, contratación pública europea, dumping social, reforma laboral

La garantía de un mercado de trabajo inclusivo es una cuestión de particular relevancia en la actualidad, pues la crisis está devaluando las condiciones de vida y de trabajo. Las reformas laborales agravan el problema al facilitar los ajustes laborales a la baja. En este contexto, las políticas de contratación pública se convierten en un instrumento útil para reforzar la integración de sus mercados de trabajo a través del uso estratégico de cláusulas sociales a favor del empleo de calidad. Tradicionalmente, se han puesto grandes obstáculos a su reconocimiento -sentencia “Rüffert”-, en virtud del principio de libre competencia. Sin embargo, hoy se destaca una tendencia, legal y jurisprudencial, a garantizar su inclusión en los contratos públicos, sobre todo con la entrada en vigor de la nueva Directiva comunitaria (2014/24/UE), si bien hay numerosas dudas en torno a la fijación de sus límites, en aras del principio comunitario de proporcionalidad

ABSTRACT

Key words: social clauses, European public procurement, social dumping, labour markets reform

The guarantee of an “inclusive labor market” is an issue of particular relevance today, because the crisis is devaluing the conditions of life and work. Labor reforms exacerbate the problem by facilitating the wage cuts. In this context, public procurement policies become useful the inclusiveness of their labor markets: the “strategic use” of social clauses in favor of quality employment. Traditionally, they have been major obstacles to recognition of these social clauses -example: judgment of the European Court of Justice Rüffert-, under the principle of free competition. This paper illustrates how member states and contracting authorities can make the best use of the possibilities offered by the new Public Procurement Directive (2014/24/EU) to achieve social policy objectives through public procurement.

* Grupo de Investigación PAI SEJ-322; Este trabajo es un resultado científico del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”.

ÍNDICE:

1. PRESENTACIÓN
2. LA TEMPORALIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE SUS CAUSAS
3. EL PAPEL DEL SECTOR PÚBLICO EN LA TEMPORALIDAD
4. LA GESTIÓN PRIVADA COMO FACTOR DE PRECARIZACIÓN
 - 4.1. El factor administrativo
 - 4.2. El factor laboral
 - 4.3. Intentando corregir el modelo
5. LAS OTRAS PRECARIZACIONES
6. CONCLUSIONES

1. PRESENTACIÓN

La gestión privada de servicios y actividades públicas es un fenómeno complejo, que se explica por diversas razones, y que produce múltiples efectos. Sus implicaciones laborales son evidentes y bien conocidas, habiendo sido objeto de atención por la comunidad laboralista desde que comenzó a generalizarse¹. Sanguinetti, uno de los mejores conocedores de este fenómeno, apunta “*las profundas repercusiones de un fenómeno en principio puramente organizativo*”². Desde un primer momento han preocupado sus efectos en las distintas dimensiones de las relaciones laborales, desde el volumen de empleo hasta la retribución de éste, pasando por la defensa colectiva de los trabajadores afectados y la calidad de su ocupación. En una primera fase, cuando se produce una transferencia de servicios de la prestación privada a la pública, preocupó sobre todo la forma en que se produce este cambio de responsabilidades, y cómo afectaría éste a los trabajadores originalmente adscritos a los prestadores públicos³. En la actualidad, cuando este proceso se ha culminado en gran parte y un porcentaje importante de los servicios públicos está atribuido en su gestión a operadores privados, lo que se estudia es cómo afecta a los empleados de éstos, si el hecho de trabajar para un empleador de este tipo tiene consecuencias para los trabajadores.

¹ Entre otros muchos, puede consultarse el excelente y pionero trabajo de J. Cruz Villalón & P. Rodríguez-Ramos Velasco, “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1998, pg.9.

² En W. Sanguinetti Raymond, “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, nº 39, 2007, pg.1, en pg.5.

³ Una muestra de este tipo de análisis en T. Gómez Álvarez, “*La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004. Desde una perspectiva de gestión de los recursos humanos M. Tisner, “Las transformaciones del modelo de relaciones laborales en los procesos de privatización”, *Capital humano*, nº11, 1998, pg. 68.

El enfoque a la hora de estudiar estos efectos fue en unos primeros momentos el de compararlos con la situación anterior en su actividad, cuando ésta era operada directamente por sujetos públicos; hoy, cuando nos enfrentamos a una realidad en la que esta forma de gestionar los servicios públicos está normalizada y es común, se trata más bien de evaluar en términos absolutos y objetivos qué tipo de empleo se genera; y puestos a comparar, se hace no sólo con los trabajadores públicos sino también con los privados que trabajan en lo mismo, pero no en servicios privatizados. Los trabajadores de servicios públicos privatizados se han convertido así en una especie de *tertium genus*, entre los públicos y los privados, cuyo estatus real es en la mayoría de los casos peor que el de los unos y el de los otros. Sometidos estrictamente al Derecho del Trabajo privado, el hecho de que sus empleadores trabajen por cuenta de las Administraciones Públicas tiene importantes consecuencias, que no van precisamente en la dirección de aportarles algunas de las ventajas tradicionalmente reconocidas a los empleados de éstas.

La hipótesis de partida de este trabajo es que el proceso de externalización de servicios y actividades públicas está teniendo un indudable efecto en el mercado de trabajo en España, afectado a las pautas de contratación y en general a la calidad del empleo. A esta conclusión llegan la mayoría de los estudios que sobre esta cuestión se han realizado, y que aparecerán citados a lo largo de estas páginas. A lo largo de su desarrollo se analizará cómo y porqué se ha producido este efecto, identificando las razones tanto organizativas como normativas que lo explican.

En el estudio de esta cuestión subyace otra, que no es exclusiva de ésta sino que es general en el análisis de las alternativas organizativas que tienen impacto en las relaciones de trabajo: hasta qué punto los efectos sobre el empleo y los trabajadores son una consecuencia de una decisión que se adopta con otros fines, o si por el contrario son el objetivo a conseguir desde un primer momento, y han justificado la propia decisión empresarial. En otras palabras, si las decisiones se toman realmente por motivos organizativos extralaborales, o si son las cuestiones relacionadas con los trabajadores las que realmente las condicionan. Este debate se ha planteado en relación con la externalización de servicios públicos; es común en otras instituciones laborales, como en general todo lo relativo a la descentralización productiva, cuyas consecuencias laborales son bien conocidas, llegando a poner en entredicho la propia eficacia del Derecho del Trabajo tradicional. Se ha reproducido últimamente respecto de las nuevas formas de empleo 3.0, especialmente del trabajo a través de plataformas⁴.

⁴ Existe ya cierta bibliografía iuslaboralista sobre el trabajo 3.0. Entre otros pueden consultarse A. Todoli, “El impacto de la “UBER economy” en las relaciones laborales: los efectos de las

Conocer el impacto de estas formas organizativas en los trabajadores es una perspectiva imprescindible para entender el fenómeno y valorar su evolución en España. No basta ya con las visiones financieras, centradas en los costes de gestión, o técnicas, atendiendo a la calidad de los servicios prestados. Los costes sociales, entendidos en términos de calidad del empleo de los trabajadores asignados a su prestación, resultan igualmente relevantes. A la hora de calcular los costes de estas decisiones de organización de la actividad del Estado, que tienen un fuerte componente político e incluso ideológico, y en las que las Administraciones retienen una importante capacidad de elección, hay que recoger toda la información y organizar así un debate adecuado. Sólo así podremos, como ciudadanos, decidir si ha valido o no la pena.

El momento es especialmente oportuno. Llevamos dos décadas de privatizaciones, que se han producido a mayor o menor ritmo pero siempre en una misma dirección, y es una ocasión para generar una visión completa de cómo han funcionado éstas. En un momento, además, en el que nuestro mercado de trabajo afronta serias dificultades, ya cronificadas en muchos casos, que afectan seriamente a la calidad de vida de la ciudadanía, corresponde investigar qué papel ha tenido la decisión de asignar al gestor privado actividades públicas en la aparición y desarrollo de éstos. Pero estamos viendo, además, una situación política muy singular, al menos en el contexto de la historia reciente de nuestro país, en la que han aparecido fuerzas políticas en cuyos programas se incluye un replanteamiento de este modelo de gestión pública, anunciando un retorno a la prestación directa por parte de entes públicos. Aunque el término “nacionalización” no se ha utilizado de manera abierta y general, sí que ha comenzado a hablarse de “remunicipalizaciones” (en los llamados “Ayuntamientos del Cambio”), de la necesidad de constituir operadores públicos en determinados sectores de actividad (como el financiero), de la oportunidad de alejar determinados servicios de la lógica estricta de mercado impuesta por las privatizaciones (tal es el caso de la energía eléctrica, respecto de la cual se proponen nuevas lógicas en su prestación, para huir de la pobreza energética, pero también en su generación, a través de un marco más favorable al autoconsumo)... La práctica judicial pone de manifiesto cómo la “reversión” de actividades es ya una realidad, que plantea sus propios problemas jurídicos⁵.

plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor* 3/2015; A. Ginès Fabrellas, & S. Gálvez Duran, (2016), “Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016; y M. Rodríguez-Piñero Royo, “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, *Derecho y Creatividad*, 2016.

⁵ Véanse al respecto los trabajos de J. Ortega Bernardo & M. De Sande Pérez-Bedmar, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos

Y se ha señalado la existencia, por motivos económicos e ideológicos, de “*un cambio de tendencia que se manifiesta en la práctica, cada vez más extendida, consistente en recuperar buena parte de los servicios externalizados para prestarlos directamente por la propia Administración*”⁶.

Lo cierto es que son tiempos de cambio, y precisamente uno de los campos en los que algunas fuerzas políticas y sociales explican una mayor insatisfacción es el de las privatizaciones, especialmente en la gestión de servicios públicos. Si a las objeciones sobre su impacto en los ciudadanos se suman las sospechas generalizadas a partir de la ola de escándalos de corrupción que han sacudido en tiempos recientes a nuestro país (escándalos que en muchos casos tienen su origen en la concesión de contratos de servicios públicos, siendo éste un aspecto de las dinámicas de gestión privada que están perennemente bajo sospecha), su cuestionamiento está más que justificado. Disponer de una valoración de su impacto desde una perspectiva social, en los trabajadores adscritos a los servicios privatizados, como la que aquí se pretende debe servir para completar y mejorar este debate, ahora más actual pero igualmente más necesario que nunca.

2. LA TEMPORALIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL Y EL DEBATE SOBRE SUS CAUSAS

No hace falta aportar datos u opiniones sobre el problema de la temporalidad en el mercado de trabajo español. La enorme presencia de contratos de duración determinada en nuestra población activa se ha convertido a la vez en uno de los problemas principales de nuestras relaciones laborales, y en una seña de identidad de nuestro mercado de trabajo, ya prácticamente a la misma altura que el otro problema y rasgo identificador, el desempleo. Ambos van a la par, y así paro y temporalidad constituyen los dos enemigos a batir por nuestras políticas laborales y de empleo, por más que desde algunas posiciones se presenten como prioridades alternativas, de tal modo que hay que elegir entre la una o la otra, porque la temporalidad es un instrumento para reducir el desempleo, y limitarla lo incrementaría.

y laboral”, *Revista de Información Laboral*, nº 6, 2016 ; también I. Beltrán De Heredia, “Art. 44 ET, reversión del servicio (y, en especial, de los Servicios Públicos) y sucesión de contratas”, en su blog, “*Una mirada crítica a las relaciones laborales*”, <http://ignasibeltran.com/>, publicado el 4 de noviembre de 2015; y M. De Sande Pérez-Bedmar, “La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, *Documentación Laboral*, nº 106, 2016, pg. 95.

⁶ A.m. De La Puebla Pinilla, “Problemas laborales en la «remunicipalización» de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, Nº 17, Mayo 2016;

La relevancia de este fenómeno ha hecho que sea uno especialmente bien conocido y estudiado, del que tenemos gran aporte de datos y explicaciones. Las dificultades para corregir este comportamiento del mercado laboral y para explicar el escaso impacto de las medidas adoptadas con este fin implican que, seguramente, no disponemos de toda la información y no conocemos todos los mecanismos que producen este llamativo efecto.

Esto nos lleva al debate sobre sus causas, que lleva ya mucho tiempo entre nosotros, y en el que por lo general hay más acuerdo que desacuerdo. Existe un alto nivel de consenso en torno a una serie de éstas, las que tienen que ver con elementos estructurales de nuestra economía y de nuestra legislación laboral, y un importante disenso sobre el grado de implicación de la clase empresarial española en el crecimiento del fenómeno

Este debate se ha complicado, además, por el tiempo transcurrido desde que la temporalidad comenzó a ser percibida como un problema en nuestro mercado de trabajo, en los años noventa del siglo XX⁷. Además de las modificaciones normativas, que han sido constantes pero no profundas, se han vivido cambios en los mercados, en las estrategias empresariales, en el grado de apertura e integración de nuestra economía, en los comportamientos de los trabajadores, que han afectado a sus niveles en nuestro mercado de trabajo. Sea como fuere, lo cierto es que la composición del mercado de trabajo y las características de la temporalidad que se producen en su seno en la segunda década del siglo XXI tienen poco que ver con la que se encontraban en las últimas del XX.

Hoy tenemos un importante problema de lo que las instituciones comunitarias denominan como “trabajo muy atípico”, una categoría con la que pretende diferenciar situaciones particulares dentro de la más amplia del trabajo atípico. Esto se debe a que esta categoría omnicomprendiva, la de trabajo atípico, ha perdido en gran medida su valor referencial, habiendo quedado obsoleta desde el momento en que estas formas de empleo (tiempo parcial y trabajo temporal, básicamente) se han generalizado y normalizado; y también como consecuencia de la diversificación de situaciones en que pueden encontrarse estos trabajadores⁸.

⁷ Una interesante reflexión actualizada sobre esta cuestión se encuentra en la monografía de I. Beltrán de Heredia, *“La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato de trabajo. Manifestaciones de la conservación del contrato de trabajo”*, Aranzadi, Pamplona, 2008

⁸ En su sentido original, la “atipicidad” se definía por exclusión, siendo atípico todo empleo en el que faltara algunas de las notas del que se consideraba típico: uno por tiempo indefinido, a jornada completa, en la sede de la empresa. Con el tiempo este concepto, originalmente descriptivo, ha perdido este papel porque la realidad que refleja ha dejado de ser anormal o extraña en el merca-

Con la denominación de “trabajo muy atípico” se hace referencia a formas de trabajo atípico tradicional cuyo elemento de atipicidad es muy marcado: corta duración en el trabajo temporal, jornada muy reducida en el tiempo parcial...⁹ El elemento cuantitativo (lo escaso de la duración o de la jornada) se considera suficientemente relevante como para implicar cambios cualitativos en el tipo de trabajo. La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo señala que con esta denominación se hace referencia “a contratos laborales de duración determinada muy breves, de menos de seis meses de duración, al trabajo a tiempo parcial de menos de 10 horas a la semana, a los contratos verbales y al trabajo “cero horas” o puntual”.

Junto a este trabajo muy atípico podemos considerar otro fenómeno, el de las denominadas “formas de empleo casual” (“*Casual Work*”), que presentan una gran irregularidad y se articulan de una manera alternativa a la tradicional. En esta categoría encontraríamos figuras como los contratos de cero horas, los minijobs, el trabajo a llamada, los *free-lances* o el trabajo a través de plataformas on-line¹⁰.

En España estamos viendo una gran incidencia de este fenómeno, especialmente del trabajo temporal extremo (contratación de muy escasa duración) y el trabajo a tiempo parcial extremo (con jornadas laborales muy pequeñas). Por ello junto a las explicaciones tradicionales sobre la temporalidad, que siguen siendo en gran medida válidas, hay que considerar también otras nuevas, que se han sumado a éstas y sobre las que todavía no hay un consenso completo. Este dato, unido a la propia complejidad del fenómeno, aconseja adoptar un enfoque amplio, que incluye una pluralidad de perspectivas. Lo que implica valorar un número amplio de factores causales, que interactúan y se refuerzan para producir una peculiar composición de nuestra ocupación; y evitar aquellas explicaciones que se centran en uno o pocos de éstos. Esta pluralidad causal explicaría, entre otras cosas, las dificultades para revertir esta tendencia en la política de contratación de las empresas, puesto que las medidas adoptadas

do de trabajo; de la misma manera que el empleo típico ya no constituye la normalidad en éste. Ha pasado a tener un valor más bien normativo, donde “trabajo típico” debe entenderse como “trabajo de calidad” y “trabajo preferido”.

⁹ Véase el informe del European Observatory of Working Life, “*Flexible forms of work: ‘very atypical’ contractual arrangements*”, accessible en <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/flexible-forms-of-work-very-atypical-contractual-arrangements>

¹⁰ En muchos casos, una forma particular de empleo puede encuadrarse en ambas categorías, y es común que las prestaciones de servicios casuales acaben siendo técnicamente empleo muy atípico. Pero puede haber también empleos muy atípicos a través de figuras contractuales tradicionales, señaladamente los contratos de duración determinada o a tiempo parcial.

hasta la fecha responden en general a modelos basados en una lista corta de causas.

La capacidad de afectar negativamente al mercado de trabajo de un gran número de factores debe llevar a un cambio en la perspectiva de análisis, y en lugar de buscar aquellos elementos que pueden tener este efecto parece más adecuado valorar cómo cualquier medida laboral o de empleo puede impactar en el grado de temporalidad. Esto es, aplicar la técnica de la transversalidad, ya conocida en otros ámbitos laborales, para poder determinar cómo se comportará el empleo a partir de la implantación de una determinada iniciativa, pública o privada. Los enfoques propios de la responsabilidad social corporativa o de la auditoría sociolaboral pueden resultar útiles también para comprobar cómo una medida afectará a la calidad del empleo que genera¹¹.

La postura más generalizada ante el problema de la temporalidad en España en las últimas décadas ha sido explicarlo sobre la base de una serie limitada de factores, tanto económicos como normativos. La enumeración de éstos resulta sencilla: la existencia de un marco jurídico permisivo, resultado de una sucesión de reformas laborales desde principios de la década de 1980 que, por consideraciones relacionadas con la promoción del empleo, flexibilizaron el uso de los contratos temporales; la generalización del fraude en la utilización de las diferentes figuras contractuales, fruto tanto de las malas prácticas empresariales como de la debilidad de los mecanismos de control, sobre todo de los administrativos y judiciales; la existencia de una “cultura de la temporalidad” en el empresariado español, resultado de años de poder disponer de manera prácticamente libre de estos instrumentos de flexibilidad; el carácter estacional de algunos de los sectores más potentes de nuestra economía, como el turismo o la agricultura; la existencia de un “diferencial de ajuste” o “de protección” entre trabajadores fijos y temporales, que hace que las decisiones empresariales con efectos en el empleo resulten muy costosas para los primeros, y prácticamente inexistentes para los segundos...

En función de estas causas se dibujan las soluciones¹². Ante las explicaciones normativas las respuestas apuntan en la dirección de reducir el abanico de figuras

¹¹ Puede consultarse el interesante trabajo de Calvo Palomares, “La auditoría sociolaboral como herramienta de gestión de las organizaciones: la visión de los trabajadores y sus representantes”, en AA.VV., “*Crisis y desigualdad. Alternativas sindicales. II Congreso de trabajo, economía y sociedad*”, Fundación 1º de Mayo, Madrid, 2016, pg.195.

¹² Una propuesta reciente propugnando cambios normativos que contribuyan a reducir la temporalidad de nuestro mercado de trabajo en A. Baylos Grau, “Temporalidad y precariedad laboral: revertir la situación normativa”, en “*El Blog de Antonio Baylos*”; accesible en <http://baylos.blogspot.com.es/>

contractuales, y de aumentar la presión inspectora sobre las empresas. Frente a la diferencia de costes de ajuste entre empleo fijo y temporal se imponen indemnizaciones para la extinción de los segundos, y se reducen las ya existentes para los primeros, o se propone la equiparación de los regímenes extintivos mediante figuras como el contrato único. Los factores culturales se afrontan con incentivos al empleo fijo combinados con sanciones por el uso excesivo de contratos de duración determinada, o apelando a la responsabilidad social corporativa. La estacionalidad se quiere compensar con figuras contractuales *ad hoc* que aseguren a los trabajadores cierta estabilidad, según el modelo del fijo discontinuo.

Esta explicación de nuestra singularidad laboral tiende a completarse con otras que reconocen la existencia de otros factores estructurales en nuestra economía que potencian el uso del trabajo temporal. Entre éstos se incluyen las estrategias productivas que adoptan nuestras empresas de manera generalizada¹³. Así, la descentralización productiva como forma básica de organizar la actividad de las empresas es central en las economías contemporáneas, y afecta profundamente a las relaciones laborales¹⁴. A pesar de que la externalización es en teoría una opción empresarial que se adopta por otros motivos, es claro que estos efectos se producen, y pueden ser devastadores en todos los ámbitos laborales, hasta el punto de que se le ha achacado un efecto distorsionador sobre el Derecho del Trabajo en su conjunto¹⁵. Lo cierto es que en muchos casos son estos efectos laborales los que justifican la preferencia por formas descentralizadas de producción, más que otras consideraciones de especialización o eficacia. El ahorro de costes que supone lo es sobre todo por los laborales; y el redimensionamiento de la organización que se pretende es principalmente reducir el volumen de empleo directo, sustituyéndolo por otro indirecto. Su tratamiento por la legislación laboral, aun así, continúa anclado en un modelo que asume que las consideraciones laborales se mueven en el plano de los efectos, no en el de los motivos.

¹³ En general F. Valdés Dal-Ré, “Nuevas formas de organización de la empresa: globalización y relaciones laborales”, en F. Valdés Dal-Ré, & J. Lahera Forteza (coords.), “*Relaciones Laborales, organización de la empresa y globalización*”, CINCA-Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010.

¹⁴ La bibliografía iuslaboralista al respecto es amplísima. Entre otros muchos, M.L. Mole-ro Maraño, “El impacto laboral de la descentralización productiva”, en F. Valdés Dal-Ré, & J. Lahera Forteza (coords.), “*Relaciones Laborales, organización de la empresa y globalización*”, CINCA-Fundación Largo Caballero, Madrid, 2010.

¹⁵ Me remito a la clásica formulación de F. Valdés Dal-Ré en su conocido estudio “Descen-tralización productiva y desorganización del derecho del trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº2, 2001, pg.79.

En la práctica la subcontratación ha actuado como un mecanismo de precarización del empleo, al convertir cualquier servicio en temporal y al regirse por condiciones de trabajo diferentes y peores¹⁶. Ya dijo en su momento Cruz Villalón, que “*la descentralización productiva induce a acentuar en la práctica la temporalidad en la contratación laboral*”¹⁷.

Habiendo los tribunales laborales considerado que el prestar servicios para una empresa que opera como contratista de otra es causa suficiente para celebrar un contrato de duración determinada, concretamente por obra o servicio determinado, la consecuencia ha sido que aquellas actividades en las que se trabaja principalmente a través de contratas se han convertido en generadoras de empleo temporal, en muchos casos precario¹⁸. El hecho de que el empleado lo es de la empresa contratista y no de la principal justifica la aplicación de un régimen convencional distinto al que ésta aplica a sus propios empleados. Las precarizaciones se multiplican, como veremos.

Este impacto laboral de la descentralización productiva es bien conocido, y ha sido afrontado sobre todo por la negociación colectiva, ante un legislador laboral poco atento y una jurisprudencia laboral anclada en visiones tradicionales de esta figura. En algunos casos sí se ha optado por un enfoque más incisivo que el tradicional, como ha ocurrido con el caso de las empresas de trabajo temporal, una forma extrema de descentralización productiva; con la subcontratación en la construcción; o con las propuestas en España para importar de la regulación del trabajo temporal alguna solución que mejore las condiciones de los trabajadores de empresas contratistas, en particular la regla de la equiparación salarial.

Otro factor que está incrementando el uso del trabajo temporal es la implantación de la gestión de proyectos como forma de organizar la prestación de servicios y la producción manufacturera. La gestión por proyectos supone articular la actividad de las organizaciones productivas no como una línea de productos

¹⁶ En extenso W. Sanguinetti Raymond, “Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, nº 36, 2006. Un reciente estudio monográfico en B. Freire De Albuquerque, “*Subcontratación y precarización del trabajo. Un estudio comparativo de la norma laboral brasileña y española*”, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, *passim*.

¹⁷ En Cruz Villalón, J., «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», en AA.VV., “*El empleador en el Derecho del Trabajo*”, Tecnos-Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Madrid, 1999.

¹⁸ Montoya Medina habla de “*la expansión del fenómeno descentralizador y el debilitamiento del principio de estabilidad en el empleo*”; en su trabajo “La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2006, pg.253.

o servicios, sino como una sucesión de iniciativas concretas, con un horizonte temporal limitado, que se agotan con su propia realización. Esta forma de producir simplifica los procesos, aligera las organizaciones y plantillas, facilita la gestión financiera de la organización, entre otros efectos. Cuando se funciona por proyectos, todo es temporal: lo que se va a introducir en el mercado; los medios dispuestos para hacerlo; las personas encargadas de llevarlo a cabo. Sólo se adquieren los recursos necesarios, y únicamente en la medida en que resultan estrictamente necesarios.

Presentado como una reacción a la volatilidad de los mercados y al ritmo acelerado de los cambios tecnológicos, la realidad es que no se trata sólo de una adaptación a estos nuevos entornos, sino de toda una estrategia empresarial dirigida a abaratar los costes de producción. Los efectos en el empleo de estas estrategias empresariales son fáciles de entender: menor generación de empleo; mayor rotación de las plantillas; utilización intensa de la contratación temporal.

Junto a estos factores existe otro no exclusivo pero sí muy típico de España, que es el papel del sector público, del que ahora nos ocuparemos.

3. EL PAPEL DEL SECTOR PÚBLICO EN LA TEMPORALIDAD

Las Administraciones y el resto de entidades públicas constituyen el mayor empleador en las economías contemporáneas, independientemente del tipo de organización de este sector y del modelo social de cada país. Como tal, el impacto de su actividad es fundamental, afectando directamente a las pautas de comportamiento del mercado de trabajo, tanto en cuanto al volumen de ocupación como, muy especialmente, a las características de éste. Concretamente en España se ha identificado un efecto especialmente preocupante en las últimas décadas que es su contribución al engorde de la burbuja de temporalidad. Se ha constatado que en las últimas décadas estos empleadores, tradicionalmente considerados como generadores de empleo permanente a través del modelo funcionarial, han cambiado sus esquemas de contratación para comenzar a emplear de manera sistemática empleo temporal, tanto asalariado como funcionario; y ha pasado a ser un factor más en el proceso de precarización del empleo en nuestro país¹⁹.

¹⁹ Desde la doctrina económica, M. Fernández-Gutiérrez & D. Díaz-Fuentes, “Empleo público y temporalidad: ¿es el sector público parte del problema?”, *Temas Laborales*, nº 102, 2009, pg. 51, que llegan a afirmar que “la evidencia empírica muestra cómo, corrigiendo los efectos de determinadas características de los empleados y de los puestos de trabajo, ser asalariado del sector público implica una mayor probabilidad de tener un empleo temporal”

Esta constatación dio lugar a que en su momento el Consejo Económico y Social del Reino de España aprobara un informe de iniciativa propia sobre *“La temporalidad en el sector público”*²⁰, texto del año 2004 que sigue siendo a día de hoy un referente en este asunto. El informe parte de la existencia de *“una preocupación común y creciente por este problema”*, que se traduce no sólo en la iniciativa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de solicitar al CES su elaboración, sino en toda una serie de informes y documentos anteriores, incluido uno del Defensor del Pueblo. La principal conclusión a la que llega el informe es *“la existencia de una creciente y excesiva temporalidad, que sobrepasa lo que vendría justificado por las necesidades de las Administraciones Públicas de garantizar el servicio ante necesidades técnicas, coyunturales y urgentes”*.

De todo el informe del CES sobre temporalidad en el empleo público en general, y de las conclusiones en particular, se desprende una valoración muy negativa de la forma en que las administraciones públicas están gestionando su política de recursos humanos, que está generando un crecimiento importante del empleo temporal en su seno. Hay que tener en cuenta que en el empleo público las causas que llevan a la contratación temporal son diferentes a las del sector privado²¹: mientras que en éste, en teoría, la causa de la contratación temporal es una demanda de mano de obra temporal, normalmente porque el puesto de trabajo a que ésta da lugar también lo es, en el sector público la causa más normal de temporalidad es la imposibilidad de cubrir de forma definitiva un puesto de trabajo que en sí mismo es permanente. Es más, dada la naturaleza de las actividades desempeñadas por el sector público, son pocas de éstas las que responden a una demanda temporal, ya que el sector público presta servicios de interés general que por lo general son permanentes; desde luego, mucho menos de las que las cifras de temporalidad en este sector parecen indicar. No en vano el modelo de relación de servicios que se asocia con el empleo público es de naturaleza permanente, funcionarial o laboral por tiempo indefinido. Son, curiosamente, los procedimientos y garantías establecidos para el acceso al empleo público, en cumplimiento del mandato constitucional de hacer que en éste se garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, los que fuerzan a las Administraciones a acudir a empleos temporales, para poder cubrir provisionalmente estos puestos de trabajo en tanto no culmine la cobertura definitiva; así como algunas particularidades de la relación funcionarial que

²⁰ Informe nº 3/2004, aprobado en el Pleno de este órgano de 22 de diciembre de 2004.

²¹ De la misma opinión son M. Fernández-Gutiérrez & D. Díaz-Fuentes, *ibidem*, para quienes *“se observa como los factores que inciden en la toma de decisiones acerca de la modalidad de contratación siguen en el sector público ciertos patrones diferenciados de los del sector privado”*

obligan a cubrir puestos provisionalmente vacantes, por mantener su titular el derecho a reocuparlos.

Con estas particularidades, lo cierto es que la contratación temporal en el sector público se ha disparado, con grandes bolsas en ciertos sectores y administraciones concretas, porque no se ha sabido dar respuesta a las demandas que la legislación sobre empleo público plantea a un gestor de recursos humanos:

- la necesidad de limitar el acceso al empleo público a través de procesos altamente formalizados, en los que se garantice la igualdad y se compruebe el mérito y la capacidad de los candidatos;
- la necesidad de garantizar la disponibilidad de obra adecuada, en cantidad y calidad, para gestionar de forma eficaz las administraciones y servicios públicos;
- la necesidad de cubrir las vacantes que se plantean en las plantillas públicas, sin que se puedan ocupar de forma definitiva éstas por existir el derecho a la reserva del puesto de trabajo;
- la aplicación de limitaciones presupuestarias estrictas, que limitan el incremento del empleo indefinido

El gran volumen de empleo implicado, dadas las dimensiones del sector público en la España del siglo XXI; la necesidad de poner en marcha administraciones enteras en un plazo muy breve, como consecuencia de la construcción del Estado de las Autonomías; y el gran número de candidatos a cubrir los empleos puestos en el mercado explican también, al menos en parte, las dificultades que han afrontado éstas. Pero lo cierto, y los distintos informes que se han puesto en circulación sobre el particular en los últimos tiempos así lo ponen de manifiesto, es que hay un grave problema de mala gestión de la temporalidad; así como una importante contribución de los empleadores públicos al crecimiento de este problema.

La forma más evidente en la que se produce este efecto es mediante el recurso a contratos de duración determinada por estos empleadores²², en su condición de empleador público. Pero este informe identifica otro factor causal en el fenómeno que analiza: la mayor presencia de la gestión privada de los

²² En extenso M.A. Norte, “*Temporalidad y laboralización del empleo público*”, Universidad de Murcia, 2015

servicios públicos. En sus palabras, *“una reflexión amplia sobre el problema de la temporalidad pública requiere llevar a cabo una revisión en profundidad de la política de externalización de servicios y actividades que vienen realizando las Administraciones”*²³. Coincide en esta valoración con la generalidad de las opiniones de los expertos en temas laborales, que venían llamando la atención sobre el efecto precarizador de las distintas modalidades de gestión indirecta²⁴.

La opción por externalizar es en realidad una decisión política con efectos organizativos, más que una puramente organizativa como muchas veces se pretende presentar. Se opta por esta modalidad de prestación sobre la base de diversas consideraciones de coste, eficiencia y oportunidad; pero también de acuerdo con una visión del mundo y de la acción política, un programa de gobierno, una orientación ideológica. Baylos Grau ha descrito de manera brillante el discurso que sostiene la privatización, identificando las tres ideas que lo basan: que la gestión privada resulta más económica que la pública, es decir que cuesta menos; que permite a los entes públicos contar con inversiones de mantenimiento garantizadas por las empresas adjudicatarias del concurso sin que haya carga presupuestaria ni se amplíe el capítulo 1 en gastos de personal; y que la gestión privada es más eficiente que la pública. Y añade: *“desde esta superioridad evidente, la “gestión indirecta” de los servicios municipales es la fórmula victoriosa durante la etapa del boom inmobiliario, que se querrá prolongar durante la legislación de la crisis”*²⁵.

La externalización es presentada no sólo como una elección puramente técnica, sino también como decisión que se toma al margen de cualquier consideración laboral; según se ha dicho, la consecución de objetivos en el plano laboral se sitúa fuera del ámbito de la fundamentación nuclear de la conveniencia del recurso a la privatización de la gestión de servicios públicos²⁶. En efecto, al basarse en el encargo a empresarios independientes de actividades que son competencia de las Administraciones implicadas, con el fin de que sean éstos quienes las desarrollen con sus propios medios y personal, la gestión indirecta se configura en principio como una técnica de gestión sin incidencia inmediata

²³ Conclusión nº 8.

²⁴ Sanguinetti habla de la existencia de una doble vía de precarización del empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas, representada por el juego combinado de dos mecanismos muy distintos entre sí: de un lado, el recurso poco riguroso de las modalidades de contratación temporal; del otro, la utilización extensiva de la gestión indirecta de los servicios públicos; *Ibidem*.

²⁵ En A. Baylos Grau, “Privatización y externalización de servicios en la contratación pública y problemática laboral”, en el Blog *Según Antonio Baylos*, accesible en <http://baylos.blogspot.com.es/2016/04/privatizacion-y-externalizacion-de.html>

²⁶ Sanguinetti, *ibidem*.

sobre la aplicación de las normas laborales. Esto es así en la medida en que al concesionario privado le son de aplicación, en sus relaciones con los trabajadores que ha contratado con tal fin, las normas generales que rigen la prestación de trabajo asalariado, sin que el hecho de que su actividad se dirija a atención de un servicio público tenga por qué suponer especialidad alguna²⁷.

Sin embargo, esta pretendida neutralidad laboral no es tal, desde dos puntos de vista. Por un lado, no es cierto que no produzca efectos laborales, como veremos. Hay una elección que se adopta por parte de los responsables políticos, cuya consecuencia es la descentralización de la prestación del servicio; ésta, a su vez, tiene sus efectos en los aspectos laborales de esta prestación: el empleo que generar pasa de público a privado; su gestión pasa de directa a indirecta; y, desde un punto de vista cualitativo, en vez de generar empleo de calidad pasa a producir uno precario. Por otro, es también falso que las consideraciones relacionadas con el trabajo estén ausentes en la adopción de esta estrategia por parte de sus responsables, porque cuando éstas se plantean como objetivo principal la reducción del gasto público es claro que se buscan sobre todo vías para limitar los costes laborales, puesto que éstos son uno de los principales componentes de aquél.

El informe del Consejo Económico y Social no sólo señala a esta práctica administrativa como factor de incremento de la temporalidad²⁸, sino que apunta también algunas líneas de actuación para reducir este efecto²⁹:

- Se debe delimitar con claridad y certeza jurídicas qué actividades y servicios pueden ser objeto de externalización y cuáles deben permanecer en el ámbito de la gestión directa por las propias Administraciones Públicas por constituir el núcleo esencial de su actividad.
- La Administración debería ajustar la contratación administrativa de prestación de obras y servicios a unas condiciones de duración y de remuneración de los contratos que propicien una mayor solvencia de las empresas contratistas y una mayor estabilidad del personal a su servicio, así como la existencia de una plantilla real de personal al servicio de las concesionarias.

²⁷ Sanguinetti, *ibidem*,

²⁸ Para el CES ambos mecanismos tienen en última instancia un efecto semejante desde dicha perspectiva: hacer posible la sustitución de las que en principio serían relaciones permanentes con la Administración encargada de la prestación del servicio por vínculos temporales con ésta o con la entidad privada concesionaria del mismo.

²⁹ CES, *ibidem*.

Con esto nos aporta un dato a mi juicio importante: que la causa de la inestabilidad del empleo del personal de estas empresas es consecuencia no sólo del hecho de ser contratistas externos, de que se haya externalizado la actividad, sino también de las condiciones en las que tal contratación se ha producido. No es solo externalizar, es hacerlo buscando reducir costes y aumentar la flexibilidad lo que produce un empleo de baja calidad. Porque la administración, igual que puede elegir prestar directamente un servicio o encargarlo a un tercero, en el segundo caso decide qué tipo de encargo va a hacer, con qué duración, a qué precio. Puede optar por establecer relaciones estables con sus proveedores externos, o inestables³⁰. Todos estos factores incidirán directamente en el tipo de empleo que se genera; empleo que, no debemos olvidar, en muchos casos va a sustituir a otro directo en el ente público, generalmente de calidad, al menos estable.

Lo cierto es que en España este proceso de adjudicación a la gestión privada ha tenido un impacto muy negativo en las relaciones laborales. Baylos ha señalado que los costes sociales de esta estrategia pública han sido especialmente altos. Para este autor, la privatización ha supuesto salarios menores y condiciones de trabajo más estrictas, una reducción de puestos de trabajo y simultáneamente un incremento de la carga de trabajo de los trabajadores externalizados³¹.

Esto tiene una explicación: en los últimos años han coincidido dos procesos o fenómenos, que han interactuado entre sí para impulsar la pérdida de calidad del empleo en este peculiar sector. Uno ha sido la estrategia de privatización de la gestión de servicios públicos, que en modo alguno es una decisión técnica o neutral. El otro ha sido las ingentes presiones para reducir el gasto público, consecuencia sobre todo de la gobernanza europea en un contexto de crisis. Haciendo abstracción de las dificultades que atravesaba nuestra economía y el crecimiento de las necesidades sociales, se nos ha obligado a reducir el gasto público para cumplir con unos objetivos de déficit público con poco realismo y mucha rigidez. En este marco se recurre a privados para reducir costes; para redimensionar los sujetos públicos; para

³⁰ Señala Más Sabaté lo siguiente: “*en efecto, según sea la política de externalización adoptada por la Administración Pública, puede generar un entorno estable, con relaciones contractuales a medio y largo plazo con sus proveedores (lo cual redundará positivamente en la calidad de los empleos y, por extensión, beneficiará a todos los ciudadanos) o, por el contrario, puede crear un entorno inestable, basado en relaciones contractuales a corto plazo, extremadamente competitivas y que no pueden sino repercutir negativamente en los empleados y en los ciudadanos en general: abuso de contratos temporales, de trabajo a tiempo parcial o de trabajadores de ETT*”. En J. Más Sabaté, “Gestión privada de servicios públicos: la externalización (outsourcing) en la Administración Pública”, V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo, Rep. Dominicana, 24 - 27 Oct. 2000, pg.6; accesible en <http://siare.clad.org/fulltext/0038535.pdf>.

³¹ A. Baylos Grau, *ibidem*.

intentar, sin éxito, que la reducción del gasto público no se note demasiado en la calidad de los servicios prestados. La aceleración de la privatización de los últimos años es una consecuencia más de la crisis financiera mundial³². Y la deudocracia que está detrás de muchas de las medidas de los últimos gobiernos la ha incrementado³³.

Ante la pregunta metodológica de Sanguinetti sobre si el encargo de la gestión de servicios públicos a sujetos privados es una vía alternativa de precarización del empleo público, la respuesta parece que debe ser necesariamente afirmativa³⁴.

4. LA GESTIÓN PRIVADA COMO FACTOR DE PRECARIZACIÓN

Aceptando que la gestión privada tiene un impacto, y no precisamente positivo, en las relaciones laborales corresponde explicar brevemente porqué se produce éste. Como se ha dicho, la decisión de externalizar es una teóricamente organizativa, cuyos efectos sobre los trabajadores serían en principio colaterales; estos efectos se producen por la interacción de diversos factores organizativos y normativos.

Entre los factores organizativos están, principalmente, los motivos por los que las administraciones acuden a la iniciativa privada. Encargando a ésta la prestación del servicio prevén obtener una serie de ventajas: mayor eficiencia pero sobre todo menores costes; la sustitución de empleo directo de la administración por otro de gestores privados, reduciendo artificialmente la dimensión de la propia plantilla; convertir los costes fijos del empleo directo en otros variables, a través de la sucesión de contratos públicos; forzar cambios en las partidas presupuestarias, pasando gastos del capítulo de personal al de servicios... Éstos objetivos dibujan un modelo de gestión privada basada en la temporalidad, la contención de costes y la optimización de los recursos, incluidos los humanos. En términos de gestión de éstos, esto supone empleo de duración determinada, más trabajo y menos retribución³⁵.

³² Sobre este debate, véanse las contribuciones al volumen de L. Ortega Álvarez (dir.), "*Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*", INAP, Madrid; en particular, el estudio de S. Rodríguez Escanciano, "Externalización y empleo público en régimen laboral".

³³ En relación con las consecuencias laborales de la deudocracia me permito remitirme a mi trabajo M. Rodríguez-Piñero Royo, "La negociación colectiva en tiempos de deudocracia", en J. Gorelli Hernández, "*El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum profesor Antonio Ojeda Avilés*", Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, p.427.

³⁴ Sanguinetti op.cit., pg.1.

³⁵ Baylos señala que la relación directa que existe entre la noción de trabajo decente y las condiciones de empleo que garantizan la calidad, seguridad y eficacia del servicio se rompe en el caso de las privatizaciones, que además introducen como principal criterio de valoración el coste económico para fijar los efectivos y la extensión del servicio; en "Privatización y externalización

4.1. El factor administrativo

Desde un punto de vista normativo la legislación de contratos del sector público juega un papel principal en la producción de este efecto³⁶. Son varios de las reglas y principios contenidos en ésta los que contribuyen, interactuando unos con otros conformando un círculo vicioso. Basta con un análisis superficial del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) para comprobarlo.

De forma general el TRLCSP diseña un modelo de política de contratación que no presta una especial atención a sus consecuencias sociales o laborales. Ya en su artículo 1, que recoge su objeto y finalidad, se deja esto bien a las claras, indicando que *“la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*. No se percibe preocupación alguna que no tenga que ver con aspectos claramente económicos y financieros. Si de alguien se defienden derechos, es de los candidatos a contratar. Por no citar no se cita ni a los ciudadanos.

Tampoco ayuda a limitar los efectos potenciales sobre los trabajadores adscritos a los servicios públicos la amplitud con que el TRLCSP permite a las administraciones externalizar éstos³⁷. En este sentido la regla general es que se admita el encargo a sujetos privados, y la excepción que no pueda hacerse. Así se desprende del artículo 275 TRLCSP, según el cual *“la Administración podrá*

de servicios en la contratación pública y problemática laboral”, en *“El Blog de Antonio Baylos”*; accesible en <http://baylos.blogspot.com.es/2016/04/privatizacion-y-externalizacion-de.html>.

³⁶ Un estudio general de esta legislación en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “La contratación administrativa y sus principios informadores”, en AA.VV., *“De la ciudad y otras cosas: libro homenaje a Enrique Barrero González con motivo de su jubilación”*, Fundación Martín Robles, Sevilla, 2005, pg. 406

³⁷ Se trata de una cuestión compleja, que ha generado un importante debate doctrinal. Por todos véase J. Cantero Martínez, “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *Documentación Administrativa*, nº 286-287, 2010, pg. 297

gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos". Dos son las únicas limitaciones que se establece, que el servicio implique el ejercicio de autoridad propia de un poder público; y que éste no sea susceptible de explotación por particulares. En todo los demás casos, que son muchos, cabrá esta opción³⁸.

El tercer elemento de la fórmula que transforma la gestión privada en temporalidad es la obligación legal de que los contratos por lo que se tramita la gestión privada de servicios públicos tengan un carácter temporal. El artículo 23 TRLCSP establece con carácter general, para todos los supuestos de contratación pública, que *"sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas"*. Este último elemento, el que los contratos deban ser periódicamente licitados, acaba por introducir un factor de secuenciación en éstos, de tal manera que se irán sucediendo para un mismo objetivo. Para los contratos de gestión de servicios públicos el TRLCSP prevé una regla especial en su artículo 278, en el que leemos que éste *"no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto"*. La limitación de la duración del contrato es un elemento central para el modelo de contratación pública de la ley, e impone esta opción a todas las entidades a las que ésta se aplica. Tal carácter se traducirá en el elemento central para el efecto precarizador de la gestión indirecta de servicios.

Existe otro elemento en el modelo recogido en el TRLCSP que multiplica los impactos negativos de este modelo de prestación de servicios, la preferencia por los aspectos económicos en la selección de los sujetos públicos a los que se adjudicará ésta. El artículo 150 TRLCSP regula los criterios de valoración de las ofertas, recogiendo un número elevado de éstos. Se dice en concreto que *"para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al*

³⁸ También lo hacían sus antecedentes, el artículo 251 de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, y el 155 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Este último señalaba como excepción a la posibilidad de gestión privada que los servicios de competencia de la Administración no tuvieran *"un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares"*, aclarando mejor el alcance de este mandato.

objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes". No aparecen, como se ven, referencias a los derechos de los trabajadores de las empresas. La única previsión sobre "satisfacción de exigencias sociales" se refiere no a éstos, sino a las que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar.

El último inciso de este precepto es palmario y seguramente más sincero: *"cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo"*. En Estados Unidos tienen una expresión para esto: el "lowest bidder", la persona que ha ganado el concurso por haber presentado la oferta más baja; que algo lo ha fabricado el "lowest bidder" no quiere decir nada bueno.

4.2. El factor laboral

Estas reglas de la contratación pública resultan coherentes con lo dicho antes sobre los objetivos de las administraciones cuando externalizan servicios, potenciando sus resultados sobre el empleo. Pero no podrían por sí mismas producirlos si no fuera por su interacción con otras, esta vez laborales, que son las que en realidad viabilizan que la gestión privada se convierta en fuente de empleo temporal. Reglas que no son de origen directamente legal, sino que se trata más bien de construcciones jurisprudenciales generadas, eso sí, sobre un marco normativo muy permisivo.

Una línea interpretativa que ha tenido importantes consecuencias en este ámbito ha sido la de considerar equiparable la externalización de servicios públicos a la subcontratación del sector privado, a efectos de la aplicación de la normativa laboral sobre esta figura³⁹. Esta jurisprudencia comienza a mediados

³⁹ Sobre esta equiparación, en extenso, García Perrote-Escartín & Goñi Sein, "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV., "Descentrali-

de la década de 1990, y se ha mantenido hasta ahora⁴⁰. Estamos, pues, ante un supuesto especial de externalización, encuadrable dentro del supuesto de hecho del artículo 42 ET y del resto de normas (y construcciones jurisprudenciales) sobre subcontratación⁴¹.

Esta equiparación contrata-gestión privada ha generado el trasvase de otras líneas interpretativas propias de aquélla a ésta. La más relevante es la aceptación de la virtualidad de la contratación temporal por obra y servicio determinado en los supuestos de subcontratación⁴². Esta modalidad se convierte en el instrumento ordinario para el empleo de personas adscritas a esta modalidad de organización de la empresa por parte de empresas contratistas. Los tribunales laborales han producido una constante jurisprudencia sobre esta cuestión, hoy consolidada

zación productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁴⁰ Según Salinas Molina, esta línea interpretativa se inicia en la jurisprudencia unificadora a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996, seguida por otros múltiples fallos. Para este autor, esta doctrina se puede sintetizar en los siguientes principios: a) El término «empresario», incluido en el art. 42 ET, debe equipararse al de empleador, y no limitarse, restrictivamente, al titular de una organización económica específica; b) La condición pública de la Entidad que, mediante contratación administrativa, adjudica la realización directa e inmediata del servicio concreto, que constituye uno de los servicios a cargo del ente público, a otra empresa, no puede hacer olvidar, ni desnaturalizar la naturaleza de la prestación; c) Una interpretación del art. 42 ET, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto «contratas o subcontratas» celebrados por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de «concesión administrativa» ya que, de una parte, la generalidad de los términos «contratas o subcontratas» no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otra, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el ente público, dueño de la obra o servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida; d) es también jurisprudencia consolidada y doctrina generalmente compartida que la programación o financiación por parte de un organismo público de las actividades formativas o educativas de otras empresas o entidades no convierte a aquél en empresario de los empleados de éstas, ni da lugar tampoco por sí sola al supuesto de hecho del art. 42 del ET; Salinas Molina, “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 38, 2002, pg.201.

⁴¹ Sobre éstas la bibliografía es amplísima; entre otros muchos F.J. Calvo Gallego, «La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios», *Temas Laborales*, núm. 56, 2000; y J. Cruz Villalón, “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV., “*Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*”, MTAS, Madrid, 2000, pg. 277.

⁴² Cuestión ésta bien estudiada entre nosotros; por todos me remito al completo estudio monográfico de D. Montoya Medina, “La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2006, pg.253

y convertida en un elemento estructural de nuestro modelo de contratación laboral⁴³.

Si la concesión o el encargo externo es un tipo particular de contrata; y si para ésta cabe el contrato de obra o servicio, entonces no hay más conclusión que la idoneidad de esta modalidad contractual para la prestación indirecta. La combinación de ambas ideas es devastadora para los empleados de empresas privadas gestoras de servicios públicos. En palabras de Antonio Baylos, “*la condición de trabajadores temporales es inseparable de la técnica de la privatización, más aun a partir de la doctrina del Tribunal Supremo español que hace equiparar el objeto del contrato temporal de obra o servicio determinado con la duración de la contrata*”⁴⁴.

Se separan el servicio como tal y su prestación por los trabajadores, de tal modo que la limitación temporal o continuidad de la contratación de éste no van a depender de aquél, sino de un elemento jurídico, el contrato entre la administración y la empresa empleadora. Habrá, así, empleo temporal artificial, para una actividad permanente de la administración, cuya duración se limita como consecuencia de una decisión de la entidad pública. Se produce una clara descausalización de la contratación temporal en estos casos, y un ataque directo a la estabilidad en el empleo⁴⁵. A la vez que se genera una diferencia de trato no justificada según el modelo de prestación del servicio público que se utilice: en el caso de prestación directa la contratación temporal exige una causalidad, que será la determinación en el tiempo del trabajo a realizar; mientras que en la indirecta esta causa se presume *iuris et de iure*, al convertirse el contrato de prestación de servicios en un elemento causal suficiente y perenne.

No es ésta la única doctrina jurisprudencial elaborada aplicando la normativa específica sobre contratas que se ha extendido al sector público y a sus prácticas externalizadoras. También lo ha sido la relativa a la transmisión de empresas en los supuestos de finalización de contratas. En estos supuestos, como es sabido, los tribunales no consideran que se produzca una sucesión de empresa

⁴³ Jurisprudencia que, como nos indica Montoya Medina, no mantuvo siempre esta posición, produciéndose una “*evolución de la jurisprudencia unificadora: de la proscripción a la admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado con ocasión de la concertación de una contrata de obras y servicios*”. En consecuencia, se “*ha de entender hoy por hoy predominante y ya consolidada la doctrina jurisprudencial que aboga por la licitud de la vinculación temporal del empresario contratista con sus trabajadores a través de contratos temporales por obra o servicio determinado durante el tiempo de ejecución de la contrata*”.

⁴⁴ A. Baylos Grau, *ibidem*.

⁴⁵ D. Montoya Media, *ibidem*.

del artículo 44 ET de manera automática, sino que exige un soporte material, la transmisión de una organización productiva en funcionamiento, incluyendo elementos materiales e inmateriales. Para esta jurisprudencia, que es el resultado de una evolución compartida entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo, la sucesión de la contrata no sería más que el negocio jurídico que puede, o no, producir el efecto de que se transmita una empresa o unidad productiva.

El resultado de que esta interpretación se haya extendido al régimen de los cambios de adjudicatarios en los supuestos de gestión indirecta de servicios ha sido la elaboración de una jurisprudencia bastante consolidada que considera que no en todos los casos se va a producir una sucesión de empresas. La fórmula fue acuñada por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993: “*ni la contrata si la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación*”. Esta doctrina es claramente deudora de la previamente acuñada para la sucesión de contratas en el sector privado, aplicándose *mutatis mutandi* en el público para los cambios en los gestores externos de servicios y actividades públicas. Ya desde los años noventa del siglo XX se viene aplicando la misma regla en uno y otro caso, de manera consistente, pudiendo afirmarse que “*la doctrina del Tribunal Supremo entiende que en los supuestos de sucesión o relevo de contratistas en las contratas administrativas no existe un fenómeno de sucesión de empresas del artículo 44 del E.T., y en consecuencia, no cabe entender que se produzca el efecto de subrogación empresarial, propio de la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del ET*”⁴⁶.

Con esto se completa una verdadera trilogía de situaciones relacionadas con la gestión externa en las que para nuestro Tribunal Supremo se producen cambios de empleador, pero no necesariamente sucesión de empresa: no la hay cuando una actividad previamente desarrollada por la administración se encarga a un sujeto externo; tampoco cuando se cambia de proveedor; ni cuando se produce la reversión de esta actividad al ente público responsable⁴⁷. Claro está que el hecho

⁴⁶ Según J. Martínez Fernández, “Cuestiones prácticas sobre la sucesión de empresa y la subrogación de contratos de trabajo en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, N° 116, 2012, pg. 72

⁴⁷ El Tribunal Supremo ha afirmado que, en caso de reversión a la gestión pública, “*la doctrina de esta Sala es constante al afirmar con carácter general que la extinción de la contrata y la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial*”; y que no se produce sucesión empresarial cuando “*no consta transmisión alguna de elementos patrimoniales o estructura organizativa ni*

de que se rechace la aplicación del artículo 44 ET no significa que ésta no pueda ocurrir en ciertos casos, si se producen ciertas circunstancias.

4.3. Intentando corregir el modelo

Ambas cuestiones, la viabilidad de la contratación temporal por obra y servicio y la falta de aplicación automática del artículo 44 ET, han sido elementos fundamentales para generar la pérdida de calidad en el empleo de los trabajadores contratados por las gestoras externas. Siendo éste un efecto considerado nocivo, desde un primero momento se ha planteado la necesidad de buscar mecanismos que lo evitan o reduzcan, promoviendo la continuidad de las relaciones de trabajo de aquéllos empleados en estas actividades⁴⁸.

Las posibilidades de intervenir sobre estos dos elementos no se han planteado sin embargo en iguales condiciones. Impedir el efecto precarizador de la externalización en el sector público por la vía más directa, imponiendo la contratación indefinida en todos los contratistas públicos u otra medida de efectos similares se presenta como una alternativa que plantea numerosas dificultades, ya que obligaría a forzar tanto las reglas laborales como las de contratación pública. Y estas últimas, como es sabido, tienen componentes fuera del alcance del legislador español, al provenir de Derecho unioneuropeo. Nos moveríamos directamente en el campo de los aspectos sociales de la contratación pública, las denominadas cláusulas sociales⁴⁹, cuya viabilidad es objeto de debate y que son objeto de estudio en otro trabajo de este mismo monográfico, al que me remito.

tampoco la asunción por el Ayuntamiento codemandado de una parte sustancial de la plantilla"; apud. De La Puebla Pinilla, *ibidem*. Véase el estudio monográfico de I. Beltrán De Heredia, "Art. 44 ET, reversión del servicio (y, en especial, de los Servicios Públicos) y sucesión de contratas", en su blog, "*Una mirada crítica a las relaciones laborales*", <http://ignasibeltran.com/>, publicado el 4 de noviembre de 2015. Así como, más recientemente, M. De Sande Pérez-Bedmar, "La prestación de servicios públicos por las administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas", *Documentación Laboral*, nº 106, 2016, pg. 95 y S. De Soto Rioja.: "Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional", en *El Impacto de la Negociación Colectiva sobre la Segmentación Laboral* (J. Cruz, Coord.), Tirant lo Blanch, 2015, pg. 602.

⁴⁸ Un pionero estudio en J. L. Monereo Pérez, "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades", *Relaciones Laborales*, tomo 2, 1986, pg. 55.

⁴⁹ En extenso el trabajo monográfico de S. Rodríguez Escanciano, "*Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*", Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009. Pueden verse también, entre otros muchos, los estudios de C. Sáez Lara, "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", *Relaciones Laborales*, nº 14, 2009, pg. 493; y D. Martínez Fons, "*Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*", Fundación Alternativas, Documento de trabajo 153/2009.

Por ello se plantea como alternativa más viable intervenir en el otro elemento de la ecuación, las reglas sobre subrogación empresarial en la continuada sucesión de contratistas privados. Se trata de un elemento estructural como se ha visto en nuestro modelo de contratación del sector público, impuesto por la temporalidad en el encargo a operadores privados. Asegurar la continuidad de las relaciones laborales en los cambios de prestador externo se presenta como la opción más clara para poder mejorar la calidad de la contratación laboral en este sector, la más eficiente y la que tiene mejores posibilidades de implantación⁵⁰.

Para ello debemos partir, como se ha visto antes, de la neutralidad de la operación desde el punto de vista de la aplicabilidad del artículo 44 ET; un encargo por parte de una administración pública a un gestor privado no supone *per se* que se produzca una transmisión de empresas, pero tampoco lo hace imposible. Será el sustrato material de la operación lo que determine que se trate o no de esta figura.

Al no tener asegurado el efecto subrogatorio de este precepto estatutario, tendremos que manejar mecanismos que aseguren su producción cuando cambia el contratista empleador, lo que abre varias opciones. Existen, como es sabido, múltiples “subrogaciones” en nuestro Derecho del Trabajo, compartiendo todas el efecto de alterar el polo empresarial de la relación de trabajo; el adjetivo que califica a cada una expresa el origen o el mecanismo que la produce. El Tribunal Supremo ha identificado cuáles son estos supuestos:

- La sucesión de empresa, la del artículo 44 ET, que genera una subrogación de origen legal que se produce como consecuencia de un hecho previo, la transmisión de una organización productiva.
- La subrogación convencional, la generada por compromisos pactados en los convenios colectivos aplicables en el sector o empresa en que se produce.
- La subrogación por cláusulas contractuales, que es la impuesta por la administración a las empresas que quieren contratar con ella la prestación de un servicio o la realización de una obra, a través de los pliegos de condiciones de contratación.
- La subrogación por sucesión de plantillas, fruto de una construcción jurisprudencial según la cual la asunción de una parte significativa de la plantilla,

⁵⁰ Un completo estudio se encuentra en la monografía de R. Fernández Fernández, “*La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de servicios públicos*”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

en actividades en las que la mano de obra resulta el factor preponderante, supone una verdadera sucesión de empresas; sería un subtipo del primero de los tipos indicados.

Tenemos, pues, cuatro situaciones distintas cuyo efecto final es idéntico, la continuidad de la relación de trabajo con el nuevo prestador⁵¹; y los cuatro se pueden producir, y lo hacen, en la gestión privada de servicios públicos. Cada uno de éstos tiene sus propias particularidades, y sus efectos, aun compartiendo elementos comunes, también se diferencian

La subrogación por sucesión de empresas es seguramente la mejor conocida y regulada⁵²; el efecto sobre los contratos de trabajo queda bien definido por el precepto estatutario de aplicación, completado por una voluminosa jurisprudencia comunitaria y nacional. La complejidad se sitúa en la identificación de su supuesto de hecho, esto es, cuándo un cambio de contratista determinado resulta encuadrable en el artículo 44 ET, para lo que habrá que prestar atención al conjunto de circunstancias, buscando la transmisión de una organización productiva en funcionamiento. En el caso de los contratos del sector público, en los que existe un servicio en activo y unos empleados trabajando, esto se determina atendiendo a la transmisión del soporte organizativo de la actividad, de los medios materiales con los que ésta se presta⁵³. Estas situaciones se producen en

⁵¹ Cabría añadir otro supuesto, al menos hipotético, que es el de la subrogación unilateral, que se produce cuando una empresa decide voluntariamente hacerse cargo de los empleados de la anterior prestadora del servicio, al margen de los casos anteriores y libre de cualquier obligación legal, convencional o contractual. Ésta se produce con bastante frecuencia en actividades tecnificadas, en las que la selección de personal cualificado puede resultar complejo. Siendo voluntaria tiene el alcance que la nueva empresa quiera darle, en cuanto a los trabajadores afectados y los derechos mantenidos. En estos casos sobrevuela siempre el riesgo de que se produzca una sucesión de plantillas, haciendo obligatorio para todos los trabajadores del anterior contratista o concesionario.

⁵² Un análisis de este tipo de sucesión de empresas en F.J. Calvo Gallego, “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, nº 114, 2012, pg. 205. También J. Moreno Gené, “Puntos críticos de la sucesión de empresas en las Administraciones Públicas”, en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *“Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg. 421.

⁵³ Una muestra de esta tipo de situaciones es el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2013: “En el supuesto ahora examinado no estamos ante la sucesión de empresas, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Esta Sala, a partir de la sentencia de 5 de abril de 1993, ha señalado, a propósito de la subrogación establecida en el precepto referido, que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación”. De esta manera en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una “sucesión de plantillas”, en

ciertos servicios, bien por exigencias técnicas derivadas de su propia naturaleza, bien por tratarse de actividades previamente gestionadas directamente, para las que la administración ya se había dotado de la infraestructura necesaria. La cuestión se complica por la existencia de un claro conflicto de intereses en estas situaciones: a la empresa saliente y a los empleados les conviene que se aprecie la concurrencia de una sucesión de empresas, que asegura a la primera transmitir las responsabilidades laborales y a los segundos la continuidad en el empleo, manteniendo la antigüedad; mientras que al nuevo empresario le conviene lo contrario, para no verse forzado a aceptar plantilla y pasivo laboral. Esto asegura la conflictividad judicial, generando un litigio-tipo que complica la gestión de la contratación pública y genera riesgos para la administración, puesto que es común que las posibles demandas de los empleados incluyan una por cesión de trabajadores, buscando ampliar la responsabilidad que le pudiera corresponder en todo caso *ex* artículo 42 ET.

La subrogación convencional se produce cuando se pactan compromisos de transmisión de los contratos de trabajo en los convenios colectivos aplicables a las empresas adjudicatarias, generalmente de sector. Como es lógico, son aquellos convenios de aplicación en sectores en los que se trabaja generalmente mediante prestaciones de servicios a clientes externos, al amparo del artículo 42 ET, siendo el de las empresas de seguridad y los de hostelería los que son generalmente citados como ejemplos clásicos de esta solución. La jurisprudencia en torno a la aplicación de estas cláusulas es extensa, y ha inspirado la actuación de los tribunales respecto de los contratos del sector público.

Para el supuesto que nos ocupa se puede afirmar que las cláusulas de subrogación son comunes también en los sectores especializados en la prestación de servicios a las administraciones públicas. Podemos citar como ejemplo de éstos al Convenio colectivo estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, cuyo artículo 27 se ocupa de los supuestos de “subrogación del contrato con la Administración y empresas privadas”, y que contiene un sistema muy completo que se aplica “*cuando una empresa pierda la adjudicación de los servicios concertados mediante concurso público de gestión de servicios públicos, por resolución o terminación del contrato con la Administración, o terminación de contrato con entidades privadas*”, en cuyo caso “*la nueva empresa adjudicataria o contratista, estará obligada a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores que venían prestando ese servicio, respetando en todo caso la modalidad de contratación de los mismos, y los derechos y obligaciones que*

aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, recurso 899/00, que recoge la doctrina comunitaria-“.

hayan disfrutado en los seis meses anteriores a la adjudicación en la empresa sustituida...”.

En el Convenio colectivo de las empresas privadas que gestionan equipamientos y servicios públicos afectos a la actividad deportiva y de ocio encontramos un artículo 50 en el que las partes acordaron “*al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo, la subrogación del personal de las empresas que se sustituyan mediante cualquiera de las modalidades de contratación, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio colectivo*”. En concreto se especifica que la absorción del personal será de obligado cumplimiento para las empresas en dos supuestos: finalización de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento o de cualquiera de sus prórrogas o prolongaciones provisionales y hasta la entrada de la nueva empresa, que unía a una empresa con el titular público de las instalaciones deportivas o el promotor de actividades socio-deportivas; y rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión por parte del titular de las instalaciones deportivas o del promotor de actividades socio-deportivas, de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento.

En general en estos convenios encontramos una regulación muy completa y detallada, que incluye obligaciones de información también para la administración que gestiona el concurso. Su alcance suele ser muy amplio, imponiendo el trasvase de la totalidad o de la mayoría de los empleados adscritos al servicio, y el mantenimiento de sus condiciones de trabajo. Pueden ser, por lo tanto, muy eficaces en su tarea⁵⁴.

Los problemas jurídicos en estas situaciones tienen que ver sobre todo con el alcance de las obligaciones de la nueva adjudicataria, identificando los trabajadores beneficiarios, condiciones a mantener y delimitación de las responsabilidades asumidas⁵⁵. También ha surgido una problemática propia cuando las dos empresas implicadas no aplican el mismo convenio, rigiéndose una de ellas por uno que no contiene esta obligación. Para estos casos el Tribunal Supremo ha concluido que

⁵⁴ Un análisis de su eficacia en M. Cuenca Alarcón, “Los efectos jurídicos de la subrogación ex convenio en supuestos de sucesión de contratistas”, *Relaciones Laborales*, N° 20, 2000, pg. 637.

⁵⁵ Un completo estudio de estos problemas aplicativos se encuentra en el trabajo de W. Sanguinetti Raymond, “Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales”, en R. Escudero Rodríguez (coord.), “*La negociación colectiva en España: una mirada crítica*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pg.99. También C. ARAGÓN GÓMEZ, “Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”, *Relaciones Laborales*, n°2, 2006, pg.1307.

debe regir el mecanismo de subrogación, aunque la nueva adjudicataria esté fuera del ámbito de aplicación del convenio que lo establece⁵⁶.

Estos mecanismos subrogatorios son sin embargo especialmente frágiles ante situaciones de reducción en el alcance o cuantía de los sucesivos contratos públicos, muy frecuentes en estos momentos de crisis. Se plantea también el problema de que el Tribunal ha exigido en determinados sectores como requisito esencial para que opere la subrogación “la identidad del objeto de los servicios contratados”, lo que desactiva este mecanismo cuando se producen cambios sustanciales en el objeto de un contrato público y el siguiente⁵⁷.

Las cláusulas de subrogación convencional en sentido estricto se completan con otro mecanismo que encontramos en otros sectores de sectores igualmente basados en la subcontratación: los compromisos de contratación. Por éstos la nueva adjudicataria queda obligada no a subrogarse en los contratos de la anterior, que se extinguen con el fin de la concesión o encargo, sino a contratar el personal que va a emplear de entre los redundantes. Con esto se asegura la continuidad del empleo pero con un alto componente de precarización, en el sentido de que los empleados lo son siempre por duración determinada, encadenando contratos con empleadores sucesivos, y perdiendo la antigüedad con cada cambio de éste; a cambio, con cada extinción reciben la pequeña indemnización por extinción de contrato temporal, “monetizando” su antigüedad. El ejemplo por excelencia de esta modalidad de cláusula la encontramos en el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de contact center (antes telemarketing), sector en el que se trabaja

⁵⁶ Decisiva en este sentido fue la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2011, en la que se plantea si la cláusula de subrogación por sucesión de contratas de limpieza prevista en el correspondiente Convenio Colectivo de esta actividad se debe o no aplicar cuando la empresa adjudicataria de una contrata de limpieza está catalogada e inscrita como centro especial de empleo, en cuyo convenio colectivo no figura tal tipo de cláusula subrogatoria para dicha actividad de limpieza. El Tribunal concluye con remisión a su propia doctrina en la materia según la cual y examinado el tenor del convenio colectivo de aplicación se establece una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la de limpieza. En idéntico sentido la de 21 del mismo mes y año.

⁵⁷ Este es el caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2013, en un supuesto de sucesión de contratas de seguridad en el Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, donde concluyó que “*coincidiendo en esencia el objeto del contrato de la empresa saliente y de la entrante, ha de señalarse que es más amplio el de esta última, por lo que procede la subrogación en el contrato del actor; en virtud de lo establecido en el artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad*”.

también mucho para administraciones públicas, que contiene un artículo 18 sobre “cambio de empresa de Contact Center en la prestación de servicios a terceros”. De acuerdo con éste, *“cuando finalice la campaña o servicio contratado como consecuencia de la extinción del contrato mercantil que la fundamentaba, y la empresa principal volviera a sacar a concurso otra de características similares o semejantes a la finalizada, la empresa contratista de Contact Center, si fuera distinta a aquella que tuvo adjudicada la anterior campaña o servicio, vendrá obligada a: 1. Incorporar a todo el personal de la plantilla correspondiente a la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla. 2. Contratar a los trabajadores que han de integrar la nueva plantilla conforme a los siguientes criterios...”*⁵⁸.

Los efectos que generan cada una de estas soluciones varían: podemos encontrar así trabajadores con un contrato indefinido, que ven suceder a su empleador, acumulando una antigüedad que se transmite de uno a otro; mientras que otros encadenan contratos temporales con diferentes empleadores, generando y liquidando una pequeña antigüedad con cada uno. En muchos casos se produce una situación irregular, de legalidad más que dudosa, que se sostiene mientras el empleo se mantenga y los empleadores no hagan cambios. En tanto no haya problemas, no hay que entrar a analizar la validez de los cambios de empresa. Esto es sostenible si la administración contratante se preocupa de que las sucesiones se produzcan de forma no traumática, manteniendo las condiciones de la contrata sin grandes cambios. Lo malo es que en un contexto de crisis estos montajes contractuales han sufrido de los recortes impuestos por las administraciones, que han provocado que en cada cambio de contratista se reduzcan las condiciones laborales, el volumen de efectos, o ambos. Esto obliga a la nueva adjudicataria

⁵⁸ La aplicación de este artículo ha generado alguna controversia sobre el alcance del precepto, ya que en una primera fase algunos tribunales consideraron que se trataba de un mecanismo subrogatorio similar al presente en otros convenios, aunque luego se aceptó su verdadera naturaleza, distinta, como un mero compromiso de contratación. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2008, en la que se sostiene que la subrogación *“no se produce por la sucesión entre empresas cuando se trata de la ejecución de campañas, sino que se instrumenta un procedimiento específico, apoyado en tres pilares fundamentales: 1º) la empresa que se hace cargo de la campaña debe incorporar a un proceso de selección a la totalidad de la plantilla de la anterior empresa; 2º) la nueva empresa debe formar su plantilla integrando a un porcentaje concreto de la de la empresa anterior, variable según se ejecute la campaña en plataforma interna o externa, y con la condición de que la antigüedad de los trabajadores en cuestión sea al menos de un año; 3º) la nueva empresa ha de contratar nuevamente a tales empleados observando las exigencias establecidas respecto a salarios, “exclusivamente a los efectos de promoción profesional”, por lo que no se impone en todo caso la subrogación.”* 8653/2005. En resumen, no estamos hablando de una subrogación automática, sino de una simple expectativa, que tiene ciertas consecuencias cuando esta no se produce del modo y forma que la regula la norma convencional (artículo 17 CC “contact center”).

a intervenir, no haciéndose cargo de todos los trabajadores de la anterior, o alterando las condiciones que regían en ésta; en uno y otro caso perjudicando la posición de estos empleados.

Cuando surgen estos problemas se genera otra situación típica en nuestras relaciones laborales, generadora de un gran volumen de litigiosidad, en el que cada una de las partes defiende una posición contraria, similar a la que ya hemos visto: según interese, se defiende que hay o no sucesión de empresa; que hay o no cesión de trabajadores; que ha habido extinción de contratos temporales o despidos improcedentes. El trabajador no tiene más remedio que demandar a una y otra empresa, para acabar incluyendo en las demandas a la administración

En cuanto a la subrogación por cláusulas contractuales, que es la impuesta por la administración a las empresas que quieren contratar con ella la prestación de un servicio o la realización de una obra, a través de los pliegos de condiciones de contratación, se trata de un supuesto típico de cláusulas sociales en los contratos del sector público, que como se ha dicho serán analizados en otro estudio de este número monográfico, al que me remito. Siendo una cuestión hartamente compleja, baste afirmar en esta sede que este tipo de mandatos a los operadores privados es uno de los más frecuentes y menos controvertido de los muchos posibles. Es, de hecho, de los pocos reconocidos expresamente en nuestro Derecho: el artículo 120 del TRLCSP se titula precisamente “Información sobre las condiciones de Subrogación en contratos de trabajo”; y recoge unas reglas para facilitar la puesta en práctica de este efecto:

- el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria; esto se hace con la finalidad para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará hacerse cargo de esta plantilla
- la anterior contratista deberá proporcionar esta información al órgano de contratación, a requerimiento de éste

Estas reglas se aplicarán exclusivamente “*en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales*”, sin prejuzgar la decisión de la administración contratante sobre este particular⁵⁹.

⁵⁹ J. Martínez Fernández, *ibidem*.

El último supuesto de subrogación presente en nuestro Derecho es el que se produce por la llamada “sucesión de plantillas”. Es el resultado de una construcción jurisprudencial, generada también en el ámbito de la contratación pública⁶⁰, según la cual la asunción de una parte significativa de la plantilla, en actividades en las que la mano de obra resulta el factor preponderante, supone una verdadera sucesión de empresas: *“un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción”*⁶¹. Nos encontraríamos en realidad ante un supuesto particular del primero de los tipos indicados, una verdadera sucesión de empresas en la que el efecto sobre los contratos de trabajo se produciría por mandato del artículo 44 ET, y con el alcance fijado por éste⁶².

⁶⁰ El caso más conocido es el de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 1998, asuntos C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo, en los que este órgano entendió que era aplicable la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio, en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior.

⁶¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la ha definido en los siguientes términos: el concepto de entidad que debe transmitirse para que se considere que existe una transmisión de empresas remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio; pues bien, *“dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción”*; sentencia Martínez Vidal, antes citada.

⁶² La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2013 resume su doctrina de la siguiente manera: *“sobre la base de la compleja doctrina sobre la sucesión de empresa resumida en los puntos anteriores se ha construido la teoría denominada de la “sucesión de plantillas”, de acuerdo con la cual se da el supuesto de hecho legal de la sucesión de empresa en los casos de sucesión de contrataciones o concesiones de servicios en que concurren determinadas circunstancias o requisitos. El supuesto particular de sucesión de contrataciones o concesiones con “sucesión de plantillas” se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios (“empresa entrante”) sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades (“empresa saliente”) por cuenta o a favor de un tercero (empresa “principal” o entidad “comitente”); B) la sucesión de contrataciones o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la “empresa saliente”, encargando a la “empresa entrante” servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la “empresa entrante” ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la “empresa saliente”; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la “mano de obra” organizada u organización de trabajo”*.

Si bien se trata de un supuesto que se produce con frecuencia en el ámbito de la externalización de servicios públicos, su potencial como instrumento para reducir la temporalidad es reducido, pues la decisión de contratar a un mayor o menor número de empleados del anterior adjudicatario queda en manos del nuevo (a falta de otras obligaciones convencionales o contractuales). Lógicamente las empresas contratistas conocen esta jurisprudencia y actúan en consecuencia.

5. LAS OTRAS PRECARIZACIONES

A estas alturas del trabajo debe haber quedado claro el efecto precarizador de las políticas de privatización sobre la contratación laboral de las personas empleadas por los prestadores externos. Este efecto no se limita a la generación de empleo temporal, aunque esto sea seguramente el más llamativo, y crítico, sobre todo porque durante décadas ha sido la temporalidad la prioridad de la política laboral española. Lo cierto es que esta forma de organizar la prestación de los servicios públicos produce otros efectos negativos, otras “precarizaciones” en cascada que se suman a ésta, y que conforman unas condiciones de trabajo realmente pobres⁶³. Este efecto se constata en una doble comparación: con los empleados públicos que adscritos a servicios similares no externalizados (o que lo estuvieron antes de que se encargaran a operadores privados); también con los trabajadores del sector privado que desarrollan actividades similares, pero no por cuenta de administraciones públicas. Lo llamativo es que estos empleados pierden cuando se comparan con unos y otros, conformando como se ha dicho un tercer sector laboral cuyos empleos son de menor calidad⁶⁴.

⁶³ Denuncia Hernández Calvo que “la externalización de los servicios públicos como generadora de precariedad laboral y de aumento de la subcontratación” y que “el proceso de externalización se concreta en una progresiva sustitución de empleo público, cualificado y bien remunerado; por un empleo precario, desarrollado en peores condiciones, con una cualificación requerida sensiblemente menor y con peores salarios”. Apud M. Hernández Calvo, “La precariedad laboral de los Servicios Públicos” en AA.VV., “4º Congreso de Trabajadores Sociales. Los derechos en el Siglo XXI”, Septiembre 2007, accesible en <http://www.accionculturalcristiana.org/html/revista/r72/72prec.pdf>

⁶⁴ Baylos Grau dibuja un escenario muy negativo: “es además un dato evidente el incremento de la siniestralidad laboral en los trabajadores que prestan sus servicios en contratas respecto de las tasas de siniestralidad de quienes lo hacen para la empresa principal, la salud laboral está más amenazada desde la precariedad y los bajos salarios. En esa situación influye asimismo la pérdida de cobertura de la negociación colectiva, bien por el desplazamiento de los trabajadores a un convenio que tiene menos intensidad en la protección que el convenio aplicable en la empresa de origen cuyo servicio se externaliza, bien sencillamente porque la externalización implica que no haya convenio aplicable. Naturalmente estos desplazamientos suponen asimismo la debilitación de las estructuras representativas y en muchos casos de la propia presencia sindical”, en op. cit supra.

Es interesante señalar esto en un momento histórico, el de la gestión de los cambios producidos por la crisis financiera mundial, en el que el debate laboral no se limita a desempleo y temporalidad sino que otros aspectos del mercado de trabajo están generando igual o mayor preocupación: la devaluación salarial; la pérdida de cobertura negocial; el debilitamiento de la negociación colectiva; el empeoramiento de las condiciones de trabajo; las jornadas laborales abusivas, y el fraude en éstas... Nos movemos en un nicho del mercado de trabajo donde estos fenómenos se vienen produciendo desde hace tiempo, pionero de la devaluación salarial y la precarización total, lo que nos proporciona la posibilidad de valorar las medidas puestas en práctica en éste para procurar atajarlas.

Una primera precarización es la del empleador que contrata a estas personas. La decisión de externalizar en lugar de prestar directamente el servicio tiene un efecto inmediato: el cambio de empleador, que pasa de ser uno público a otro privado. Sujeto privado que, además, es uno especializado en esta actividad y en la contratación del sector público; de diferentes dimensiones y con otra filosofía de gestión. Va a ser, normalmente, un peor empleador desde la perspectiva de sus trabajadores. Esto genera, a su vez, diversos efectos negativos para éstos.

Una consecuencia es la pérdida del convenio colectivo aplicable al servicio, de haberse prestado éste directamente. Las condiciones laborales que aplicará a sus empleados serán las propias de su sector, por lo general peores de las previstas en el convenio de la administración para la que se trabaja. Cuando no dispone la empresa de su propio convenio, que puede ser utilizado como un factor de competitividad si recoge condiciones peores que las aplicables a las empresas competidoras; fenómeno éste potenciado por la reforma laboral de 2012 y su promoción decidida por la negociación de empresa. Todo esto teniendo en cuenta que el empleador privado tiene un claro incentivo para reducir las condiciones económicas en la medida de lo posible, como mecanismo para incrementar su competitividad en los concursos públicos; incentivo que en principio falta en el empleador público, o que al menos se encuentra más diluido. En estos sectores, en los que el mercado opera sobre todo a través de concursos públicos, el dumping social es una realidad, favorecida tanto por la legislación de contratación pública como por el Derecho del Trabajo reformado.

No es sólo esto: trabajar para prestadores externos de servicios puede generar la disolución del empleador propia de algunas formas extremas de descentralización productiva. Al estar asignados a contratos concretos, muchas veces en las instalaciones de la Administración contratante, la plantilla de la entidad empleadora se fragmenta artificialmente; se genera una situación de separación y aislamiento de estos empleados respecto del resto personas que

trabajan en éstas, que forman parte de su plantilla; se complica el ejercicio de los poderes empresariales y se diluyen las responsabilidades laborales. Se llega en muchos casos a la cesión de trabajadores, dándose lugar a toda una fuente de problemas para los trabajadores y la Administración.

La cesión de trabajadores en el sector público es una realidad⁶⁵, y los tribunales laborales consideran que el carácter público de la entidad contratista-cesionaria no supone una mayor especialidad en la aplicación del artículo 43 ET que el hecho de generar la figura del “indefinido no fijo”⁶⁶. Tan frecuente es esta declaración, y tan alto el riesgo de que se produzca en supuestos de externalización de actividades, que se ha generalizado la utilización en el sector público de “protocolos anticesión”, ya conocidos en el privado. Así, la Disposición adicional primera de Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, lleva por título el de “Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración”, y establece la obligación de las entidades del sector público de dictar en sus respectivos ámbitos de competencia instrucciones para evitar la declaración de cesión de trabajadores cuando contraten servicios externos⁶⁷.

⁶⁵ Entre otras muchas, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, de 11 de noviembre de 2003 y de 27 de enero de 2011. Sobre esta figura me remito a los trabajos de A. M. Moreno Márquez, “Cesión de trabajadores entre Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, Vol. 4, Nº 10 (feb), 2012, pg. 107; y A. V. Sempere Navarro, “Cesión de trabajadores a Administraciones Públicas”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, Nº 7, 2003, pg. 77.

⁶⁶ Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que llegan a esta conclusión; entre otras muchas, la de 23 de abril de 2009, en la que se afirma que “*en los casos de cesión ilegal donde aparece implicada una Administración Pública (o una empresa pública sujeta al régimen de contratación laboral propio de las Administraciones Públicas) la declaración judicial que corresponde en aplicación del art. 43.4 ET es que el trabajador está vinculado a la entidad empleadora por contrato indefinido y no la de trabajador fijo*”.

⁶⁷ Esta Disposición adicional primera de Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, lleva por título el de “Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración”, y establece que “*los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar ac-*

Estos protocolos especiales inciden en los aspectos más negativos de este empleo: mayor separación de los trabajadores públicos; utilización de medios productivos distintos; organizaciones ficticias... Lo más grave es que el trabajador pierde a su empleador real, al verdadero receptor de sus servicios y organizador de su prestación, que es la Administración. La externalización siempre tiene el riesgo de operar como una simple interposición en el contrato de trabajo.

A este supuesto de pérdida de empleador real hay que añadir otra situación común en estos ámbitos, el de la creación de uniones temporales de empresas para obtener y desarrollar el concurso⁶⁸. El régimen jurídico de las UTEs en nuestro Derecho es, como es sabido, bastante escueto y deficiente, conteniéndose todavía en su mayor parte en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, que ha sido modificada en reiteradas ocasiones. A efectos laborales los aspectos más relevantes de esta regulación son la capacidad de la UTE de actuar como empleadora, a pesar de su falta de personalidad jurídica⁶⁹; la responsabilidad solidaria entre las empresas participantes respecto de los actos y operaciones realizados en beneficio del común⁷⁰; y, sobre todo, su carácter temporal, que tiene consecuencias desde el punto de vista de la contratación laboral por ésta. Cuando se opta por este modelo la condición de los trabajadores se complica pues pueden ser empleados directamente por una entidad mucho más precaria, cuya provisionalidad está inserta en su código genético.

tuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral. En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias". Un estudio completo de esta disposición en X. Boltaina Bosch, "Contratación y subcontratación administrativa en el sector público local y legislación laboral: la disposición adicional 1ª del R.D.-Ley 20/2012 y su imprescindible desarrollo normativo", *La Administración Práctica*, nº 3/2014.

⁶⁸ Sobre las consecuencias laborales del modelo de UTE, entre otros, véanse los trabajos de J.A. Soler Arrebola, "Aspectos laborales de las uniones temporales de empresas en el contexto de las redes de empresas", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº178, 2015, pg.139; y F. J. Pozo Moreira, "Determinación de la responsabilidad administrativa-laboral de las Uniones Temporales de Empresas (UTE) por infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales", *Actualidad laboral*, nº 8, 2004, pg.928.

⁶⁹ Según el art.7.2 Ley 18/1982, "*la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia*".

⁷⁰ Así lo dispone el artículo 8 de la Ley 18/1982, que señala como uno de los requisitos para constituir una UTE "*la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros*".

El hecho de que la gestión privada se decida por consideraciones económicas produce otra precarización, la de las condiciones de trabajo de este personal, especialmente en aspectos salariales, pero también en jornada, carga de trabajo y en general la forma en que se desarrolla la actividad⁷¹. Esta pérdida de calidad en el desarrollo del trabajo tiene consecuencias, como el incremento de la siniestralidad tanto por la mayor carga de trabajo como por la menor inversión en prevención de riesgos laborales⁷². El impacto de los riesgos psicosociales es mayor, al haber cargas de trabajo mayores, más presión por parte de la empresa y un interés exclusivo de ésta en lograr sus objetivos al menor coste posible.

Otro elemento de precarización es la desestabilización del empleo. Es cierto que en muchos casos el empleo que se genera es temporal; pero es que incluso cuando se produce uno de carácter permanente éste queda sometido a una amenaza constante de despido⁷³. La terminación del encargo por parte de la Administración Pública se convierte para la empresa prestadora del servicio en una causa de despido objetivo⁷⁴; una causa de algún modo artificial, ya que el servicio continuará siendo prestado, aunque por otro sujeto empresarial. Al final mediante la externalización se introduce una nueva causa artificial tanto para justificar la temporalidad del contrato como para causar su terminación⁷⁵.

Con este panorama, una precarización adicional afecta a la carrera profesional de estos trabajadores, que será eminentemente irregular y discontinua, encadenando contratos temporales sucesivos o cambiando de empleador continuamente. Esto impide generar en muchos casos una mínima antigüedad en el puesto de trabajo, y hace imposible la promoción profesional. Permanecerán

⁷¹ Según Más Sabaté, *“los factores que impulsan a la externalización de servicios públicos son a menudo de índole económica, de búsqueda de una reducción de costes a corto plazo, como respuesta a un entorno crecientemente inestable. Esto induce procesos de externalización de tipo competitivo que, a su vez, generan más inestabilidad del entorno, con lo que se cierra un bucle marcadamente negativo, del que los beneficiarios son una minoría”*. Más Sabaté, op.cit., pg.5.

⁷² Baylos Grau, *ibídem*.

⁷³ En relación con este efecto, y las posibilidades de restringirlo, J. De Val Arnal, “Los pliegos de cláusulas administrativas en la contratación Pública como fuente de regulación de condiciones de trabajo y barrera en las extinciones de personal en la Administración Pública por causa de la externalización del servicio”, *IUSLABOR*, 2014.

⁷⁴ Montoya Medina, *ibídem*.

⁷⁵ Sanguinetti, *“lo anterior supone que mediante la privatización de un servicio público, no sujeta en principio más que a la decisión de la autoridad encargada de su prestación, es posible transformar puestos originalmente permanentes en temporales. Y también justificar su desaparición por causas ajenas al desenvolvimiento de las actividades a que satisfacen”*; “Privatización de la gestión...”, op. cit., pg.7.

continuamente en los puestos de entrada de las plantillas sin poder avanzar en los escalafones de éstas, sin crecimiento económico ni ascensos funcionales.

Una precarización distinta tiene que ver con las condiciones de acceso a estos puestos de trabajo, que no serán muy buenos pero siguen siendo deseables en un país de altísimo desempleo. La conversión de empleo público en privado que se produce tiene como efecto desactivar los mecanismos de acceso típicos de aquél, basados en la transparencia y la igualdad de oportunidades entre todos los candidatos⁷⁶. Empleadores privados contratan según los estándares de este sector, por más que estén prestando servicios públicos. Aunque existen mecanismos y prácticas para impedir este efecto, obligando a las empresas adjudicatarias a seguir determinados procedimientos cuando conforman sus plantillas, en una mayoría de los casos los ciudadanos pierden oportunidades de empleo según los principios de mérito y capacidad cuando los servicios se privatizan.

Existe, finalmente, una precarización adicional que afecta a la representación colectiva de este personal. La privatización supone que los empleados que van a desarrollar la actividad quedan excluidos del ámbito de representación de los órganos constituidos en la administración. Además, formando parte de equipos de trabajo adscritos a contratos públicos concretos; aislados del resto de la plantilla, de la de la administración y de la de la propia empleadora; en continua rotación; empleados por empresas de menores dimensiones, muy dispersas y sin centros de trabajo relevantes, las posibilidades de que sean efectivamente representados mediante algunos de estos órganos en la empresa adjudicataria son mucho menores. Esto debilita enormemente su posición, dejándolos sin medios para combatir las diversas precarizaciones antes enumeradas.

6. CONCLUSIONES

Una serie de procesos diferentes, desde la privatización hasta la colaboración-pública privada pasando por el *new public management*, se han impuesto en nuestras administraciones públicas como consecuencia de varios factores, en un contexto de deslegitimación de lo público. La tendencia hacia la privatización y la gestión externa ha parecido imparable durante décadas, y han llevado a que un porcentaje amplio de los servicios públicos esté en la actualidad gestionados

⁷⁶ Denuncia este efecto S. Rodríguez Escanciano, en su trabajo “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”, en AA.VV., “*I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*”, 2012, accesible en <https://iconline.ipleiria.pt/handle/10400.8/778>

por operadores privados, como propietarios o como adjudicatarios a través de diversas figuras contractuales.

Este proceso ha tenido efectos evidentes en muchos ámbitos, entre los que se encuentra el de las plantillas de estos servicios y actividades. Los trabajadores empleados por gestores privados han experimentado notables consecuencias en su vida profesional, en prácticamente todos los aspectos de ésta.

El efecto más llamativo ha sido el de la temporalidad del empleo en los sectores de gestión privada. La combinación de algunas reglas laborales y administrativas ha tenido como efecto imponer en este sector unas pautas de comportamiento basadas en la contratación de duración determinada, por extensión a éste de una serie de construcciones jurisprudenciales elaboradas previamente para los supuestos de subcontratación en el sector privado. Esto, unido a la tendencia a la utilización excesiva de estas mismas figuras contractuales cuando es la administración la que contrata, ha llevado a generar un verdadero problema de temporalidad laboral en el sector público, contribuyendo éste de manera decisiva a los problemas del mercado de trabajo español.

Tan sólo los mecanismos de subrogación contractual, especialmente los impuestos por normas colectivas o por las propias administraciones en sus condiciones de contratación, parecen haber tenido efectividad para limitar este proceso. Aunque por sí mismos no pueden generar unas pautas generalizadas de empleo de calidad en este sector.

Junto a la temporalidad la experiencia española ha demostrado que la gestión pública afecta al empleo en los servicios públicos de diversas maneras, por lo general reduciendo la calidad de éste: inferiores condiciones económicas y de trabajo; peores carreras profesionales; debilidad sindical; dilución del empleador; mayores riesgos laborales... Se dibuja así un sector del mercado de trabajo, a caballo entre el empleo público y el privado (aunque integrado jurídicamente en éste), con condiciones económicas y profesionales bastante deficientes por lo general.

Este fenómeno de precarización multidimensional tiene un particular interés en estos momentos por al menos dos motivos: el primero, que por primera vez en mucho tiempo se está planteando la oportunidad de esta tendencia, una vez se ha dispuesto de un margen temporal para valorar la experiencia y se han podido comprobar los costes sociales asociados; entre éstos, los asumidos por los trabajadores empleados en este sector, que han sido muchos. Y el segundo, que afrontamos un proceso de pérdida generalizada de calidad en el empleo

en todos los sectores del mercado de trabajo, tanto públicos como privados, como consecuencia de la crisis económica y de las políticas surgidas durante su desarrollo. Conocer la experiencia profesional de estas personas, de alguna manera adelantadas a lo están siendo las relaciones laborales del siglo XXI, resulta muy útil si se quieren buscar respuestas adecuadas.

Como respuesta a estos procesos de pérdida de calidad se han propuesto varias alternativas, que incluyen los llamados “enfoques neopúblicos”⁷⁷, una nueva manera de entender las relaciones con los operadores privados, o la integración de consideraciones sociales en la contratación pública, asumiendo como un elemento natural en la toma de decisiones de la administración la calidad en el empleo que genere el gestor privado.

Estas modificaciones exigen cambios culturales y organizativos en las administraciones públicas, pero seguramente también un nuevo marco normativo, tanto en lo estrictamente laboral como en la regulación de los contratos del sector público. Cambios que se presentan harto difíciles en un contexto de Derecho del Trabajo ultraflexible y dentro de un proceso de integración europea claramente sesgado hacia ciertas visiones liberales de la economía, que se proyectan especialmente en el funcionamiento de las administraciones públicas. Las herramientas con que se imponen esta visión son múltiples y poderosas, desde la armonización del *public procurement* hasta la gobernanza económica de la Unión, pasando por las presiones deudocráticas y los consensos asumidos. En nuestro campo tampoco el panorama del reformismo laboral augura nada nuevo respecto de medidas dirigidas a mejorar la calidad en el empleo en sus diferentes dimensiones.

Las reformas son, por lo tanto, difíciles; pero no dejan por ello de ser imprescindibles e inaplazables. Citando una vez más a Sanguinetti, “*el resultado de dicha intervención debería ser, como salta a la vista, la consecución de un equilibrio entre la flexibilidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos que se busca conseguir a través de este mecanismo y la tutela de la posición de los trabajadores implicados*”⁷⁸. Por el momento es claro que este objetivo no se ha logrado todavía.

⁷⁷ Como señala, J. Mas Sabaté, “*ni que decir tiene que el enfoque neopúblico incluye entre sus criterios de análisis los efectos que puede tener la Administración Pública sobre su entorno y prima unas relaciones estables y de calidad, por encima de las meramente económicas. Considera que la Administración Pública no puede externalizar de cualquier manera, ha de ser más respetuosa si cabe con las normas que ella misma establece para el resto de la sociedad y ha de tener en cuenta que está prestando sus servicios a algo más que a un cliente: a un ciudadano*”; *ibidem*.

⁷⁸ Sanguinetti, op.cit. supra, pg.7.

CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y ESTÁNDARES LABORALES. ESPECIAL REFERENCIA A SEGURIDAD Y SALUD LABORAL Y A CONCILIACIÓN FAMILIAR

SOFÍA OLARTE ENCABO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: Calidad, servicios públicos, seguridad y salud, conciliación vida laboral y familiar

Este trabajo analiza, en el actual contexto político y económico conceptos clásicos (estándares laborales, trabajo precario, servicio público, empleo público) en relación con la calidad de éstos últimos. Entre los complejos y diversos dilemas en el ámbito de lo público, en su dialéctica con lo privado y como condición de su legitimación en una sociedad democrática, el sentido y la extensión de los servicios públicos se sustenta hoy más que nunca sobre el principio de calidad y eficiencia. El concepto de calidad, su gestión y evaluación son objeto de especial atención y desarrollo en el ámbito del Derecho Público y Ciencias de la Administración. A través de estas páginas pretendemos aportar algunos elementos de reflexión sobre dichos aspectos de la calidad de los servicios, lo que desde la tesis aquí defendida, requiere apostar por el empleo de calidad y la resistencia de sus elementos configuradores aun en un contexto de crisis y ajustes presupuestarios. Estos planteamientos se proyectan sobre dos aspectos concretos: la conciliación y la prevención de los riesgos laborales.

ABSTRACT

Key words: Quality, public services, safety and health

This paper analyzes, in the current political and economic context classical concepts (labour standards, precarious work, public service, public employment) in relation to the quality of the latter. Between the complex and different dilemmas in the field of public sector, in its dialectic with the private and as a condition of its legitimacy in a democratic society, the sense and the extension of public services supported more than ever on the principle of quality and efficiency. The concept of quality, management, and evaluation are subject of special care and development in the field of public law and Management Sciences. Through these pages we intend to provide some elements for reflection on these aspects of the quality of services, since the thesis here defended, requiring bet on quality employment and the strength of its configurators elements even in a context of crisis and budgetary adjustments. These approaches are projected on two specific aspects: conciliation and prevention of occupational risks.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA CALIDAD DEL EMPLEO EN EL SECTOR PÚBLICO
3. TENDENCIAS EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LA CALIDAD, SUS INDICADORES Y MODELOS DE EVALUACIÓN
4. EL DETERIORO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO DURANTE LA CRISIS
5. ALUSIÓN A LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS:
 - 5.1. La incidencia de la crisis sobre los derechos de conciliación
 - 5.2. Seguridad y salud laboral en el sector público

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter previo al análisis de la calidad de los servicios públicos y su relación con los estándares laborales, es preciso hacer una aproximación preliminar a una serie de presupuestos en los que vamos a sustentar las reflexiones que aporta este trabajo.

El debate teórico (político, económico y jurídico) en torno a los servicios públicos remite a la más profunda cuestión del modelo de Estado, su función y financiación; o, en otros términos, a las insuficiencias del Estado liberal y las dificultades de supervivencia del Estado del Bienestar. Una temática que excede sin duda de la más concreta analizada aquí, las relaciones entre calidad de los servicios públicos y estándares laborales y calidad del empleo; no obstante, un adecuado tratamiento de ésta requiere hacer referencia a las grandes líneas –y dilemas– de política jurídica sobre los servicios públicos al abordar la cuestión fundamental de cual haya de ser el alcance y el modo de gestión de los servicios públicos. La razón es obvia: un análisis de calidad de los servicios públicos que no tenga en cuenta los cambios profundos que se están produciendo desde un punto de vista finalista y técnico o instrumental en este ámbito del Derecho, estaría abocado a la “miopía” analítica. Por tanto, calidad de los servicios y calidad de los empleos del sector público se analizarán en el más amplio contexto de la redefinición de los servicios públicos.

Además de la “contextualización”, y para acotar adecuadamente el tema objeto de análisis, se ha de partir de un concepto de servicio público que resulte útil en el marco de este trabajo. La doctrina administrativa ha aportado numerosas definiciones¹, entre las que nos interesa destacar, más que las que se centran

¹ Por tener en cuenta las más autorizadas, Garrido Falla, recogiendo el concepto tradicional de Jordana de Pozas señala que el servicio público es la “actividad de prestación (de bienes materiales o inmateriales) con o sin monopolio y en régimen de Derecho Público o de Derecho Privado”.

en el régimen jurídico aplicable –de Derecho Público o de Derecho Privado- las que atienden a su finalidad. Desde este punto de vista, un servicio público es una actividad de prestación de servicios que, bajo responsabilidad de una Administración Pública, es prestada de forma continua y universal para satisfacer necesidades esenciales de una colectividad social, todas ellas relacionadas con derechos fundamentales de la persona. Es una “actividad”, mientras que la gestión económica se refiere a la generación de bienes para el mercado. Generalmente, se excluyen del concepto de servicio público las actividades que lleven aparejadas el ejercicio de autoridad, ya que estas se consideran funciones públicas. En definitiva, el servicio público es la actividad desarrollada a instancia de los poderes públicos para proporcionar a los ciudadanos bienes o atender a necesidades sociales de primera necesidad (educación, salud pública, transportes, suministro de agua, gas, electricidad, telecomunicaciones, correos y telégrafos...) e inherentes a la ciudadanía social.

La noción de servicio público se vincula a la garantía de la responsabilidad de los poderes públicos en el mantenimiento y continuidad del servicio -así se manifiesta legalmente, por ejemplo, en la sanidad o la educación- y con la universalidad y gratuidad de su prestación. Por ello los servicios públicos son prestaciones de carácter indispensable (derecho subjetivo a la prestación del servicio), continuo, regular y uniforme. Por continuidad hay que entender la imposibilidad de interrupción salvo causa justificada debidamente apreciada por la Administración responsable del servicio. La universalidad se traduce desde el punto de vista del administrado en la igualdad en el acceso de todos a la utilización del servicio en idénticas condiciones y sin discriminación alguna respecto de otros ciudadanos. El Estado Social y los principios de solidaridad, igualdad de oportunidades, cohesión social y corrección de desequilibrios territoriales exigen que los servicios esenciales sean accesibles y asequibles para toda la ciudadanía. La privación de algunos de estos servicios esenciales para un sector de la población no solo resulta discriminatoria sino que atenta contra la dignidad -el libre desarrollo de la personalidad- y la ciudadanía social.

La complejidad de las sociedades actuales no cesa de plantear desafíos y dificultades a los servicios públicos. A riesgo de simplificar podríamos decir que los puntos críticos y dilemas son básicamente los siguientes: 1º) prestación directa

Villar Palasí, García de Enterría y García Trevijano, señalan que el servicio público es la “actividad de prestación de bienes inmateriales (o servicios) con monopolio (exclusividad regalística) y con régimen de derecho público”, diferenciándolo de la gestión económica (o actividad industrial o dación de bienes de mercado), que la caracterizan como “actividad de prestación de bienes materiales, en concurrencia y en régimen de Derecho Privado”.

versus privatización, 2ª)-centralización versus descentralización y 3ª) calidad –en términos de eficiencia- versus desmantelamiento. De los tres núcleos del debate en torno a los servicios públicos, nos vamos a centrar en el de la calidad; no obstante, en la medida en que los otros dos –privatización y descentralización– también son variables a considerar al analizar la calidad –es decir, hay una interconexión–, es evidente que también aludiremos a éstos². Debiendo advertir que, en muchas ocasiones, se enmascaran opciones ideológicas con el pretexto de la calidad en la prestación de los servicios públicos y es por ello por lo que, evidenciando una toma de postura previa, se ha de señalar que, al menos en lo que se refiere al debate sobre la privatización, considero que ésta no es una condición necesaria ni un criterio de evaluación de la calidad, tal y como se expone más adelante. Y, dado que vamos a relacionar la problemática de la calidad de los servicios públicos con los estándares laborales, es imprescindible traer a colación el cuerpo normativo más relevante en relación con este concepto, que se debe, sin duda a la OIT. En 1999, la OIT introdujo el concepto de “trabajo decente” que expresa el amplio objetivo de que hombres y mujeres tengan oportunidades para un empleo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad. La oportunidad de trabajo productivo se refiere al derecho de las personas de encontrar un empleo que sea productivo a cambio de un ingreso justo que garantice que éstas y sus familias gocen de una calidad de vida decente. El trabajo en condiciones de libertad garantiza que las personas escojan libremente su trabajo y que la participación en actividades sindicales sea un derecho inalienable. Trabajo en condiciones de equidad se refiere al hecho que los trabajadores deben ser tratados en forma justa y equitativa, sin discriminación, de modo que puedan conciliar tanto sus responsabilidades laborales como familiares. Trabajo en

² Para profundizar en los puntos críticos sobre el papel y dimensión del sector público, vid. Germá Bel.: “El dilema entre lo público y privado en la gestión de los servicios públicos”, en VV.AA., *La colaboración público-privada y la creación de valor público*, Diputación Provincial de Barcelona, 2009. Gómez Ferrer Morant, R.: “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al profesor D. Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991 Lazo Vitoria, X.: “El futuro del mercado concesional en Europa”. Revista CEF LEGAL CEF, 154. 2013; Martínez Marín, A. (1990).: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid: Editorial Tecnos, 1990; Merino Estrada V. y Rivero Ortega R. : *Gestionar mejor, gastar menos. Una guía para la sostenibilidad municipal*. Granada: editorial CEMCI.; Ramió, C. “Teoría y práctica del fenómeno de la externalización”, en VV.AA., *La colaboración público-privada y la creación de valor público*. Barcelona, 2009; Suárez Rincón, V.A.: “Suficiencia versus eficiencia económica de las entidades locales”. Auditoría Pública, 52, 79-88, 2010; Sendín García. M.A. : “Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos”. Granada: Editorial Comares, 2003. Sosa Wagner, F.: *Manual de Derecho Local*. Madrid: Thomson Aranzadi., 2011; y Soto Rioja. S., *La reestructuración del empleo en el sector público. La difícil armonización de los postulados del Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo y los imperativos de naturaleza económica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2012, en especial, pp. 47-58.

condiciones de seguridad significa que todos los trabajadores deben trabajar en condiciones bajo las cuales su seguridad y salud estén protegidas y que tengan acceso a pensiones y a una protección social apropiada. Finalmente, el trabajo en condiciones de dignidad requiere que todos los trabajadores sean tratados con respeto y que se les permita participar en decisiones acerca de sus condiciones laborales.

En 2009, la Junta de Jefes Ejecutivos del Sistema de las Naciones Unidas adoptó la Iniciativa del Piso de Protección Social (PPS). La Iniciativa del PPS reconoce la importancia estratégica de la protección social universal y constituye una de las nueve iniciativas globales puestas en marcha en respuesta a la crisis económica y financiera. Más allá de los sistemas de protección social, el denominado “Piso de Protección Social” surgió de la convicción de que garantizar el acceso a los servicios esenciales y las transferencias sociales para todos, particularmente para las poblaciones más pobres y vulnerables, es tanto posible como indispensable. Es decir, constituye una reivindicación y defensa de servicios públicos esenciales y universales. En efecto, la iniciativa promueve un enfoque integral –o amplio– de la protección social que, entre otras cuestiones, incluye garantizar el suministro de un nivel mínimo de bienes y servicios esenciales, tales como salud, agua y saneamiento, educación y vivienda. La Iniciativa del Piso de Protección Social (I-PPS) destaca la necesidad de garantizar transferencias y servicios durante el ciclo de vida. Ciertamente, la iniciativa del PPS es flexible, dado que, en realidad, no establece niveles universales mínimos para tales servicios, dejando a cada Estado decidir lo que es factible, así como definir los servicios esenciales que brindará dentro de sus fronteras, no obstante, las estrategias nacionales deben aspirar a alcanzar una cobertura universal alcanzando al menos los niveles mínimos de protección derivados de los estándares y convenios de la OIT.

La invocación de los estándares mínimos laborales comporta la lucha contra el trabajo precario porque hasta cierto punto el concepto de trabajo precario se contrapone al de trabajo decente y respetuoso de los estándares laborales. Por ello, y para definir éstos es importante hacer una aproximación conceptual a lo que se considera trabajo precario, aunque no es una noción plenamente pacífica, es más se considera un término ambiguo e impreciso, además de que se emplea en sentido diferente en cada contexto nacional, en función de su marco jurídico, estructura económica y social, el sistema político y los mercados laborales. En muchas ocasiones se emplean, como sinónimos, otros términos como el de trabajo “no estándar” o trabajo “atípico”, pero bajo todas estas denominaciones más o menos eufemísticas, se trata de rebajas en los derechos y condiciones de trabajo respecto de los mínimos exigidos, en algunos casos, llevadas a cabo de

forma abiertamente contraria al marco legal, en otros, amparándose en un marco legal permisivo.- En definitiva, el trabajo precario se desarrolla tanto en el ámbito de la economía formal como de la informal y se caracteriza por particularidades objetivas (situación legal) y subjetivas (sensación) de incertidumbre e inseguridad. El trabajo precario se opone al trabajo decente y al trabajo de calidad y cuando se emplea se alude a la inseguridad y la incertidumbre referidas a la duración del empleo y sus condiciones, a la presencia de varios posibles empleadores (relaciones triangulares), a relaciones de trabajo encubiertas o trabajo no declarado, a la imposibilidad de gozar de la protección social y los beneficios que por lo general se asocian con el empleo, se vincula con un salario bajo y obstáculos considerables para la afiliación y acción sindical³.

Existen cuatro dimensiones a la hora de determinar si un empleo es de naturaleza precaria, según la OIT: 1. el nivel de certeza sobre la continuidad del empleo; 2. el nivel de supervisión en el proceso laboral, que está vinculado a la presencia o la ausencia de sindicatos, así como al control de las condiciones laborales, los salarios y el ritmo de trabajo; 3. el nivel de protección reglamentaria, y 4. el nivel de ingresos. No obstante, existe una gran variedad de las situaciones precarias, razón por la que, si se pretende una definición general, es preciso dar un concepto amplio o flexible en el que tengan cabida las distintas formas de trabajo precario, aunque ello comporta el riesgo de que el concepto quede diluido y no sea útil para su identificación. Es por ello por lo que los agentes sociales –los sindicatos– suelen identificar la precariedad con aspectos concretos de la misma, y, estratégicamente, defienden la calidad de los empleos centrándose en características muy concretas que se centran en la seguridad en el empleo –estabilidad– y la contratación directa –frente a la triangular–, en vez de considerar o referirse a todas las formas de empleo están sujetas a diferentes grados de precariedad.

Dada la amplitud de posibilidades a la hora de definir el significado de “trabajo precario”⁴, ACTRAV ha determinado los elementos más claros de precariedad laboral en los siguientes términos: limitada duración del contrato, naturaleza de la relación de trabajo (relaciones de trabajo triangulares y encubiertas, falso autónomo, contratos de agencias o subcontratistas), condiciones precarias (salario bajo, escasa protección frente al despido, falta de acceso a la protección social y a los beneficios que se suelen asociar con un empleo estándar de tiempo completo) y posibilidad limitada o nula de los trabajadores de ejercer sus derechos en su

³ Cfr., en este sentido y más ampliamente, ACTRAV-OIT, *Del trabajo precario al trabajo decente*, Ginebra 2012.

⁴ Vid. el documento de Actrav (Oficina para Actividades de los Trabajadores de la OIT), *Del trabajo precario al trabajo decente*, en <http://www.ciett.or>

trabajo. Pero, pese a los esfuerzos de acotación, no hay una definición oficial acordada de lo que constituye el empleo precario ni siquiera en el seno de la OIT, lo que dificulta las labores de clasificación y recopilación de las estadísticas laborales e impide contar con datos fiables. No obstante, hay unanimidad en señalar que, en líneas generales, si bien la inseguridad económica ha sido y sigue siendo una característica dominante de las economías predominantemente informales, el fenómeno de la inseguridad en el empleo ahora ha llegado al interior de los países industrializados con la propagación de las formas temporales de empleo y la consagración de mercados de trabajo duales. Junto a ello, las agencias de trabajo temporal y los subcontratistas introducen un elemento intermediario importante y preocupante en la relación con el empleo estándar. Y, aunque las ETTS representan una porción muy pequeña de la población activa en la mayoría de los países su porcentaje no deja de crecer⁵, incluso en el sector público.

Coherentemente con lo anterior, en general, se vincula precariedad con temporalidad, al considerar que los contratos temporales comportan salarios más bajos y exclusión de determinados beneficios de la empresa, en la medida en que éstos y otros derechos profesionales se incrementan con el transcurso del tiempo y están directamente vinculados con la duración y la situación de la relación de trabajo. La temporalidad impide al trabajador planificar su futuro, máxime si no cuenta con la seguridad de determinadas formas de protección social. Pero, junto a la temporalidad, la generalización de las distintas formas de descentralización productiva, además de la irrupción de las empresas de trabajo temporal, generalizando la relación laboral triangular, han contribuido a la aparición de una nueva fuente de inseguridad y precariedad relacionada con la confusa identidad del empleador responsable. De este modo, el trabajo precario no solo se asocia al trabajo temporal sino también al trabajo prestado para contratistas, subcontratistas o empresas de trabajo temporal y puede darse aun dentro del marco de las normas mínimas laborales vigentes. En relación con el empleo en el sector público, es interesante traer a colación la definición de la Internacional de Servicios Públicos (ISP) según la que el “trabajo precario se caracteriza por la incertidumbre y la inseguridad, se contrata por medio de agencias de empleos ocasionales o temporales, con contratos de trabajo eventual, de tiempo parcial o estacional, o para falsos autónomos y con una relación empleador-empleado poco clara o que no es directa”. Es decir, que en el sector público, la irrupción de formas de contratación triangular relacionadas con la externalización y la privatización de los servicios públicos se perciben como principal causa de la precariedad laboral.

⁵ Vid CIETT: *The Agency Work Industry around the World*, Bruselas, 2011.

Partiendo de estas consideraciones podemos concluir que, aun dentro del ámbito de trabajo prestado en condiciones ajustadas al marco legal o normativo, existe precariedad cuando el mismo se desarrolla por debajo de unos mínimos de estabilidad, certeza, seguridad económica y jurídica y con bajos niveles salariales y de protección social. Y por tanto, la calidad de los empleos es inversamente proporcional al incremento de la temporalidad, el trabajo a tiempo parcial y las relaciones laborales triangulares. En la medida en que, a través de técnicas jurídicas diversas, los servicios públicos son prestados cada vez más por trabajadores en estas condiciones –temporalidad, parcialidad, contratas y subcontratas y empresas de trabajo temporal- es claro que la calidad de los empleos públicos se deteriora tanto si se trata de personal laboral contratado directamente por una administración, como si es personal contratado por entes o empresas que operan en el ámbito de los servicios públicos. El hecho de que el empleo público se esté precarizando, se justificaría en razones económicas –ahorro de costes en el sector público-y competencia con el sector privado, pero, en ningún caso en la defensa de la calidad de los servicios públicos. La realidad de la progresiva precarización de empleos del sector público no solo es más criticable que la acontecida en el sector privado, sino que choca con su propia esencia, ya que, por definición, el empleo en el sector público se ha definido por las notas de estabilidad, seguridad y certidumbre, que garantizan una adecuada realización del fin público.

2. LAS COMPLEJAS RELACIONES ENTRE CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y LA CALIDAD DEL EMPLEO EN EL SECTOR PÚBLICO

En este trabajo, vamos a tratar de fundamentar, a continuación, la relevancia de la calidad del empleo en el sector público como condición imprescindible de la calidad de los servicios públicos. Y, yendo más allá en esta proposición, trataremos de demostrar que el deterioro de la calidad de los servicios públicos se explica, en parte, por el deterioro de las condiciones de trabajo y empleo en el sector público; y, aunque es evidente que el problema es más complejo, la precariedad de condiciones de trabajo o –en sentido contrario- el empleo de calidad es un factor de gran relevancia en la calidad de los servicios públicos.

La pérdida de calidad en los empleos es una realidad que ha constatado la OIT a nivel mundial y específicamente en Europa según se desprende de su Informe *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo, 2015* en el que se advierte un deterioro generalizado de la calidad del empleo en esta región a partir de la crisis financiera de 2008. La rebaja en Europa de sus tradicionales estándares de empleo de calidad se refleja en el descenso de los niveles salariales

y la mayor desigualdad salarial, el incremento de las tasas de pobreza y de formas atípicas de empleo (temporalidad y tiempo parcial, sobre todo). Tendencia que se mantiene en el *Informe Perspectivas sociales y de empleo en el mundo 2016* de esta misma organización.

Los servicios públicos de calidad son fundamentales para lograr un crecimiento sostenido de la productividad pero, además, siempre se ha considerado que pueden hacer grandes aportaciones en la reducción de la precariedad, ya que generalmente ofrecen oportunidades de empleo sin discriminación y de larga duración, a la vez que el acceso universal a los servicios educativos, sanitarios y de cuidados asistenciales mejora las aspiraciones de una buena parte de la población activa de un empleo de calidad. Sin embargo, estos presupuestos están hoy en entredicho, en la medida en que la aplicación del régimen laboral –y sus reformas flexibilizadoras– se generaliza en el empleo público –generalización de la contratación laboral– y avanzan los procesos de privatización de servicios públicos.

La relación entre calidad de los servicios públicos y calidad de los empleos que los sustentan es realmente compleja. La estabilidad del vínculo funcional o estatutario propios del Derecho Administrativo han sido considerados como una de las causas de la menor competitividad y eficiencia de los servicios públicos, en el sentido de que un alto grado de seguridad en el empleo y la garantía de estabilidad actuarían como elemento de desincentivo, lo que explica no solo que la normativa aplicable al empleo público, a partir del Estatuto Básico del Empleado Público, trate de rebajar el tradicional principio de inamovilidad, sino que la Administración en su conjunto haya potenciado la contratación laboral como vía de introducir más flexibilidad en la gestión de sus recursos humanos. En efecto, a pérdida de calidad de los empleos en el sector público en su conjunto se ha producido por dos vías diferenciadas: de un lado, las heterogéneas y más o menos intensas formas de privatización de los servicios públicos y, de otro lado, el recurso cada vez más extendido a la contratación en régimen laboral. Ello ha determinado que cada vez más trabajadores encuadrados en el sector público tengan menos estabilidad en el empleo, menos seguridad laboral, más indeterminación de la figura del empleador responsable e inferiores condiciones de trabajo, muy particularmente los salarios. Estos cambios no han comportado una mejora de la calidad de los servicios públicos, porque la incertidumbre y la inestabilidad no determinan una mayor productividad y diligencia del empleado público o trabajador del sector público, como se podía esperar, sino al contrario. Sin embargo, nunca como hasta ahora se ha incido desde las políticas públicas en introducir modelos de calidad y sistemas de evaluación de la misma. Se es consciente de que estamos ante una cuestión compleja en la que difícilmente se

puede mantener una postura inatacable, ya que no se cuenta con datos empíricos contrastados, sin embargo, si de lo que se trata es de importar enseñanzas de la gestión de recursos humanos del sector privado al ámbito público, es claro que contar con una plantilla implicada en el buen funcionamiento de la empresa es a la vez un factor de competitividad y una consecuencia de la existencia de empleos de calidad. Por ello, entendemos, una auténtica apuesta por la calidad de los servicios públicos no puede acometerse sin la defensa de la calidad de los empleos que sustentan dichos servicios. Temporalidad, indeterminación del empresario y bajas condiciones salariales –y laborales en general–, no pueden conducir a otro puerto que al deterioro de los servicios públicos, y su calidad al margen del fenómeno de “huida” del sector público del personal más cualificado o eficiente.

3. TENDENCIAS EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LA CALIDAD, SUS INDICADORES Y MODELOS DE EVALUACIÓN

La prestación de servicios públicos, ya efectuada directamente por una Administración Pública, ya de forma indirecta, más o menos externalizada hacia el sector privado, hoy más que nunca, no se concibe ni se legitima socialmente si no es bajo el presupuesto de la calidad del servicio y de la eficiencia en el uso de los recursos públicos⁶. Un binomio (eficiencia/calidad) ciertamente complejo que se vincula a razonamientos de tipo circular, ya que la mejora de la calidad comporta costes, pero, a la vez, un mayor coste no siempre comporta la mejora de la calidad en la prestación del servicio. A los procesos de privatización de servicios públicos (servicios sanitarios, agua, servicios sociales, televisiones, transportes...), bajo la premisa de una mayor eficiencia económica sin pérdida de calidad, se han sucedido las consecuencias de la crisis económica mundial de 2008, que en lo que aquí concierne han sido: importantes recortes presupuestarios en el gasto público que en gran parte tienen su origen en los compromisos de reducción del déficit público en la UE tras el Pacto del Euro.

En el debate entre lo público y lo privado el denominado Informe Pique –*Privatización of Public Services and Impact on Quality, Employment and Productivity*– efectuado a instancias de la Comisión Europea para valorar precisamente el impacto de las privatizaciones sobre la productividad y calidad de los servicios públicos, el nivel de aceptación por los usuarios y los niveles de calidad de los empleos, llega a conclusiones interesante, para la cuestión

⁶ Para un diagnóstico crítico de la situación de la administración pública española, vid, NIE-TO, A.: *El desgobierno de lo público*, ed. Ariel, Barcelona, 2012.

que nos ocupa. En efecto, este Informe demuestra la existencia de una relación inversamente proporcional entre privatización de servicios públicos y calidad del empleo, de modo que a mayor grado de privatización, peor es el nivel de las condiciones de trabajo de su personal (peores salarios, sustitución de puestos de trabajo estables por temporales y utilización masiva de la subcontratación con otras empresas y reducción de la capacidad de negociación de los sindicatos). Este efecto de rebaja de los estándares laborales es de sobra conocido, ciertamente, sin embargo, lo realmente sorprendente es que el mismo Informe pone de manifiesto el retroceso también en la calidad de los servicios públicos (pérdida de la garantía de acceso universal, incremento de los costes...). Lo que implica que el sacrificio en los derechos de los trabajadores no repercute en la mejora de la calidad de los servicios. Y, en tercer lugar, el Informe Pique, relaciona expresamente la calidad de los servicios públicos y calidad de los empleos, afirmando que “*servicios de alta calidad necesitan trabajo de alta calidad*”.

La calidad de los servicios públicos en España constituye uno de los retos más importantes en el actual debate sobre su legitimidad democrática. La mejora de la calidad, la eficacia y la eficiencia de la acción de gobierno y la rendición de cuentas a los ciudadanos son objetivos a los que ha responder toda Administración en una sociedad democrática y la evaluación de la calidad es la herramienta fundamental. A tal efecto la Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios (AEVAL), junto con los organismos responsables de la calidad en las distintas administraciones públicas españolas, han consolidado un sistema público de evaluación, a partir de la experiencia evaluadora y el conocimiento generado desde las distintas administraciones, vehiculizado, fundamentalmente, a través de la Red Interadministrativa de Calidad. En este proceso, las distintas agencias parten del presupuesto de que la calidad –como fundamento de legitimidad del sector público y más concretamente de los servicios públicos- debe tener como referencia el grado de satisfacción de la ciudadanía. A diferencia del sector privado, que tiene en los mercados el indicador fundamental de su actuación, los servicios públicos requieren otros indicadores de calidad, eficacia y eficiencia diferentes. El enfoque teórico tradicional⁷ sobre la calidad en el ámbito de la gestión pública distingue tres niveles de calidad: 1. Macro-calidad, que abarca las relaciones entre el servicio público y la ciudadanía y que pretende garantizar la calidad de la democracia entendida como legitimación social de la acción pública y se centra fundamentalmente en las políticas públicas. 2. Meso-calidad, que se refiere a las relaciones entre los que prestan y gestionan los servicios públicos y sus usuarios

⁷ Vid. Bouckaert, G.: “Measuring Quality” en Pollitt, C. y Bouckaert, G. (eds), *Quality Improvement in European Public Services. Concepts, Cases, and Comentary*, London, Sage Publications 1995, pgs 22-32-

o destinatarios y valora el grado de satisfacción con la finalidad de mejora de los servicios y 3. Micro-calidad: que se proyecta en las relaciones internas de la organización, elaborando un diagnóstico de la gestión (estructuras, empleados, procesos) con el fin de mejorar el servicio en su dimensión prestacional. En estos tres niveles de análisis de la calidad se observa la preeminencia de la ciudadanía y su grado de satisfacción, que constituye el eje de todas las políticas y medidas de calidad de los servicios públicos. En otros términos, los sistemas de evaluación de la calidad en las distintas administraciones y organismos del sector público instaurados en nuestro país adoptan una perspectiva de calidad centrada en el grado de satisfacción del ciudadano. Y es claro que la evaluación de la calidad de los servicios tiene que tener en cuenta la perspectiva de quienes los utilizan, incluso desde la dimensión colectiva y coherentemente con los actuales modelos integrales de gestión, incluyen también la percepción de los grupos de interés, internos y externos a la organización, ya que éstos aportan otros criterios adicionales como la sostenibilidad y la responsabilidad social. Pero no es menos cierto que los servicios públicos, en cuanto son gestionados y “entregados” por un sistema u organización en el que se movilizan recursos e intervienen personas, éstos han de ser valorados en su conjunto como organización. Y en este sentido se tienen en cuenta indicadores de rendimiento o cumplimiento de objetivos (número de expedientes, tiempo de tramitación...), sin embargo, el hecho de que se evalúen estos aspectos, según los modelos analizados, no significa que se valoren las condiciones de trabajo de los empleados, de hecho no relacionan estos indicadores con la calidad de los empleos.

El principio constitucional de eficacia de las administraciones públicas –art. 103 CE- se pretende que se combine con el de participación de la ciudadanía, de modo que la calidad de los servicios públicos no sea sólo una tarea unilateral de la Administración, sino que cuente con las demandas ciudadanas como instrumento de mejora para alcanzar la plena satisfacción de los usuarios de los servicios públicos. En esta dirección, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, consagró el servicio a la ciudadanía como principio fundamental de las administraciones públicas; principio en el que profundizan los artículos 3 y 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con el objetivo de lograr la mejora de los servicios públicos atendiendo a las demandas de los ciudadanos. Coherentemente con ello, el RD 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, establece los programas del Marco General para la mejora de la calidad que son cinco: el programa de análisis de la demanda y evaluación de la satisfacción, el programa de cartas de servicios, el programa de quejas y sugerencias, el programa de

evaluación de la gestión y la organización y, finalmente, el de participación en programas de reconocimiento. Es en el capítulo V -del RD 951/2005- donde se regula el programa de evaluación de la calidad de las organizaciones –el único programa que no tiene como referencia directa o indirecta al usuario y su nivel de satisfacción-, estableciendo que la evaluación se articula a través de dos niveles (autoevaluación y evaluación externa). En relación con el objeto de este estudio, llama la atención cómo los distintos modelos de gestión de calidad conforme a los que se efectúan las evaluaciones de la organización a penas reflejan el grado de satisfacción de los empleados públicos o trabajadores del sector público en relación con sus condiciones de trabajo. Es más, la implantación de determinados modelos de gestión ignora esta variable, olvidando que la rebaja de estándares laborales incide en el rendimiento de quienes materialmente prestan esos servicios, lo que, a la postre incide negativamente sobre la calidad de los servicios públicos. Y no puede ser más ilustrativo de esta afirmación la Carta de Compromisos con la Calidad de las Administraciones Públicas Españolas (2009), adoptada en la Conferencia Sectorial de Administración Pública de 16 de noviembre de 2009.

Paralelamente con las políticas de calidad se ha desarrollado un proceso de reforma de las propias administraciones públicas, destacando en el último período la creación por decisión Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA). El Informe de esta Comisión, de 21 de junio de 2013, analiza ampliamente los problemas de nuestra administración y concluye con la propuesta de 217 medidas, de las cuales, 38 tienen como finalidad mejorar la gestión y la calidad de los servicios. Posteriormente, mediante el RD 479/2013, de 21 de junio, se creó la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (OPERA) que ha asumido la función de velar por la ejecución de aquéllas propuestas, impulsarlas y hacer un seguimiento de las mismas. Con posterioridad, el RD 671/2014, de 1 de agosto, derogó el anterior y procedió a dotar de permanencia a dicha Oficina, añadiendo la competencia de gestión del Portal de la Transparencia. En el ámbito autonómico, a título ilustrativo, ya que la mayor parte de las Comunidades Autónomas cuentan con su propia normativa de calidad de los servicios públicos, la más reciente es la Ley 1/2015, de 1 de abril de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de Galicia. Esta Ley, que toma como referente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 41, donde se reconoce el derecho a la buena administración (entendida como al tratamiento imparcial y equitativo, en plazos razonables, el derecho de la ciudadanía a ser escuchada, al acceso a los expedientes, a ser tratada en su propia lengua y la obligación de motivación de los actos administrativos) es un claro exponente de este modelo de calidad centrado en el usuario-ciudadano, pero, aunque no puede negarse que centra la noción de calidad de los servicios públicos

en el establecimiento de un nuevo tipo de relaciones entre la ciudadanía y la Administración, dando una posición preeminente a la ciudadanía como primera y última beneficiaria de la labor diaria que desarrollan los poderes públicos, sin embargo, no ignora la calidad de los empleos. En su Título III donde define los servicios públicos y regula los contenidos básicos de su régimen jurídico, además de clasificar sus modalidades de gestión (directa e indirecta), establece la obligación de aprobación de los estándares mínimos de calidad de estos servicios y regula un Estatuto general de las personas usuarias de servicios públicos. Pues bien, al regular las formas de gestión indirecta (art. 44 y ss), esta norma establece mecanismos de control sobre los contratistas y les impone el respeto de los estándares de calidad para que esta fórmula de gestión no comporte pérdida de calidad en la prestación de servicios públicos. En relación con el tema que nos ocupa, es destacable la inclusión entre las obligaciones de los contratistas (art 50), la de proporcionar a sus trabajadores y trabajadoras un trabajo de calidad y estable, protegerlos frente a los accidentes y riesgos laborales y promover condiciones de conciliación familiar y laboral y de igualdad de género. Aunque es cierto que la ley gallega no aporta muchas innovaciones respecto de la legislación estatal de contratos públicos, llama la atención precisamente la vinculación que aquí se hace entre la calidad del servicio y el trabajo de calidad que han de garantizar los contratistas ante la Administración gallega, fundamentalmente porque este precepto parece identificar el trabajo de calidad con tres elementos: trabajo estable, trabajo seguro y saludable y trabajo conciliable con la vida familiar, siendo éstos dos últimos aspectos –seguridad y salud laboral y conciliación- los que serán objeto de especial atención en este trabajo.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la etapa previa a la aprobación de una Ley del Empleo Público de Andalucía, merece especial reflexión el *Acuerdo para la defensa y mejora del empleo público en la Administración de la Junta de Andalucía*, de 15 de julio, de 2015. Y merece ser analizado aquí porque constituye un acuerdo que expresamente apuesta por los servicios públicos y su calidad y lo hace condicionando estos presupuestos a la mejora de la calidad del empleo público. Este Acuerdo, partiendo del contexto actual de ajuste presupuestario y contención del gasto público que ha comportado la suspensión de derechos de los empleados públicos, afirma la necesidad de un sector público fuerte como vía de corrección de los desequilibrios sociales acentuados tras la crisis económica. Los aspectos más destacables del mismo son los siguientes:

- la calidad de los servicios públicos en Andalucía “está directamente vinculada con la calidad del empleo público y las condiciones laborales de su personal”

- la búsqueda de la calidad y la excelencia comporta también la eficiencia “a un coste presupuestariamente sostenible”

- el “principal agente de garantía con que cuenta la Administración Pública son sus empleadas y empleados públicos”, constatando que, pese a los sacrificios en su derechos y condiciones laborales, ello “no ha afectado a su esfuerzo permanente en el desempeño del servicio público”, contribuyendo con ello a la consecución de los objetivos de equilibrio presupuestario... por lo que los empleados públicos –se afirma- son el motor y el pilar fundamental de la prestación de los servicios públicos.

- dichos sacrificios han generado en el colectivo de empleados públicos “un sentimiento de lesividad”, tanto desde el punto de vista económico como profesional, por lo que, partiendo de una mejoría de la situación económica, se declara un objetivo prioritario “recuperar el clima de satisfacción y motivación”

- por todo lo anterior, el Gobierno andaluz se compromete a avanzar en la recuperación de la calidad del empleo público como medida indispensable en la mejora de los servicios a la ciudadanía andaluza.

Como concreción de estos presupuestos, las medidas concretas que el gobierno andaluz se compromete a adoptar en este acuerdo, son: la recuperación de la paga extra y adicional del mes de diciembre de 2012 de todo el personal del sector público andaluz; la elaboración previa negociación con las organizaciones sindicales del anteproyecto de Ley del Empleo Público de Andalucía (incluyendo, entre otras materias, la carrera profesional, evaluación del desempeño, situaciones administrativas, potestades públicas, jornadas especiales y procedimientos extraordinarios de movilidad); Recuperación progresiva de los derechos suspendidos por la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, en la presente legislatura y previa negociación de un calendario en el ámbito de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, siempre que no sujetos a las limitaciones impuestas por la legislación básica del Estado y teniendo cuenta la necesaria suficiencia financiera. En este sentido, se llevará a cabo la recuperación del 100% de la jornada y el 100% de las retribuciones del personal funcionario interino, personal estatutario temporal, personal laboral temporal e indefinidos no fijos en toda la administración de la junta de Andalucía el 1 de enero de 2016. Y en la medida en que lo permitan la legislación básica estatal y la situación económica financiera, se irá abordando en la legislatura el calendario de restitución de otros derechos suspendidos desde la aprobación del

Decreto-ley 1/2012, de 19 de junio, anteriores al ejercicio 2015; conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En la Mesa General señalada en el apartado anterior y en cada ámbito correspondiente, se adoptarán los acuerdos que resulten necesarios para mejorar las condiciones de empleo del personal empleado público en cuanto afecta a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral así como a agilizar los concursos de traslados. Se adopta el compromiso de negociar la adaptación de los horarios y jornada laboral a criterios que favorezcan la conciliación de la vida familiar y laboral, sin merma de la prestación de los servicios públicos; y por último el Acuerdo contempla el compromiso de proceder al desarrollo normativo de los contenidos de este Acuerdo, velando el Gobierno andaluz por su correspondiente cumplimiento. De estos presupuestos y medidas se puede concluir que en el caso Andaluz la defensa del sector público pasa por la calidad de los servicios públicos, pero que ésta, a su vez, presupone la calidad de los empleos del sector público. Finalmente, se observa que la calidad de los empleos se vincula con mejoras retributivas, marco jurídico dotado de mayor certidumbre, estabilidad y plena dedicación –no trabajo a tiempo parcial–, limitación de los tiempos de trabajo y mejora de los derechos de conciliación. Es evidente que el concepto de empleo de calidad y respeto de los estándares laborales, implícito en estos compromisos viene a coincidir, en lo sustancial con el concepto aquí acotado, haciendo especial énfasis en los derechos de conciliación, aunque no haga referencia a la seguridad y salud en el trabajo.

Sin perjuicio de normas o Acuerdos como la que acabamos de traer a colación, que incluyen en su concepto de calidad el que los empleos vinculados a los servicios públicos sean de calidad también, lo cierto es que esta perspectiva a penas se expresa ni se manifiesta en el amplio conjunto de normas estatales y autonómicas sobre transparencia, buenas prácticas, buena administración y calidad de los servicios públicos, que tienen como punto de referencia la ciudadanía, su grado de satisfacción y su participación en el diseño y mejora de los servicios públicos. Pero si en las normas sobre la materia la calidad en el empleo ocupa un lugar muy discreto, los sistemas de evaluación de la calidad obvian aún más este aspecto. Y el mismo sentido ha seguido la legislación sectorial en ámbitos como la sanidad, los servicios sociales, la educación o las universidades, cuyas normas han derivado en la asunción de compromisos de calidad consistentes en la eficiencia en la asignación de recursos, el impulso de la transparencia, la agilización, la potenciación del acceso electrónico, la garantía de los derechos de los usuarios y el acceso de éstos a mecanismos de seguimiento y reclamación de sus derechos por la ciudadanía, sin relacionar la calidad de los servicios con las condiciones de trabajo de sus empleos.

Finalmente, los análisis teóricos sobre los retos del empleo público en nuestro país⁸ se refieren también a la necesidad de reforzar la calidad de los servicios, pero, al tratar el empleo público como tal, no inciden en la necesidad de un empleo público de calidad, sino en la escasa cultura de gestión de resultados, la baja productividad, las bolsas de ineficiencia, la escasa inversión en organización y dirección de personal profesional y especializada y sistemas de selección y encuadramiento de un trazado muy tradicional. Aunque se reconoce, entre las fortalezas, la profesionalidad y vocación de servicio de buena parte de los empleados públicos, se alude al cuestionamiento mediático del sector público por su ineficiencia, para lo cual se considera necesario promover sistemas de objetivos y resultados que sean coherentes con los compromisos de reducción del gasto. Entre las medidas concretas se proponen: retener el talento, potenciar el desarrollo profesional, diseñar itinerarios profesionales (modelos de carrera vertical, horizontal y mixtos) o sistemas retributivos que premien resultados de gestión. En definitiva, muchos de ellos, son criterios de gestión del personal muy similares a los que rigen en el ámbito de la empresa privada.

El segundo eje estratégico en las políticas sobre servicios públicos es el control del déficit, línea que también ha dejado sentir sus efectos en la configuración del concepto de calidad y su evaluación, fundamentalmente a través del impulso de los principios de optimización de los recursos públicos y la racionalización del gasto, además de la puesta en marcha de la “reestructuración” del sector público, supuestamente hipertrófico e insostenible, en el que ha jugado un papel importante, especialmente en los entes locales, la aplicación del artículo 52 e) del ET –extinción por insuficiencia de la consignación presupuestaria de planes y programas públicos- y del artículo 51 ET en relación con la disposición adicional 16ª del ET –aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público-, aplicable al personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público tal y como establece el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del ET y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. Siendo llamativo que para estas reestructuraciones no se contemple la posibilidad de adopción medidas menos traumáticas –temporales- como la prevista en el art. 47 ET (suspensión o reducción de jornada por idénticas causas).

⁸ Vid. más ampliamente, el Documento del Grupo de Investigación para el Estudio del Empleo Público (2009-2011), vinculado al INAP, especialmente la parte (III) propositiva: “Retos estratégicos del empleo público en España”.

4. EL DETERIORO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO DURANTE LA CRISIS

Si tuviéramos que fijar un momento concreto en el que comienza a hacerse más visible el deterioro de las condiciones de trabajo en el sector público, sin duda hemos de remitirnos a las primeras normas adoptadas tras la crisis financiera de 2008. El RDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, fue el primer gran recorte que afectó a los empleados públicos y que consistió en una rebaja del 5% de las retribuciones del personal del sector público o masa salarial anual; medida que se conjugó con la congelación de las pensiones públicas, excluyendo la revalorización durante 2011, la supresión de incentivos económicos por nacimiento de hijos, la limitación de las ayudas de la Ley de Dependencia y restricciones a la jubilación parcial-. La rebaja de las retribuciones de los empleados públicos se llevó a cabo dejando sin efecto los pactos y acuerdos adoptados en la negociación colectiva y suscitó algunas dudas –además de su constitucionalidad- sobre su alcance en relación con la aplicación a determinadas empresas públicas. A ello se ha de añadir el efecto añadido que ha supuesto la influencia de las sucesivas reformas laborales en el sector público. La Ley 35/2010, bajo el amparo de la transposición de la Directiva 2008/104/CE, que, entre sus novedades, por ejemplo abrió la posibilidad a las Administraciones de celebrar contratos con empresas de trabajo temporal para la cobertura de necesidades temporales, en lugar de mantener la contratación temporal directa por las Administraciones, vulnerando así las garantías de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público y rebajando los niveles de certeza en la contratación propios del sector público. Dicha Directiva parte de considerar que la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal comporta necesariamente una revisión de las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores, y por tanto, una vez eliminadas las diferencias de trato, cualquier restricción solo puede justificarse por el interés general relativo a la protección de los trabajadores por cuenta ajena, las exigencias de salud y seguridad en el trabajo y la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo, incluida la necesidad de evitar posibles abusos. Como consecuencia de ello, quedó derogada la disposición adicional quinta de la Ley de contratos en el sector público –Ley 30/2007 de 30 de octubre- relativa a “Límites a la contratación con empresas de trabajo temporal”, que prohibía la contratación con ETTS salvo en caso de necesidad de puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”. Con la ampliación de las actividades de las ETTS a todas las actividades productivas, incluidos los servicios públicos y

la derogación de aquélla disposición adicional, se produjo la expansión de las ETTS en el sector público, aquejado por una hipertrofia de la temporalidad⁹.

Junto a las ETTS, las contratas y subcontratas, como vía más extendida de externalización de la actividad de las empresas privadas –descentralización productiva–, han penetrado fuertemente el sector público. Es cierto que la Ley de Contratos del Sector Público –art. 54– exige a las Administraciones que las empresas contratistas acrediten su personalidad, su solvencia económica, financiera y técnica para la actividad objeto del contrato, lo que contribuye a un marco más garantista de la existencia real y efectiva de la contratista. Sin embargo, la misma norma –art. 227– limita la el alcance de la responsabilidad de la Administración en la subcontratación. En concreto, se admite expresamente que el contratista pueda concertar con terceros la realización parcial de la prestación, aunque la Administración pueda reservarse el derecho de excluir la subcontratación en el contrato o los pliegos de condiciones. Pues bien, aunque la Administración mantiene las responsabilidades laborales respecto del contratista principal en los términos del art. 42 del ET, la norma administrativa –art. 227 de la LCSP–, establece expresamente que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la administración. Y el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados no alterará la responsabilidad exclusiva del contratista principal. Incluso, el subcontratista carece de acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones asumidas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Junto a las contratas en sentido estricto, las concesiones administrativas, la encomienda de gestión y las fórmulas más o menos encubiertas de cesión de trabajadores, en muchos casos dan como resultado una degradación de las garantías y derechos de los trabajadores que materialmente prestan servicios en el sector público –evitando su calificación como empleado público–, o, en sentido contrario, una forma de ingreso en el sector público obviando el respeto a los principios constitucionales de acceso –igualdad, mérito y capacidad–; o, incluso, utilizados como vía de elusión de las medidas de control del gasto público. En relación con la calidad en el empleo, es claro que la penetración de estas técnicas de descentralización productiva en el sector público inciden en el deterioro de las condiciones de trabajo y en el grado de certidumbre propio de un empleo de calidad.

⁹ Más ampliamente, vid. Moreno Vida, M.N. : “El recurso a las empresas de trabajo temporal en las administraciones públicas”, en AA.VV., coord.. Castillo Blanco y Monereo Pérez, *Reestructuración de las Administraciones Públicas...* op. cit., pg. 285 y ss.

La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, ex disposición adicional 16 del ET-desarrollada por los artículos 34 y ss. Del RD 1.483/2012, de 29 de octubre – habiendo quedado derogado el art. 35.3 por la STS, 3^a, de 19 de mayo de 2015-, ha sido el instrumento para acometer fuertes reestructuraciones de plantilla tanto en el sector público fundacional y empresarial como en el sector administrativo.

Volviendo a las normas específicas del sector público, tras las medidas adoptadas en 2010, el objetivo de la estabilidad presupuestaria ha continuado marcando la evolución y ha comportado la reducción del sector público y la adopción de medidas regresivas de las condiciones de trabajo. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, dictada en desarrollo de la nueva previsión del artículo 135 de la Constitución, ha tenido un efecto regresivo muy relevante, en primer lugar, por su vasto ámbito subjetivo de aplicación ya que según el artículo 2, esta norma es de aplicación a todo el sector público que se considera integrado por el sector Administraciones Públicas (administración central, comunidades autónomas, corporaciones locales, administraciones de la Seguridad Social y resto de entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas) y, en segundo lugar, en sentido objetivo, por la dureza y rigurosidad de las medidas dirigidas a la garantía del equilibrio financiero, por encima de cualquier otra consideración. Junto a esta línea, la necesidad de una regeneración democrática tras la crisis institucional y la corrupción, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ha impulsado la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas, reconociendo el derecho de toda persona a acceder a la información pública.

Los entes locales han recibido una atención especial en este proceso de reformas del sector público. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que pretende llevar a la práctica el principio “una administración, una competencia”, reforzando el papel de las Diputaciones Provinciales a las que se les atribuyen competencias de coordinación de la prestación de numerosos servicios públicos en municipios con menos de 20.000 habitantes, pudiendo éstas asumir directamente la gestión o bien implantar fórmulas de gestión compartida. Igualmente se limita la administración institucional local, prohibiendo la creación de entidades institucionales de segundo grado y el número de cargos locales con dedicación exclusiva.

Las últimas normas de reforma del sector público, son dos: de un lado, la ciertamente de gran relevancia en el proceso de cambio, la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público que regula “ad intra” el

funcionamiento interno de cada Administración, destacando la introducción de los principios de transparencia, planificación y gestión por objetivos como criterios de actuación de todas las administraciones y el sector público en general. Se trata de una norma de gran complejidad que entre otras novedades, presta gran atención al sector público institucional, pero en lo que afecta al tema que nos ocupa, no aporta avances desde la perspectiva de calidad –ni de los servicios ni de los empleos–, centrada fundamentalmente en el funcionamiento más eficiente. Y, de otro lado, la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece una regulación completa y sistemática de las relaciones ad extra de las Administraciones Públicas y los administrados, tanto en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela y en cuya virtud se dictan actos administrativos que inciden directamente en las esfera de los interesados, como en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa.

En definitiva, en el ámbito del ordenamiento administrativo, se ha primado el funcionamiento eficiente, bajo la premisa de la austeridad, dejando preterida la reforma del empleo público –salvo en lo relativo a los sacrificios de sus derechos económicos y de conciliación como contribución a la salida de la crisis– y su calidad, en la que, como ha quedado evidenciado, también se pone en juego la calidad de la prestación de los servicios públicos¹⁰. Y, en el ámbito del ordenamiento laboral, además de haberse producido una fuerte “laboralización” del empleo público –incremento del personal en régimen laboral en relación con el personal en régimen administrativo–, las reformas laborales de la crisis han sido un instrumento de primer orden tanto en la “reestructuración” –reducción– del sector público, como en la rebaja de la calidad en el empleo –temporalidad, inestabilidad, incertidumbre y rebajas salariales y derechos de conciliación–.

5. ALUSIÓN A LA CONCILIACIÓN Y LA SALUD LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

5.1. La incidencia de la crisis sobre los derechos de conciliación

Las Administraciones Públicas son competentes para establecer la ordenación del tiempo de trabajo del personal a su servicio, pero a la vez, es una materia

¹⁰ Para un análisis más pormenorizado de estas reformas administrativas, vid. Lavilla Rubira, J.J.: “La reforma de la administración pública: mito o realidad?”, en VV.AA., dir Castillo Blanco y Monereo Pérez, *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, Granada, 2015, en especial pg. 12 y ss.

objeto de negociación, de forma expresa, el calendario laboral, horarios, jornadas y permisos, por lo que, junto a las normas estatales y autonómicas, el régimen jurídico está contenido en convenios colectivos, pactos y acuerdos colectivos. Sin entrar aquí a realizar un estudio de todos los elementos conformadores del régimen jurídico del tiempo de trabajo, únicamente nos referimos a aquéllos que inciden o se orientan específicamente a la conciliación de la vida familiar y laboral en el empleo público; y ello con el objeto de valorar en qué medida los avances en esta materia contribuyen a la calidad del empleo en el sector público y, presumiblemente, a la calidad de los servicios públicos. En este sentido, como ya hemos podido comprobar con carácter general, el impacto de la crisis económica ha incidido de forma muy importante en el régimen de la jornada de trabajo y, en menor medida, en los derechos de conciliación.

Con anterioridad a la crisis, además de la mejora de los derechos de conciliación a través de la negociación colectiva, en 2005 el Gobierno adoptó para la Administración General del Estado, previa negociación con los sindicatos más representativos, el Plan Integral para la Conciliación de la Vida personal y Familiar, -«Plan Concilia»- que constituye todo un programa público en materia de conciliación. En su cumplimiento, se adoptaron medidas relacionadas con los horarios, la jornada y los permisos, encaminadas a favorecer la compatibilidad de la vida laboral, personal y familiar de los empleados públicos. Y gran parte de su contenido quedó consolidado al incluirse después en el EBEP, lo que supuso una mejora respecto a la situación anterior. Además de dicho Plan Integral, Es importante recordar, además, que el EBEP se aprobó poco después que la LOIEMH, razón por la cual la dimensión de género de ésta se integró también en dicho Estatuto.

La complejidad y diversidad de relaciones jurídicas de trabajo que se encuadran en la categoría del sector público, comporta la existencia de diferencias, básicamente, entre el régimen aplicable a funcionarios y laborales, pero también entre las distintas administraciones y las distintas entidades que conforman el sector público empresarial y no empresarial. Concretamente en lo que se refiere al personal de las administraciones, puede decirse que laborales y funcionarios han contado con un régimen en materia de conciliación muy similar, lo que es especialmente visible en el caso de suspensión por maternidad –adopción y acogimiento y paternidad-, aunque la aplicación de las normas laborales puede plantear algunos desajustes respecto de los funcionarios, como por ejemplo la cesión de diez semanas al otro progenitor cuando la madre no es funcionaria en situación de ocupación efectiva y no está incluida en algún régimen de protección de la Seguridad Social, en cuyo caso no cabe cesión a su cónyuge-funcionario. Las previsiones comunes a los tres permisos recogidos

en los tres primeros párrafos del art. 49 EBEP (por maternidad biológica, por maternidad jurídica y por paternidad), establecen reglas tendentes a salvaguardar los derechos profesionales del beneficiario, con anterioridad reconocidas en algún caso por la doctrina judicial, como el reconocimiento del tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos que se considera como de servicio efectivo a todos los efectos, la garantía de la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el período de duración del permiso, y, también, durante los períodos posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso. Del mismo modo que el ET respecto al personal laboral, los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, paternidad y adopción o acogimiento tendrán derecho, una vez finalizada la licencia, a reintegrarse en su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia y, expresamente, tienen derecho a participar en los cursos de formación que convoque la Administración durante dichos permisos.

La jornada general de trabajo en el sector público quedó establecida en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, como mínimo inderogable, en treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, aplicable no solo a la Administración General del Estado, sino, expresamente, a todos los empleados de las administraciones autonómicas y locales. Esta jornada ordinaria había sido establecida con anterioridad en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, con carácter general para todos los empleados públicos, laborales o funcionarios, lo que supuso la no aplicación del régimen más favorable que establecían algunas normas autonómicas y los convenios colectivos –III Convenio Colectivo Único- y los acuerdos del sector público desde el momento en que entró en vigor. Estas previsiones legales se justificaron en una causa grave y una situación excepcional relacionada con el déficit público y en el interés general y afectaron –disp. Adicional 71ª.2 LPGE 2012- a las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en acuerdos, pactos y convenios vigentes en los organismos y entidades del sector público.

El artículo 8 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, modificó los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico

del Empleado Público, sobre permisos y vacaciones de los funcionarios públicos, en virtud del cual se redujeron respecto a la normativa anterior los días de libre disposición, se suprimieron los días adicionales por antigüedad tanto en el caso de las vacaciones como en el de los días por asuntos particulares y se suspendieron los pactos, acuerdos y convenios para el personal funcionario y laboral suscritos por las Administraciones Públicas y por sus Organismos o Entidades a ellas vinculados, que contradigan estas disposiciones. Para adecuar la regulación sobre jornadas y horarios del personal civil de la Administración General del Estado a las anteriores normas, se aprobó la Resolución –en sustitución de la de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública («BOE» 27 de diciembre de 2005)- de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas por la que se dictan instrucciones sobre jornadas y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, incluyendo las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, y que se rijan por la normativa general de Función Pública. Y del que se exceptúa al personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el personal de las entidades citadas en el apartado anterior destinado en instituciones penitenciarias, en instituciones y establecimientos sanitarios, personal que preste servicios en centros docentes o de apoyo a la docencia. Resolución que fue modificada por la posterior Resolución de 23 de diciembre de 2013, añadiendo un día adicional de asuntos particulares. Al margen de la conformación de este régimen como máximo legal insuperable, se ha de tener en cuenta que la negociación colectiva en el empleo público se halla sometida a la necesaria cobertura presupuestaria y, además es posible la no aplicación de lo dispuesto en acuerdos y convenios colectivos cuando “excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”.

De esta breve referencia, se puede concluir que jornada de trabajo, permisos, licencias y vacaciones han sido uno de los instrumentos de racionalización-reducción del gasto público, sin ninguna consideración relativa a las necesidades de conciliación laboral y familiar. Los avances conocidos en el empleo público gracias a los fructíferos resultados de la negociación colectiva han quedado diluidos como consecuencia de las normas reguladoras del control del déficit público. No obstante, esta conclusión es parcial, en el sentido de que la misma se refiere solo a la dimensión cuantitativa de las previsiones normativas sobre

tiempos de trabajo —que es la que puede comportar coste económico directo en el sector público. Desde esta óptica cuantitativa, al margen de los efectos que una mayor dedicación horaria tienen sobre la conciliación, la incidencia positiva de una medida de esta naturaleza sobre la calidad de los servicios públicos es discutible en la medida en que una mayor presencia horaria de los empleados públicos no es garantía de “productividad” ni de eficiencia¹¹. Sin embargo, desde la perspectiva cualitativa, y pese a la regresión sufrida en la peor etapa de la crisis económica, el empleo público se puede considerar no solo respetuoso de los estándares mínimos, sino, incluso, empleo de calidad en materia de conciliación, en cuanto comporta una mejora de los estándares del régimen laboral —ET-, sobre todo, por optar preferentemente por la jornada continuada y la flexibilidad horaria en materia de jornadas, además de superar las previsiones del ET en materia de vacaciones y permisos —lo que generalmente incide en la mejora de las condiciones del personal laboral dada la tendencia a la equiparación-.

Con el objeto de fundamentar dichas afirmaciones se pueden traer a colación algunos de aspectos de la Resolución de 28 de diciembre de 2012 que inciden directamente sobre la conciliación:

-La jornada, conforme al artículo 3 está fijada en 37,5 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual, equivalente a 1642 horas anuales, frente a las 40 horas de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual establecidas en el ET. Pero, además de ello, la relevancia desde la perspectiva de la conciliación deriva de la distribución de dicha jornada y de la introducción de la flexibilidad horaria a decisión del empleado, ya que el horario de mañanas se divide en una parte fija (entre las 9 y las 14,30 horas) y otra flexible (entre las 7,30 y las 9 de lunes a viernes y entre las 14.30 y las 18 horas de lunes a jueves y entre las 14.30 y las 15.30 los viernes) y otra en horario de mañana y tarde, igualmente, con una franja fija (entre las 9 y las 17 horas, de lunes a jueves, con pausa de media hora y de 9 a 14 horas los viernes) y el resto en horario flexible entre las 7.30 y las 9 horas y entre las 17 y las 18 horas de lunes a jueves y entre las 7.30 y las 9 horas los viernes. Además de que el tiempo obligatorio de pausa de media hora computa como tiempo de trabajo efectivo y se establece una jornada reducida en verano.

¹¹ Para un estudio más detenido sobre la incidencia de las normas del período de crisis en las condiciones de trabajo de los empleados públicos, vid. Palomar Olmeda, A.: “Las políticas de restricción del gasto público como elemento de ordenación de la gestión pública de recursos humanos y las formas de su articulación”, vid. VV.AA., dir. Fuentetaja Pastor, J.A. y Cantero Martínez, J., *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, 2012, pp. 109 y ss.

-Derecho a solicitar jornada reducida por interés particular, en los términos establecidos en el artículo 5, entre las 9 y las 14 horas

-Medidas de conciliación, previstas en el artículo 8, consistentes en que se podrá hacer uso de flexibilidad horaria, en el marco de las necesidades del servicio, en los siguientes supuestos: a) Los empleados públicos que tengan a su cargo personas mayores, hijos menores de 12 años o personas con discapacidad, así como quien tenga a su cargo directo a un familiar con enfermedad grave hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, tendrán derecho a flexibilizar en una hora diaria el horario fijo de jornada que tengan establecida. b) Los empleados públicos que tengan a su cargo personas con discapacidad hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad, podrán disponer de dos horas de flexibilidad horaria diaria sobre el horario fijo que corresponda, a fin de conciliar los horarios de los centros educativos ordinarios de integración y de educación especial, de los centros de habilitación y rehabilitación, de los servicios sociales y centros ocupacionales, así como otros centros específicos donde la persona con discapacidad reciba atención, con los horarios de los propios puestos de trabajo. c) Derecho a adaptación de la jornada, excepcionalmente, por motivos directamente relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y en los casos de familias monoparentales, en que los órganos competentes en materia de personal, podrán autorizar, con carácter personal y temporal, la modificación del horario fijo en un máximo de dos horas; d) Los empleados públicos tendrán derecho a ausentarse del trabajo para someterse a técnicas de fecundación o reproducción asistida por el tiempo necesario para su realización y previa justificación de la necesidad dentro de la jornada de trabajo. e) Los empleados públicos que tengan hijos con discapacidad tendrán derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable para asistir a reuniones de coordinación de su centro educativo, ordinario de integración o de educación especial, donde reciba atención, tratamiento o para acompañarlo si ha de recibir apoyo adicional en el ámbito sanitario o social. f) Los empleados públicos que se reincorporen al servicio efectivo a la finalización de un tratamiento de radioterapia o quimioterapia, podrán solicitar una adaptación progresiva de su jornada de trabajo ordinaria. La Administración podrá conceder esta adaptación cuando la misma coadyuve a la plena recuperación funcional de la persona o evite situaciones de especial dificultad o penosidad en el desempeño de su trabajo. Esta adaptación podrá extenderse hasta un mes desde el alta médica y podrá afectar hasta un 25% de la duración de la jornada diaria, preferentemente en la parte flexible de la misma, considerándose como tiempo de trabajo efectivo. La solicitud irá acompañada de la documentación que aporte el interesado para acreditar la existencia de esta situación, y la Administración deberá resolver sobre la misma en un plazo de tres días, sin perjuicio de que, para comprobar la

procedencia de esta adaptación, la Administración podrá recabar los informes del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales o de cualesquiera otros órganos que considere oportuno sobre el tratamiento recibido o las actividades de rehabilitación que le hayan sido prescritas. Este régimen puede ampliarse en un mes más cuando el empleado público justifique la persistencia en su estado de salud de las circunstancias derivadas del tratamiento de radioterapia o quimioterapia. Con carácter excepcional, y en los mismos términos indicados, esta adaptación de jornada podrá solicitarse en procesos de recuperación de otros tratamientos de especial gravedad, debiendo en este supuesto analizarse las circunstancias concurrentes en cada caso.

-Derecho a vacaciones, que, conforme establece el artículo 9 de la citada Resolución, es de 22 días hábiles por año completo de servicio –lo que se aproxima a los treinta días naturales del artículo 38 ET-. No obstante, y aunque el Real Decreto Ley 20/2012, eliminó los días adicionales de libre disposición, dicho mínimo se eleva con días adicionales por años de antigüedad (por ejemplo, a los quince años, un día más).

Esta breve alusión¹² analítica y comparativa evidencia un régimen de tiempos de trabajo más garantista que el laboral –sin perjuicio de las mejoras que puede introducir la negociación colectiva en el sector privado y que son muy limitadas en el sector público laboral- Pero desde la perspectiva de los derechos de conciliación lo más relevante no solo radica en el *quantum* sino el *quam* –el cómo-. Es decir, no solo en el tiempo de trabajo exigido sino en su modo de distribución, con un margen de flexibilidad hoy impensable en el ámbito privado. Siendo, además, una afirmación que no se limita a la Administración General del Estado –y Agencias y organismos dependientes de ella- sino a todos los empleados públicos, en la medida en que el propio Estatuto Básico del Empleado Público –Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público- también reconoce derechos de conciliación por encima de los estándares mínimos del ET. Baste a título de ejemplo, con mencionar lo dispuesto en el artículo 48 del EBEP, donde se regulan los permisos, entre los que se reconocen los días de permiso por fallecimiento o enfermedad grave de familiar, que reconoce derecho a tres días de permiso –frente a los dos días del art. 37.3 b) del ET-, ampliable a cinco cuando ello comporte desplazamiento a otra localidad –frente a los cuatro del ET- o el permiso de seis días al año por asuntos particulares –no reconocido en el ET-. Y

¹² Para un análisis más pormenorizado, incluyendo el III Convenio Colectivo Único, vid. Quintanilla Navarro, Y.: La flexibilidad interna en el empleo público laboral, Aranzadi, 2014, en especial pp. 77 y ss y bibliografía cit.

todo ello sin considerar aquí la correlativa normativa autonómica, respecto a la que son extensibles –en algún caso, incluso, con más énfasis, estas conclusiones.

5.2. Seguridad y salud laboral en el sector público

Terminamos confirmando la hipótesis inicial: servicios públicos de calidad requieren o se sustentan en empleos de calidad. Siendo los indicadores de ésta –calidad del empleo-, la certidumbre jurídica, los niveles retributivos, la ordenación de los tiempos de trabajo y derechos de conciliación y, finalmente, la protección de la seguridad y la salud, dedicamos unas breves reflexiones a éste último aspecto.

En la doctrina científica existe coincidencia en afirmar, críticamente, que el desarrollo y adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al empleo público –no al todo el sector público- es cuando menos incompleto, asistemático y descoordinado¹³, teniendo la Administración, el deber de garantizar la protección de sus empleados frente a los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de aquéllos, aun con las especialidades a que se refiere la LPRL en materia de evaluación de riesgos, derechos de información, participación, consulta y formación de los empleados, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia del estado de salud y mediante la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las tareas preventivas. Entre los aspectos más críticos del régimen particular de las Administraciones Públicas en cuanto empleadores en materia de prevención cabe destacar la exclusión del derecho sancionador en materia preventiva, lo que comporta una importante quiebra de los niveles de exigencia, introduciendo así el principio de autotutela o autocontrol del cumplimiento de las normas preventivas¹⁴, lo que hace a estos privilegiados empleadores que son las Administraciones actuar “como juez y parte”. No obstante, una eventual actuación de la ITSS abriría las posibilidades para la exigencia de responsabilidades, incluida la patrimonial de la Administración.

¹³ En este sentido, Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A.: “El modelo normativo de Prevención de Riesgos Laborales en el empleo público”, en VV.AA., *Prevención de Riesgos del Trabajo en el Empleo Público*, Alcordemgo., Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales, nº 9, 2007. También, Moltó García, J.L., : *Prevención de Riesgos Laborales en las Administraciones Públicas (La imputación de responsabilidades)*, Tecnos, 2003.

¹⁴ Vid. Luelmo Millán, A.: “La salud en el marco de las relaciones laborales con las Administraciones Públicas los riesgos psicosociales, su prevención y sus consecuencias jurídicas”, en VV.AA., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, CGPJ, 2008, pp. 15 y ss.

El papel de la negociación colectiva en el empleo público es similar al que desempeña en el sector privado y si alguna particularidad cabe destacar es la mayor presencia y atención al acoso y en general a los riesgos psicosociales, lo que se explica en las especiales características de los vínculos jurídicos de los funcionarios públicos y en la estabilidad en el empleo de buena parte del personal laboral –tanto su mayor incidencia como la mayor atención dispensada-. Los perfiles específicos de estos riesgos laborales¹⁵ han sido ya suficientemente analizados por la doctrina científica, advirtiendo de las situaciones de abuso de poder, la rigidez de las estructuras, la burocratización, la complejidad de coexistencia de personal con diferentes regímenes jurídicos... lo que ha determinado una cierta sensación de impunidad durante un período dilatado, que parece ceder a través de mecanismos de protocolización participados en cuya adopción ha sido decisivo el impulso sindical. Pero, en lo que aquí nos interesa, no cabe duda de que este tipo de riesgos laborales inciden de forma importante en la calidad de los servicios públicos. Es cierto que la prevención de riesgos laborales no ha sido “el blanco” directo de las normas de excepción acaecidas durante la crisis, pero ello no hace sino evidenciar su escasa entidad en el gasto público. Sin embargo, la calidad del medioambiente laboral de los empleados públicos sí ha experimentado una regresión visible, no solo porque los recortes presupuestarios han incidido en la reducción de partidas presupuestarias destinadas a formar, informar, revisar, asesorar a todos los sujetos intervinientes en la prevención, sino porque el proceso de reestructuración del sector público –disminuyendo las plantillas- ha generado un sobreesfuerzo y una mayor sensación de inseguridad que ha incrementado la presencia de riesgos psicosociales –estrés, depresión, burn out-.

La tutela de la seguridad y la salud de los trabajadores se proyecta, más allá de la Administración o el sector público en general, al sector privado que contrata con aquélla a través de disposiciones específicas de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Es cierto que esta norma prima principios economicistas como el control del gasto, la estabilidad presupuestaria, la utilización eficiente de los fondos públicos la selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1). Sin embargo, no se elude la dimensión social, por ejemplo prohibiendo contratar con entidades condenadas por delito contra los trabajadores o sancionadas por infracciones muy graves en materia laboral o de Seguridad Social conforme al TRLISOS o con entidades que no estén al corriente con la

¹⁵ Vid. Xiol Ríos, J.A.: “El mobbing (acoso psicológico) en la Función Pública” en VV.AA., *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, nº 94, 2006.

Seguridad Social, incurran en incumplimientos salariales o de la obligación de la cuota de empleo a personas con discapacidad (art.60 TRLCSP). Igualmente, la obligación de información sobre obligaciones relativas a fiscalidad, protección medioambiental, empleo y condiciones laborales (art. 119) o sobre condiciones de subrogación en contratos de trabajo (art. 120). Todo lo que evidencia la voluntad legal, con seguridad insuficientemente desarrollada, de respeto de los estándares laborales en el proceso de descentralización productiva del sector público.

En definitiva, apostar por la calidad del empleo en el sector público no solo es un imperativo para alcanzar la buscada calidad de los servicios públicos y en general de lo público, siendo este el verdadero presupuesto de su legitimación social en una sociedad democrática, sino, yendo más allá, aquélla es la premisa sin la cual es impensable la existencia de servicios públicos de calidad. Ello no significa que la impunidad frente al incumplimiento de deberes en el servicio, la escasa valoración del rendimiento, la tolerancia ante la dejación o las conductas vejatorias sean las sendas a seguir, todo lo contrario. Pero la diligencia y el rendimiento en el desempeño no están reñidos con estabilidad en el empleo, la certeza jurídica, niveles retributivos dignos, derechos de conciliación y entornos laborales saludables.

CONCLUSIONES:

1. La legitimación democrática de lo público en general y de los servicios públicos en particular se sustenta hoy más que nunca, con una ciudadanía formada y exigente, en la necesaria calidad de los servicios públicos. Esta meta no puede descuidar la calidad del empleo de sus trabajadores y de aquéllos otros que, aunque sea de forma mediata, desarrollan una actividad laboral destinada a sustentar dichos servicios públicos. La introducción de sistemas de calidad no ha comportado, sin embargo, que se preste la suficiente atención a este aspecto, al menos con carácter general, centrándose los sistemas de evaluación predominantemente en el grado de satisfacción del ciudadano-usuario.
2. Los estándares laborales en el sector del empleo público se han rebajado durante la crisis, aunque en términos algo menos drásticos que el sector privado. La Ley de Contratos del Sector Público contiene elementos que pueden contribuir a que la externalización no se traduzca en la rebaja de estándares laborales, sin embargo, se estiman insuficientes.
3. En materia de conciliación, la elevación de la jornada, constituyendo una regresión en las condiciones de trabajo, se ha visto compensada con una

mayor flexibilidad horaria, lo que tiene un impacto positivo en orden a conciliar vida laboral y familiar, estando el sector público por encima de los estándares laborales. Y en materia preventiva, el inacabado desarrollo de la LPRL no ha impedido ciertos avances a los que la negociación colectiva ha contribuido, sobre todo, en el campo de los riesgos de mayor incidencia –los psicosociales-. Sin embargo, la incidencia del drástico reajuste de plantillas ha incrementado la incidencia de riesgos psicosociales, poniendo de manifiesto la existencia de una correlación entre ambientes laborales y profesionales saludables y la calidad y eficiencia en la prestación de servicios públicos.

4. El hecho de que se apueste por la calidad en el empleo como base fundamental de la calidad de los servicios públicos, no significa que el régimen del empleo público no adolezca de problemas. El empleo público y su gestión requieren la introducción de cambios que erradiquen el trabajo a bajo rendimiento, el abuso de poder o la impunidad de conductas perjudiciales para la calidad del servicio público y todo ello, en aras a la defensa del interés general y de las bases del Estado Social y Democrático de Derecho, lo que no equivale a adoptar políticas de precarización.

LA INTERVENCIÓN SINDICAL EN LA GESTIÓN PRIVADA DE SERVICIOS PÚBLICOS

EVA GARRIDO PÉREZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras clave: Servicios públicos, externalización, gestión privada, intervención sindical

La relación sindicatos y administración en un entorno prestacional público se ha encauzado por sendas no estrictamente coincidentes con aquellas que dirigen la lógica conflictual en ámbitos privados. Las técnicas, los instrumentos, las estrategias y los objetivos de orden laboral sin duda varían de un escenario a otro. Sobre esta premisa, la cuestión que de inmediato surge y a la que se ha pretendido dar respuesta en este trabajo, refiere a las variaciones que la gestión privada de servicios públicos puede provocar en los componentes de una acción sindical negociadora y reivindicativa que, por lo general se ha conducido por parámetros tradicionalmente delimitados por el imperium de la administración y el deber de garantizar la prestación de un servicio público.

Destacar las peculiaridades de la actividad sindical en un entorno empresarial de gestión de servicios públicos solo constituye la etapa final de un recorrido que se inicia en esa primera fase en la que la Administración toma la decisión de externalizar un servicio público de su competencia, y a la que sigue todo un procedimiento administrativo de adjudicación. Aun cuando en este recorrido predomina un interés público como protagonista indiscutible, la idea guía del presente trabajo ha sido identificar y respaldar un interés sindical compatible y complementario con aquél, que legitima al sindicato para intervenir en distintas fases y con diversos instrumentos: negociando con la Administración las condiciones y efectos de la externalización públicos, participando en la conformación del expediente administrativo de adjudicación, o planteando acciones conflictivas o judiciales. Urdiendo jurídicamente la vinculación directa del sindicato con el contexto donde tales actuaciones se originan, surge el nexo justificativo del interés legítimo y directo del sindicato para intervenir en esos otros escenarios de operatividad administrativa con efectos en la prestación de un servicio público

ABSTRACT

Key words: Public services, outsourcing, privately run, Trade Union intervention

The relationship trade unions and administration in an environment benefits public is has channeled by paths not strictly matching with those that direct the logical conflictual in fields private. The technical, the instruments, the strategies and the objectives of order labor no doubt vary of a scenario to another. On this premise, the question which immediately arises and to which we have tried to answer in this paper, refers to changes which may result in private of public services management components of a negotiating and vindicating Trade Union action which usually has been conducted by parameters traditionally delimited by the imperium of the Administration and the duty to guarantee the provision of a public service.

Highlight the peculiarities of trade union activity in a business environment of management of public services only constitutes the final stage of a journey that began in that first phase in which the Administration takes the decision to outsource a public service within its competence, and followed by all an administrative procedure for the award.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DESDE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA Y EL INTERÉS SINDICAL
3. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A EMPRESAS PRIVADAS: ¿VIABILIDAD PARA UNA INTERVENCIÓN SINDICAL?
 - 3.1. Apertura del expediente y motivación de la contratación: informes externos
 - 3.2. Tramitación del expediente de contratación: información sobre condiciones e idoneidad de las empresas ofertantes
 - 3.3. Adjudicación del contrato público: intervención por sindicato interesado
4. LA ACTIVIDAD SINDICAL EN UNA EMPRESA PRIVADA PRESTADORA DE UN SERVICIO PÚBLICO: ELEMENTOS DE DIFERENCIACIÓN
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La acciones adoptadas por la Administración o las empresas públicas como respuesta exigible ante requerimientos de contención del déficit y del gasto público, han discurrido por lo general a través de dos líneas prioritarias: la de aplicar un importante recorte en la partida de los gastos ocasionados por la prestación de un servicio, aun manteniendo su gestión directa; o la de eludir precisamente la llevanza o gestión de uno o varios de sus servicios mediante la apertura a su contratación por agentes externos.

En la actuación por una u otra vía de reducción de gasto público, la Administración no ha encontrado ningún tipo de objeción legal, habiendo dispuesto el legislador todo un importante aparato normativo propicio para facilitar una más que evidente disminución de los márgenes prestacionales de los servicios públicos, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, y del que el RDL 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, es uno de sus más evidentes ejemplos. Una línea de actuación que no se ha quedado solo en el ámbito estatal por cuanto también desde algunas Comunidades Autónomas se ha promulgado diversa normativa que bajo el planteamiento general de procurar la sostenibilidad de los servicios públicos encomendados, optan por medidas de distinta naturaleza pero con idéntica finalidad de reducción del déficit y del gasto público en el respectivo territorio¹.

¹ Véase el ejemplo de Cantabria con la Ley 2/2012 de 30 de mayo, sobre medidas administrativas, económicas y financieras para la ejecución del plan de sostenibilidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BO Cantabria de 1 de junio de 2012; BOE 9 de junio de 2012), contemplando medidas de reordenación o redimensionamiento de la propia organización administrativa autonómica (como la supresión de su Consejo Económico y

Mientras que el escenario político-legislativo ha sido pues favorecedor hacia fórmulas de encomienda o cesión de la gestión y/o prestación de servicios públicos, por el contrario sí que ha habido un cierto cuestionamiento social y económico de tal proceder, incidiendo en una supuesta dejación del interés público y en una pérdida de los niveles mínimos de calidad en la prestación de servicios públicos cuando estos son externalizados, dejándose su gestión en manos privadas. Y entre esas voces surgen indiscutiblemente las de las organizaciones sindicales. No ha sido difícil oír las cuando algunas de esas medidas de reorganización o reordenación administrativa o pública con afectación en el ámbito prestacional han provocado pérdida de empleo o han incidido en el reconocimiento de derechos o prerrogativas de los representantes sindicales (como ha sucedido en relación al crédito horario); pero las voces son menos perceptibles, o quizás no tan audibles, cuando se operan externalizaciones, o al menos en su fase inicial, al momento de efectuarse la cesión contractual del servicio público a una empresa o entidad privada. En este estadio de operatividad administrativa con efectos en la prestación de un servicio público, es donde los intereses en juego (de naturaleza económica por lo general) ocupan un papel privilegiado y casi excluyente, concediendo escaso margen de intervención a quienes podrían representar y defender otros intereses de distinta naturaleza pero de igual o superior relevancia. Ahora bien, traspasado el umbral de la procedimentalización y gestionándose ya el servicio público por entes privados, aparece el ámbito o escenario donde se inserta una actividad sindical ya conocida, esto es, aquella funcionalizada hacia los derechos e intereses de los trabajadores que prestan el servicio, pero con la peculiaridad de que sigue teniendo naturaleza pública aunque se ordene bajo parámetros de gestión privada. Una singularidad que puede aportar a su vez rasgos de diferenciación a la acción a desarrollar por las organizaciones sindicales en empresas privadas que prestan y gestionan servicios públicos, con vistas incluso hacia una posible y posterior reversión a su titular.

Asistiéndose pues, desde hace ya décadas, a un intenso debate sobre la idoneidad y justificación de una externalización de servicios públicos, así como sobre sus ventajas e inconvenientes para su mejor prestación en condiciones de cobertura, eficiencia y calidad², y aun participando críticamente el sindicato en dicho debate, sin embargo apenas se ha contemplado desde la perspectiva

Social) o de gestión de personal (como la supresión del complemento por incapacidad temporal, o la no convocatoria de nuevos concursos para cobertura de plazas vacantes).

² Entre otras aportaciones en este debate resulta de especial interés la efectuada por Infante Campos, A. *Repensando los servicios públicos en España*, Documento de trabajo 6/2003 de la Fundación Alternativas; y las contenidas en AA.VV. *Privatización de empresas y descentralización de servicios públicos*, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, Madrid 1998; y en Juan Lozano, A. M^a Y Rodríguez Marquero, J., *La colaboración público-privada en la*

jurídica-laboral, no tanto la general respuesta de las organizaciones sindicales ante un escenario de externalización de servicios públicos, sino de forma especial su grado de presencia, de implicación y en suma la acción sindical en el proceso y desarrollo mismo de tales servicios cuando se gestionan por sujetos privados. Este conjunto de consideraciones aconsejan pues abordar la temática sobre el papel del sindicato en estos procesos de externalización de servicios públicos, sus efectos o consecuencias, y en definitiva cuales pudieran ser los márgenes y el alcance de una actividad sindical operada en un escenario de gestión privada de servicios públicos.

Ahora bien, planteada así en términos generales la cuestión a tratar, su dirección analítica y finalista no se limita tan solo a reivindicar que en estos procesos de privatización o externalización de servicios públicos se inserten mecanismos negociales, por cuanto la defensa del derecho de negociación colectiva en asociación con el de libertad sindical ya de por sí ofrecería mas que un sólido sustento argumental. Al margen o con independencia de esta función particular o específica, la idea básica es mas de orden general, planeando sobre la defensa del papel de las organizaciones sindicales en los sistemas y procesos de decisión que afectan a la prestación de un servicio público, especialmente cuando sale del edificio de la gestión pública para situarse en otro de titularidad privada.

Al respecto, resulta indiscutible el rol que cumplen los sindicatos como organizaciones sociales privadas pero con clara trascendencia pública en el ejercicio de sus funciones, sin olvidar el sello institucional que se imprime a buena parte de sus cometidos. Siguiendo esta línea, podría aducirse que la acción sindical en el ámbito público no solo habría de conducirse por su finalidad propia de defensa de los derechos de quienes prestan servicios laborales, sino también por cierta protección del bien común y del interés general de los ciudadanos en igualdad de condiciones prestacionales. Esta orientación implicaría en suma una acción sindical dirigida a la defensa del propio ámbito público, a la incentivación y mantenimiento de las estructuras orgánicas y funcionales que mejor pudieran prestar y servir los intereses y derechos de los ciudadanos. Sin embargo, no es ésta una vertiente de actuación que haya conformado una característica de la acción sindical en el entorno público, que por lo general se ha desarrollado bajo los tradicionales parámetros de intervención de estricta laboralidad, centrando la atención en las condiciones profesionales de los empleados públicos o de los trabajadores prestadores de servicios públicos bajo dirección privada

financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídicos-financieros". Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2007.

empresarial³. Posiblemente sea la posición de fuerza decisora y negociadora de la Administración pública, que no su debilidad, la que haya provocado y justificado la centralidad de la acción sindical en el aspecto ordenador y pacificador de las relaciones laborales en aquella. No obstante, y por otro lado, la notoria trayectoria de los últimos años en la privatización directa o indirecta de amplios sectores del ámbito público también puede explicar que la mirada sindical se dirija, y deba hacerlo aun con mayor firmeza, hacia el mantenimiento y garantía de los principios básicos de gestión y servicio público.

Conforme pues a estas iniciales consideraciones, la primera actuación analítica a plantear en las líneas que siguen será la conexión del papel institucional del sindicato con el ámbito de decisión administrativa de externalización de un servicio público, a efectos de poder derivar la intervención que en su caso pudiera reclamarse del sindicato. El siguiente paso será ya abordar los escenarios normativos tanto procedimentales como ordenadores de los servicios públicos bajo gestión privada en los que poder situar una actuación interventora de las organizaciones sindicales funcionalizada particularmente a la defensa de la prestación de tales servicios bajo parámetros de cobertura, eficiencia, eficacia y calidad.

2. LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DESDE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA Y EL INTERÉS SINDICAL

Como punto de partida no puede por menos que coincidirse con la apreciación de que las actividades susceptibles de ser encuadradas como servicio público deben conducir a la satisfacción de una necesidad de “interés general”, correspondiendo a la autoridad pública su delimitación⁴. Un interés general cuya satisfacción no solo puede ser garantizada y tutelada por entes públicos, sino también por aquellos que carezcan de tal naturaleza. De hecho, el RDL 3/2011, de 14 de noviembre, aprobando el Texto Refundido de Ley de Contratos del Sector

³ Una priorización en la actividad sindical en el seno del ámbito público que le ha suscitado a las organizaciones sindicales mas representativas profundas críticas sobre su papel parasitario y debilitador de las administraciones públicas. Ejemplo de la especial dureza de algunas criticas se encuentra en RAMÍO, C., “Los sindicatos y la administración pública”, (disponible en <http://www.administracionpublica.com/los-sindicatos-y-la-administracion-publica/>), al señalar que “los sindicatos, en la mayoría de los casos, se han convertido en su relación con la Administración pública en unas organizaciones extractivas y parasitarias. Han priorizado claramente sus intereses egoístas como organizaciones por encima de la defensa institucional del interés general e incluso de la defensa de los trabajadores. Han utilizado su posición de fuerza ante las administraciones públicas para debilitarlas, e incluso en ocasiones para extorsionarlas”.

⁴ Lopez, V., “Concepto y gestión del servicio público”, en AA.VV. *La privatización de los servicios públicos en España*. Edición ATTAC-España, mayo de 2012. Pág. 11.

Público (en adelante, TRLCSP), contempla las distintas modalidades de prestación de servicios públicos por parte de la Administración, abarcando la gestión directa, la gestión interesada, la gestión a través de sociedades de economía mixta, y la gestión privada o indirecta. A su vez, esta última puede procedimentalizarse a través del correspondiente contrato de gestión de servicios públicos en virtud del cual “una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante” (art.8.1 TRLCSP), siempre que se trate de servicios públicos de contenido económico susceptibles de explotación por privados, y con exclusión lógicamente de aquellos servicios que impliquen ejercicio de la *autoritas* inherente a los poderes públicos (art. 275.1 TRLCSP).

Aun bajo las distintas modalidades en las que cabe formalizar la contratación de la gestión de servicios públicos⁵, este tipo de contrato ejemplifica de forma clara y directa la opción de la Administración de externalizar una parte correspondiente a su ámbito competencial para dar viabilidad a que un tercero ajeno acepte su gestión y prestación, asumiendo un riesgo operacional en la explotación del servicio público⁶. Y precisamente, la opción abierta a que aquél sea una empresa con un perfil de dirección y organización no necesariamente coincidente con el propio en una Administración o entidad pública, es la que propicia adoptar este particular ejemplo contractual como el esquema de partida para analizar la

⁵ Estas modalidades, tal como dispone el art. 277 TRLCSP, son: “a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

⁶ De hecho, la calificación de un contrato como de gestión de servicio público y no como un contrato de servicios (contemplado en el art.10 del TRLCSP), va a depender de que en aquél se exija como condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista, de modo que retribución o ganancia dependerá del uso que del servicio hagan los destinatarios, mientras que en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio. Sobre la adecuada tipificación de un contrato como gestión de servicios públicos o como servicio, véase entre otras las Resoluciones 68/2016, de 1 de abril de 2016; 83/2016, de 21 de abril de 2016; y 125/2016, de 3 de junio de 2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, con profusa acogida y cita de resoluciones de otros Tribunales administrativos (tanto del central como de distintas Comunidades Autónomas), de Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (particularmente el informe 12/2010, de 23 de julio), así como de Sentencias del TJUE (de 10 de septiembre de 2009, y de 10 de marzo de 2011) relativas a la diferencia entre ambas modalidades contractuales.

naturaleza y el alcance de una intervención sindical allí donde se programa o se desarrolla la gestión privada de un servicio público⁷.

Indiscutiblemente corresponde al ámbito competencial de la Administración adoptar la decisión de no seguir gestionando de modo directo un servicio público que se sitúa en su esfera prestacional, para externalizarlo y permitir que un tercero asuma dicha tarea. Un proceder que, al margen de otro tipo de consideraciones, sin duda ha constituido un permanente foco de conflicto por su constatada y progresiva frecuencia y por su no siempre adecuada justificación. En este sentido suelen ser ya recurrentes las críticas sobre los riesgos inherentes de una externalización excesiva en relación a un desmantelamiento del aparato público y a una dejación de sus funciones básicas para favorecer la iniciativa privada y la competitividad. Lógicamente no corresponde aquí hacer una inmersión en esta particular trama en la que concurren argumentos a favor y en contra de decisiones administrativas de externalización de servicios públicos, pero sí resulta idóneo extraer de esa trama un hilo con el que urdir un espacio de interés sindical donde poder reivindicar en su caso un tipo de intervención por parte del sindicato que fuera mas allá de su defensa del empleo en el sector público.

A tal fin ha de partirse precisamente de ese mecanismo decisional de la Administración en el que se originan e identifican los concretos motivos que habrían de justificar en su caso la necesidad o idoneidad de transferir la gestión de un servicio público desde el ámbito público al privado, y consiguientemente los objetivos o fines que se pretenderían satisfacer con dicha medida. Un proceso donde pueden pues jugar distinto papel y relevancia motivos de eficiencia y eficacia prestacional, rentabilidad económica, mejora organizativa, perfeccionamiento productivo, etc., anudado todo ello a la mejor satisfacción de un servicio público, pero sin olvidar el peso asignado o por asignar a los niveles y costes del empleo asociado tanto a la prestación de dicho servicio bajo el paraguas público como a su externalización al ámbito privado.

Ante tal proceso decisional de la Administración, cabe pues plantearse cual habría de ser la respuesta del sindicato, si es que alguna le corresponde ofrecer, y cual sería en su caso la lógica de una actuación sindical en este escenario de decisión

⁷ Por dicho motivo, por no contemplar el contexto de una empresa privada que pueda gestionar bajo distintos o singulares parámetros un servicio público adjudicado por la Administración, quedan excluidos del análisis así delineado y presentado las situaciones en las que la gestión de servicios públicos se efectúa mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a tal fin o aquellas otras en que la gestión se encomienda a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública, quedando unas y otras excluidas de una contratación de gestión de servicios públicos ordenada por el TRLCSP_ ex art.8.2.

administrativa. Ciertamente es que aun cuando los sindicatos reciben el calificativo de agentes sociales, no por ello se convierten en sujetos “complementarios a la acción pública y colaboradores con la administración”⁸, pero sí en actores que pueden participar, a través de variadas vías, en el diseño y realización de programas y políticas institucionales. De hecho, su papel institucional les aporta un necesario factor de legitimación para actuar en el marco de la programación y gestión de ciertos servicios a través de los cuales se expresan dichas políticas⁹. Ahora bien, por mucha amplitud que pudiera querer darse a ese papel institucional, su ámbito de aplicación y exigibilidad puede encontrarse con las limitaciones lógicas derivadas de la propia naturaleza jurídica del sindicato y del alcance de su función representativa.

Al respecto, no es necesario incidir en la conocida doctrina constitucional que reconoce a los sindicatos una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo¹⁰. Pero es cierto que esta función de defensa y representación que el sindicato ostenta por sí mismo, aunque no es *uti singulis*, sigue estando conectada a los intereses de los trabajadores, no de otros más generales o de otros sujetos distintos. De ahí la afirmación no cuestionada de que esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte en ámbitos de defensa de intereses generales, no autoriza a concluir sin más que puedan llevar a cabo a priori cualquier actividad en cualquier ámbito, puesto que tal capacidad “no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos

⁸ Como así mantiene por el contrario CARO BLANCO, F., “Las organizaciones sindicales: de la movilización social a la gestión de las políticas sociales”, pág. 3 del texto disponible en http://www.unavarra.es/digitalAssets/149/149689_10000010_p-Caro-Blanco_Gestio-n-sindical.pdf

⁹ Precisamente, las Comunidades Autónomas ejemplifican el firme reconocimiento de dicho papel mediante un importante número de normas propias ordenando y dinamizando la presencia institucional de los sindicatos en órganos y entidades públicas de diverso ámbito competencial y finalístico. Una presencia que sin duda sitúa a las organizaciones sindicales en el centro de decisiones donde se adoptan medidas, planes, propuestas en las líneas generales de actuación autonómica, especialmente la de contenido socioeconómico y laboral. Entre otras, Ley 7/2015, de 2 de abril, de Participación y colaboración institucional de las organizaciones sindicales y empresariales representativas en la Comunitat Valenciana (BOE 28.4. 2015); Ley 10/2014, de 18 de diciembre, de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Canarias (BOE 6.2.2015); Ley 7/1995, de 28 de marzo, de participación de los Agentes Sociales en las Entidades Públicas de la Administración de la Comunidad de Madrid (BOCM 10.4.1995); Ley 17/2008, de 29 de diciembre, de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Galicia (BOE 16.3.2009); Ley 3/2003, de 13 de marzo, sobre participación institucional de los agentes sociales más representativos en Extremadura (BOE 11.4.2003).

¹⁰ Entre otras, SSTC 70/1982, de 29 de diciembre; 37/1983, de 11 de mayo; 187/1987, de 24 de noviembre; y 217/1991, de 14 de noviembre.

de la legalidad”, cualesquiera que sean las circunstancias en las que ésta pretenda hacerse valer¹¹. Por otro lado, también es indiscutible que, desde la orilla de la Administración pública, ésta no puede interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, ni alterar con su intervención la libertad e igualdad en el ejercicio de la actividad sindical o discriminar a un sindicato de modo arbitrario o irrazonable¹².

Pero ni la función institucional del sindicato ni los componentes de la libertad sindical autorizan o condicionan a que la Administración pública abra su campo competencial a la intervención o presencia de los sindicatos en un papel institucional, mas allá de los escenarios de actuación mencionados por las normas donde dicho papel puede y debe desempeñarse. De hecho, desde la propia interpretación constitucional se afirma que por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que es la ley (inicialmente la Ley 9/1987, de 12 de junio) la que reconoce el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito; una ley que “no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de las Administraciones públicas concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento”¹³.

En efecto, desde el punto de vista de la contemplación normativa, el actual Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) precisa con toda claridad cual es el alcance de la intervención negociada de los sindicatos en determinadas decisiones y cuestiones correspondientes al ámbito competencial de la Administración, y si bien parte de la consideración general de que se excluyen de una obligatoria negociación aquellas decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización (lo que sin duda acogería las de externalización de un servicio público), se cuida no obstante de precisar que sí deben negociarse con las organizaciones sindicales competentes las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que pueden quedar afectadas por las decisiones adoptadas en ejercicio de esas potestades de organización (art.37.2.a EBEP).

¹¹ En este sentido, STC 215/2001, de 29 de octubre, siguiendo particularmente las sentencias del mismo Tribunal 210/1994, de 11 de julio, y 101/1996, de 11 de junio.

¹² SSTC 23/1983, de 25 de marzo; 99/1983, de 14 de diciembre; 20/1985, de 14 de febrero, 7/1990, de 18 de enero; 217/1991, de 17 de diciembre; 191/1998, de 29 de septiembre; y 147/2001, de 27 de junio.

¹³ Cfr. STC 80/2000, de 27 de marzo, reiterada en STC 222/2005, 12 septiembre.

Y este derecho de negociación no es algo que quepa eludir bajo motivos de interés u orden público o enmascarar tras otro tipo de trámite administrativo. En tal sentido, “la negociación colectiva no puede asimilarse a un trámite de audiencia o consulta que tiene lugar en cualquier procedimiento administrativo, sino que ha de entenderse con un contenido mucho mas pleno en el que la Administración negociante y las propias organizaciones sindicales negociadoras puedan tener y dar respectivamente sus posiciones y consideraciones en relación al objeto de la negociación”¹⁴. Aun cuando el acuerdo final no es exigible, no cabe poner cortapisas y limitaciones a un proceso negociador que debe proceder bajo los principios formulados por el propio EBEP, entre ellos el de obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia (art.33.1) .

Es precisamente esta negociación la que juega un papel de especial relevancia en situaciones de externalización de servicios públicos por cuanto su posible afectación a los derechos e intereses de los empleados públicos es la que marcaría en su caso la legitimación del sindicato actuante y la exigibilidad del proceso negociador mismo, tanto en la fase inicial de adopción de la decisión de externalizar un servicio para determinar las condiciones laborales afectadas, como en cualquiera otra posterior de la que se derivara un cambio o modificación de las mismas por efecto de una variación en las propias condiciones de externalización del servicio.

De hecho, los posibles acuerdos adoptados pre o post contratación de servicios públicos pueden constituir un indudable factor de legitimidad de las decisiones y actuaciones de la Administración pública con efectos en las relaciones de trabajo del personal que presta el servicio público que se encomienda a la gestión privada. En tal sentido, la Administración responsable de un servicio puede acordar con los sindicatos legitimados para tal negociación las condiciones en las que puede o no producirse una externalización de los servicios que venían prestándose, contemplando la situación del personal afectado, esto es, si la externalización arrastraría una subrogación de empleados desde la empresa pública o empresas externas, o bien en caso contrario una situación de excedentes de empleados que requiriese la adopción de otro tipo de medidas como recolocaciones a otras áreas o servicios administrativos. Asimismo, cabría adoptar, como resultado de estas negociaciones, ciertos compromisos de no externalización durante cierto tiempo o solo excepcionados en caso de concurrencia de causas justificativas de orden organizativo, económico o productivo (con o sin consulta o pacto previo), o bien compromisos de revisar o replantear el mantenimiento de actividades

¹⁴ STSJ Madrid de 29 de marzo de 2010 (recurso contencioso-administrativo nº 719/2008); confirmada por STS contencioso-administrativo de 10 de abril 2012, recurso casación nº 3715/2010.

externalizadas, y proyectándose incluso futuras o posteriores negociaciones para el retorno o reversión del servicio al seno del ámbito público, incluyendo en su caso la previsión de comisiones paritarias para tratar particularmente las situaciones de externalización presentes o futuras.

Los contenidos de este tipo de negociación y el propio fin al que puede destinarse, marcan así intrínsecamente la lógica de la actuación sindical en esta particular fase del proceso decisional de la Administración que conduce a la externalización de un servicio público. Ciertamente el objeto a negociar, conforme a lo previsto normativamente, son las condiciones laborales del personal afectado por una posible pérdida de actividad o un probable cambio de régimen con el que se prestaría tal actividad a consecuencia de su transferencia a un sujeto privado, de donde la línea de actuación de los sindicatos que intervinieran en esa negociación no diferiría de la natural acción en interés y defensa de los derechos de los trabajadores implicados en medidas de racionalización organizativa, eficiencia prestacional y rentabilidad económica. Ahora bien, al plantearse la afectación sobre la plantilla de la decisión de externalizar un servicio público, se abre la puerta a debatir de hecho la causa pero también el efecto de tal decisión, es decir, por un lado, la motivación misma aducida por la Administración para justificar la medida de externalizar un servicio hasta entonces de gestión directa; y por otro lado, las consecuencias anudadas a dicha decisión desde el punto de vista de la preservación del servicio, con los estándares de cobertura, calidad y eficiencia que requiriera, al variar el ente gestor. Insertándose este debate en las negociaciones sobre posibles medidas o actuaciones de externalización en la gestión de servicios públicos, cierto es que el sindicato negociador de algún modo está controlando la corrección o incluso idoneidad económica u organizativa de la externalización proyectada (al modo en que se negocia el sustento justificativo o casual de una medida de extinción colectiva de trabajadores), pero también podría proyectar un papel distinto de defensor de un interés general, valedor de los ciudadanos beneficiarios del servicio público y garante de su mejor prestación; un papel que sin duda no participa de la naturaleza y finalidad última del sindicato, pero que puede expresarse justificadamente en estos particulares ámbitos donde conectan intereses privados y públicos, pudiendo quedar unos y otros recíprocamente condicionados.

En todo caso, y por lo demás, no puede desconocerse la importancia de los acuerdos que pudieran adoptarse ante decisiones o medidas de externalización a la vista de los efectos que pudieran derivarse de su inexistencia cuando fueran obligados, o del incumplimiento de los existentes, en relación a la validez y eficacia de una externalización decidida y procedimentalizada por la Administración obviando una previa negociación al respecto. En concreto, allí

donde se ha procedido a una apertura de contratación pública incumpliendo un previo acuerdo o convenio adoptado con sindicatos sobre no externalización, la jurisdicción laboral se ha encontrado con la lógica dificultad de conocer y enjuiciar la legalidad o ilegalidad de un procedimiento administrativo por incumplimiento de lo pactado en acuerdo o convenio, acogándose en algún caso a la vía de la incompetencia de jurisdicción para evitar entrar en el fondo del asunto¹⁵. Sin embargo, por lo general, aun reconociendo precisamente la no competencia del orden jurisdiccional laboral para conocer de pretensiones de paralizar o anular el expediente o dejar sin efecto la contratación pública (y que como tales se residencian en el orden contencioso-administrativo), sí se ha resuelto declarando que la actuación del sujeto público de externalizar pese a lo pactado con los sindicatos es contrario a derecho¹⁶, o simplemente vulnera el acuerdo alcanzado¹⁷.

Desde la vertiente de la jurisdicción competente para declarar en su caso la nulidad de actuaciones o expedientes administrativos en incumplimiento de lo pactado o sin proceder a desarrollar la oportuna negociación cuando así se impusiera, no ha habido duda alguna a la hora de resolver, en tales circunstancias, con la nulidad de la actuación administrativa en que se produjo tal incumplimiento u omisión¹⁸. La forma imperativa de la norma (“será objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública...” ex art.37.1 EBEP), sugiere el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración, “y, consiguientemente la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se haya omitido este requisito formal, de carácter esencial para la correcta formación de voluntad del órgano autor de la norma”¹⁹; resultando patente que se incumplió con ese cauce o proceso de

¹⁵ Afirmándose que ambas pretensiones (nulidad del procedimiento administrativo y el incumplimiento de lo pactado en convenio) solo pueden conocerse por la jurisdicción contencioso-administrativa competente “quien deberá resolver prejudicialmente sobre la legitimación de AENA para promover el pliego controvertido pese a lo convenido”. Cfr. SAN de 27 de septiembre de 2010 (nº procedimiento 119/2010)

¹⁶ STSJ Madrid de 31 de julio de 2008 (recurso nº 684/2008), confirmada por STS de 21 de julio de 2009 (recurso de casación para unificación de doctrina nº 3389/2008).

¹⁷ STSJ Islas Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 29 de enero de 2009 (recurso nº 747/2008), confirmada por STS de 22 de enero de 2010 (recurso udd nº 925/2009). En el mismo sentido, y en caso similar, STS de 12 de abril de 2011 (recurso udd nº 852/2010).

¹⁸ STS contencioso-administrativo, de 20 de noviembre de 2009 (recurso nº 5189/2006).

¹⁹ STS contencioso-administrativo, 29 de mayo de 1997 (recurso nº 290/1994).

negociación en cuanto que “es esencial la participación de los sindicatos como parte de su acción representativa y como medio primordial de la acción sindical para el cumplimiento de los fines reconocidos a los sindicatos en el artículo 7 de la Constitución”²⁰.

En consecuencia, ante la posición constitucional de la negociación colectiva, la postura o actuación de la Administración responsable de un servicio público que derive en una externalización del mismo, con efectos sobre las condiciones de trabajo del personal implicado en su prestación, y sin proceder a la obligada negociación con los sindicatos legitimados para ello o desconociendo los resultados de una previa negociación sobre tal cuestión, ha de considerarse como “un menoscabo de la posición institucional de los sindicatos en su derecho a participar en la negociación de las condiciones de trabajo así como en su modificación o renegociación”, de modo que comprobándose la actuación de la Administración “contra la posición institucional de esos agentes sociales o resistiéndose frente a la función de regulación laboral que tienen reconocida, será irrelevante ya el resultado de su actuación (más favorable o no) desde la óptica de los contenidos afectados”²¹.

De ahí que cualquiera que fuera el estado del expediente o procedimiento administrativo para la externalización de un servicio público, su apertura o adjudicación sin haber procedido a una previa negociación con los sindicatos (cuando así hubiera sido obligado por la afectación a las condiciones del personal implicado) o incumpliendo con tal proceder un previo acuerdo negociado, derivaría en la ineficacia o anulación de la actuación administrativa, con independencia del resultado, alcance o efectos de la misma.

²⁰ STS contencioso-administrativo de 11 de mayo de 2004 (recurso nº1490/1997), citando al respecto la doctrina del TC sobre la garantía de la libertad negocial y su conexión con la libertad sindical expresada, entre otras, en las sentencias 53/1982, de 22 de julio; 7/1990, de 18 de enero; 75/1992, de 14 de mayo; 80/2000, de 27 de marzo; y 224/2000, de 2 de octubre.

²¹ Cfr. STC 225/2001, de 26 de noviembre, recordando la doctrina constitucional sobre cómo “en la negociación colectiva de condiciones de trabajo converge no sólo la dimensión estrictamente subjetiva de la libertad sindical en relación con el sindicato afectado, entendida esa afectación como perturbación o privación injustificada de medios de acción, sino que alcanza también al sindicato en cuanto representación institucional al que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses (SSTC 3/1981, de 2 de febrero; 70/1982, de 29 de noviembre; 23/1984, de 20 de febrero; 75/1992, de 14 de mayo; y 18/1994, de 20 de enero)”.

3. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A EMPRESAS PRIVADAS: ¿VIABILIDAD PARA UNA INTERVENCIÓN SINDICAL?

3.1. Apertura del expediente y motivación de la contratación: informes externos

Entre la posible intervención del sindicato en procesos negociales donde se debata y acuerde sobre decisiones de externalización de servicios públicos y sus efectos derivados para la condiciones laborales de los empleados públicos afectados, y aquella otra implicación sindical en la gestión del servicio público que ha sido adjudicada a una empresa privada contratista, discurre un procedimiento administrativo de contratación del servicio público conforme a pautas y normas destinadas a proporcionar elementos de garantía de corrección y transparencia a todo el proceso. Y aquí donde imperan condicionamientos de mero interés administrativo público en la selección de la mejor oferta para la adjudicación del servicio, cabe preguntarse si se contempla o se posibilita algún resquicio jurídico para una intervención por aquel sindicato que ostente un interés legítimo a tal efecto.

Recuérdese que es la Administración pública (o una Mutua respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria) quien decide, por motivos o consideraciones de naturaleza institucional, encomendar a un persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia (art.8.1 TRLCSP). De hecho, la norma exige a la Administración que condicione su contratación a la necesidad de cumplir y realizar sus fines institucionales, requiriéndose su acreditación y justificación documentalmente al momento de iniciar el procedimiento administrativo²².

La exigencia de una adecuada motivación, expresiva de una precisa planificación y previsión de las necesidades reales que justifiquen una contratación pública, reviste una especial importancia ante la frecuencia con la que la Administración acude al recurso de la externalización, y de ahí el particular interés en que tal tendencia quede suficientemente justificada incorporando en lo

²² En concreto, y bajo el título *Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación*, el art.22 del TRLCSP señala que “Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

posible ciertos elementos de garantía. Prueba de ello es cómo en los contratos de consultoría, asistencia y servicios, que constituyen el instrumento principal de las externalizaciones, la normativa administrativa²³ obligaba incorporar al expediente administrativo un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justificara debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que contara la Administración para cubrir las necesidades que se trataba de satisfacer a través del contrato. Asimismo, algunas normas sectoriales ordenan un informe previo de un órgano para la externalización de determinados servicios, informe que debe entenderse ha de obrar en el expediente de contratación²⁴.

En consecuencia, y en esta línea abierta a la posibilidad de incorporar informes por parte de unidades, servicios u órganos interesados y/o afectados sobre la necesidad y motivación de un expediente de contratación pública, sería factible que la Administración contratante añadiera al mismo un informe proveniente de las organizaciones sindicales implantadas en el concreto ámbito administrativo, incluso como fruto o resultado de la negociación que en su caso se hubiera abierto en relación a los efectos laborales de la externalización proyectada o decidida por la Administración (en virtud de lo dispuesto en el art.37.2.a) EBEP). No debe despreciarse ni el interés sindical en este tipo de intervención ni tampoco el de la propia Administración pública en fundamentar y justificar adecuadamente el recurso a la externalización, de manera particular tratándose de la gestión de servicios públicos, en tanto que sirve como parámetro de corrección de la medida, de su proporcionalidad con la causa motivadora, y de su adecuación al fin pretendido. Todo lo cual constituye la base de una actuación administrativa sometida a esos principios de publicidad, concurrencia, transparencia, legalidad, igualdad y no discriminación (art. 192.1 TRLCSP), y que debe proyectarse así en todo el expediente y la tramitación administrativa que conduzca a la contratación pública.

²³ Art.202.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

²⁴ Ley de Castilla-La Mancha 19/2002 de Archivos Públicos: “La contratación de la gestión, conservación y custodia de cualquier archivo público integrante del Sistema de Archivos de Castilla-La Mancha exigirá informe previo del Consejo de Archivos de Castilla-La Mancha” (Contratación de la gestión de archivos públicos –art. 9-). Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005, de 15 de junio, de Archivos: La contratación de la gestión, conservación y custodia externa de cualquier archivo público integrante del Sistema Archivístico Valenciano sólo tendrá carácter excepcional en casos de urgencia y exigirá el informe previo del pliego de prescripciones técnicas por parte del centro directivo competente en materia de archivos (Contratación de la gestión externa de los archivos públicos, art. 20).

3.2. Tramitación del expediente de contratación: información sobre condiciones e idoneidad de las empresas ofertantes

Específicamente, los arts. 132 y 133 del TRLCSP contemplan las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos, entre las que se encuentra la obligación de establecer el régimen jurídico de la contratación, incluyendo la determinación del alcance de las prestaciones a favor de los administrados, así como la regulación de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio, que deberán así quedar fijadas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Con tal ordenación normativa, no cabría dudar de la idoneidad del mismo procedimiento administrativo de contratación para garantizar una actuación conforme a los requerimientos y exigencias de una buena administración, y que como resultado del mismo se adjudique la gestión de un servicio público a la empresa o entidad que exprese mejor oferta de eficiencia, cobertura y calidad en la prestación del mismo. Sin embargo, que un procedimiento se exprese de por sí como garantía de legalidad, corrección y adecuación, no significa que no puedan extremarse las cautelas mediante la incorporación de nuevos elementos de control y supervisión. Siguiendo esta línea argumentativa, no se pretende sustentar la necesidad de que los sindicatos tengan, a tal fin, un papel obligado en la procedimentalización del concurso administrativo para la externalización de un servicio público, sino tan solo apuntar la oportunidad y conveniencia de que en particulares situaciones surgidas en el curso de esa procedimentalización puedan cumplir un papel interventor en la misma línea finalista que se predica del propio expediente administrativo.

Cierto es que no hay sustrato jurídico que permita defender una actuación sindical fundamentada en un supuesto interés general por velar y controlar la corrección de la tramitación administrativa y la adecuación de la empresa destinataria de la gestión del servicio público contratado. Prueba de lo cual es la ausencia de una general previsión normativa que contemple la presencia de sindicatos en los órganos o mesas de contratación previstas en el curso del procedimiento administrativo.

Pero que no se contemple de forma expresa por la norma no significa que no fuera factible una intervención de sindicato legitimado que se exprese por ejemplo en una consulta o informe preceptivo sobre la idoneidad de las empresas que opten a la adjudicación del concurso. En esencia, nada impide que en la contratación se incorpore una intervención con tal fin habida cuenta del principio de libertad de pactos que al respecto contempla el art.25.1 del TRLCSP: “En

los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. En consecuencia, y una vez mas debe insistirse en que no hay impedimento legal alguno a que en su caso pudiera incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas la oportunidad o viabilidad de un preceptivo informe de los órganos de representación del personal y/o de los sindicatos implantados en la empresa que se presenta al concurso, y que tuviera bien un alcance general sobre la idoneidad de la misma para ser adjudicataria del servicio público que se oferta, o bien un enfoque mas concreto sobre las condiciones de trabajo que se aplicarían a los servicios que en su caso se adjudicaran a la empresa. En este sentido no resulta anómalo que el órgano de contratación pueda incluir en el pliego de cláusulas administrativas la necesidad de que los sujetos candidatos acrediten el cumplimiento de ciertas obligaciones fiscales, de protección del medio ambiente o en materia de empleo, como es por ejemplo contar con un determinado número de trabajadores discapacitados o medidas alternativas correspondientes²⁵, o las condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales que serían aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato (art.119.1 TRLCSP), o que manifiesten haber tenido en cuenta todas estas obligaciones y condiciones en la elaboración de sus ofertas (art.119.2 TRLCSP).

De contemplarse esta posibilidad de insertar entre la documentación acreditativa de la empresa ofertante un tal informe de los representantes del personal en la misma, qué duda cabe que el sindicato interventor (directamente o a través del correspondiente órgano de representación) puede desarrollar un papel de garante de la adecuación de las ofertas a los requerimientos estipulados en el pliego de cláusulas, y en definitiva de la capacitación y solvencia de la empresa que pudiera resultar suministradora del servicio tras su oportuna adjudicación, o en general del cumplimiento de sus obligaciones laborales y de seguridad social. Una intervención que resultaría de especial interés y relevancia en aquellos casos en los que también se incluya en el pliego de estipulaciones administrativas una cláusula de subrogación por el que la nueva empresa adjudicataria de la gestión del servicio público hubiera de subrogarse como empleadora en determinadas

²⁵ Ya la propia Disposición Adicional 4ª del TRLCSP prevé que los órganos de contratación ponderen el cumplimiento por parte de los licitadores, cuando ello sea obligado, de la contratación del 2% de trabajadores con discapacidad o la adopción de medidas alternativas; o incluso que incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, siempre que dichas proposiciones iguallen en su términos a las mas ventajosas considerando los criterios que actúan como base para la adjudicación.

relaciones laborales²⁶. Al respecto debe tenerse en cuenta que la exigibilidad de una subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato público, en su caso no derivaría del contrato mismo sino de las normas laborales, particularmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate y donde se ejecute dicho contrato público. Mas aun, al nacer la obligación de subrogación de la norma laboral y no del contrato, resulta irrelevante que aparezca una indicación en tal sentido en el pliego de cláusulas administrativas, y si aparece ostenta tan solo efectos informativos²⁷. Consiguientemente, la subrogación no es mas que el trasfondo de una obligación que la ley impone a la Administración en relación con los candidatos o licitadores con el fin de que estos conozcan los costes derivados de los contratos públicos en el momento de elaborar su oferta, pues no otro es el sentido de la exigencia impuesta al órgano de contratación (art.120 TRLCSP) de facilitar a los posibles candidatos, en el propio pliego o documentación complementaria, de toda la información que fuera necesaria sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación con el fin de que aquellos puedan evaluar los costes laborales de tal cláusula a la hora de presentar sus ofertas. A tal fin, el mismo precepto prevé que el propio órgano de contratación requiera dicha información a la empresa que venía desarrollando el servicio objeto del contrato a adjudicar, y dada la generalidad con la que se contempla el alcance de tal información (las condiciones de los contratos de los trabajadores que serían subrogados) nada impediría que pudiera incorporarse un informe sobre tales extremos proveniente de las instancias representativas del personal de la empresa en cuestión, de ser práctica o materia objeto de acuerdo o negociación en aquélla.

²⁶ Sobre esta temática en general, vid. Fernández Fernández, R., *La sucesión de empresas en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2008, págs. 67 ss.

²⁷ Este es el criterio acogido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/09, de 26 de febrero, relativo a la “Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes”, citado y seguido por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía en su Informe 5/2014, de 24 de noviembre, sobre “diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública”, añadiendo que en caso de no existir convenio de referencia que exigiera la subrogación, “el pliego no podría, en principio, establecer la obligación de subrogación *ex novo*, puesto que afecta a terceros (trabajadores de la empresa saliente), y excedería del ámbito administrativo y de la relación entre la Administración y el contratista”. En apoyo de esta última afirmación, cita la Resolución 141/2013, de 5 de abril de 2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, afirmando precisamente que “por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito propio del pliego de cláusulas administrativas particulares al rebasar el ámbito subjetivo propio de los contratos administrativos que se circunscribe a las relaciones jurídicas entre las partes (Administración contratante y empresario que haya resultado adjudicatario) de dicho contrato...y no a terceros ajenos al vínculo contractual”.

3.3. Adjudicación del contrato público: intervención por sindicato interesado

Con independencia de esta posible actuación sindical insertada en el procedimiento mismo previo a la adjudicación del contrato, aun cabría identificar otro escenario donde sustentar la oportunidad de una nueva intervención: en concreto, al momento de plantear una queja, reclamación o recurso contra la adjudicación efectuada como resultado final del proceso, y que podría actuarse por aquel sindicato que ostentara un interés legítimo y directo en la adjudicación o en las consecuencias derivadas del misma.

Siguiendo en este punto el propio proceso de selección del contratista y de adjudicación de los contratos, tal y como se ordena en el TRLCSP, la tramitación y los criterios a seguir dependen en lo esencial del procedimiento de adjudicación elegido, si abierto o restringido, negociado o de diálogo competitivo (arts. 138 ss. TRLSCP). Pero de forma particular, el procedimiento negociado (conforme al cual la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos _ex art.169.1 TRLCSP) se contempla para determinados supuestos previstos expresamente por la norma²⁸ y en concreto para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos en dos casos particulares: cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta, y cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento del contrato de gestión de servicio²⁹ sea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años (art.172 TRLCSP). Unas estipulaciones que muestran la especial complejidad de ciertos contratos de gestión de servicios públicos y la necesidad de articular particulares procedimientos de adjudicación, recayendo en los órganos de contratación la obligación y responsabilidad de proporcionar una previa información adecuada y completa sobre las condiciones de contratación³⁰, de efectuar una valoración de

²⁸ Tales situaciones son las siguientes: cuando las proposiciones presentadas sean irregulares o inaceptables o por empresarios carentes de aptitud; cuando tras un procedimiento abierto o restringido no se haya presentado oferta o candidatura o no sean adecuadas; cuando por determinados motivos solo pueda encomendarse a un empresario determinado; cuando por urgencia se exija una pronta ejecución del contrato; o cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado (art. 170 TRLCSP).

²⁹ Entendidos como aquellos gastos e inversiones que el futuro adjudicatario deberá asumir para la puesta en marcha del servicio.

³⁰ Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas deben anunciarse en el BOE o en los boletines oficiales autonómicos o provinciales, así como también en el Diario Oficial de la Unión Europea si se trata de contratos sujetos a regulación armonizada (art.142.1 TRLCSP). Los anuncios de licitación habrían de publicarse igualmente en el perfil del contratante del órgano de contratación (art.142.2 TRLCSP).

las ofertas conforme a los criterios expresados normativamente³¹, y de proceder a la adjudicación motivada del contrato a la oferta o propuesta que mejor se adecue a tales criterios y a los propios fines institucionales que justificaron en última instancia la decisión de externalizar la gestión de un servicio público³².

Considerando la relevancia de estas decisiones y la importancia de sus efectos, es lógica la preocupación de la norma por someterlas al máximo al principio de publicidad y transparencia, no solo obligando a trasladar copia de los contratos adjudicados y celebrados a determinados órganos de fiscalización³³, sino también insertando ya previamente cada paso del expediente en plataformas

³¹ El art.150 TRLCSP especifica que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente mas ventajosa “deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato”, mencionando, entre otros, la calidad, el precio, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, etc. Y aun cuando la norma posibilita la utilización de un solo criterio de adjudicación (en cuyo caso ha de ser necesariamente el del precio mas bajo), obliga a valorar mas de un criterio en la adjudicación de determinados contratos, entre los que se encuentran los contratos de gestión de servicios públicos (apartado 3). En todo caso, los criterios que se tendrán en cuenta en la adjudicación han de ser determinados por el órgano de contratación y expresados en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (apartado 2 del mismo precepto). Asimismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2003/18/CE, cuyo art.58 menciona una serie de criterios de selección que pueden ser aplicados por la entidades adjudicadoras: idoneidad, solvencia económica y financiera; capacidad técnica y profesional; y sistemas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental. obliga a valorar mas de un criterios en la adjudiciacion de determinados cecedsarfiamengte dberlas prestaciones a contratar, etc

³² Exige la norma que la adjudicación sea motivada, notificándose a los candidatos o licitadores, y publicándose en el perfil del contratante correspondiente del órgano de contratación (art.151.4 TRLCSP), aunque permite que dicho órgano no comunique determinados datos relativos a la adjudicación si considera, con la debida justificación en el expediente, que su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado...” (art.153 TRLCSP).

³³ En este sentido, el TRLCSP requiere que, a los fines de efectuar una labor fiscalizadora, dentro de los tres meses siguientes a la formalización de un contrato del sector público, debe remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiera formalizado, acompañado de un extracto del expediente del que derive, siempre y cuando la cuantía del contrato exceda de 600.000 euros tratándose, entre otros, de un contrato de gestión de servicios públicos (art.29.1). Asimismo, y en igual plazo, “se remitirá por el órgano de contratación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado la información sobre los contratos que reglamentariamente se determine, a efectos de cumplimiento de la normativa internacional” (art.30).

de acceso público con el fin de que cualquier interesado pueda acceder a toda la información obrante en el procedimiento (excepto aquella calificada especial y justificadamente como reservada)³⁴. En este escenario puede surgir una actuación interventora del sindicato poniendo de manifiesto circunstancias que cuanto menos cuestionen la adjudicación del contrato y la ejecución del mismo por la empresa contratista o adjudicataria.

Así por un lado, y habida cuenta de la información y documentación sobre el procedimiento de contratación a la que se puede acceder públicamente, habría que admitir la posibilidad de que los sindicatos con presencia en la empresa adjudicataria (directamente o a través de los órganos de representación) estimaran conveniente o necesario hacer llegar al órgano de contratación correspondiente alguna circunstancia, de la que aquellos tuvieran conocimiento directo, relativa a dicha empresa (no conocida o manifestada en el curso del procedimiento), y que pudiera derivar bien en una imposibilidad de adjudicarle el contrato por incurrir en una prohibición de contratación, como no hallarse al corriente de obligaciones de Seguridad Social o el no cumplimiento del 2% de reserva para personas con discapacidad³⁵; o bien en una causa de resolución del contrato, de las previstas normativamente (art. 223 TRLCSP), como puede ser una situación económica-financiera que condujera a una declaración de concurso o insolvencia, o una insuficiencia de personal o medios materiales que sustentara la imposibilidad de ejecutar la prestación o continuar ejecutándola.

Pero por otro lado, cabría otro tipo de intervención sindical en este concreto contexto a través específicamente del planteamiento de un recurso especial en materia de contratación, previo a la interposición del recurso ordinario contencioso-

³⁴ Es el caso por ejemplo de la plataforma de contratación del sector público (disponible en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>) donde se encuentra toda la información respecto de cada licitación / expediente, con pliego de cláusulas administrativas y demás documentación: el anuncio de convocatoria de licitación pública para la adjudicación de una obra o servicio, donde se expresa la entidad adjudicadora, el objeto del contrato, término de ejecución, así como la tramitación, procedimiento y forma de adjudicación (donde se incluyen los criterios evaluables así como forma de designación y convocatorias de las mesas de contratación); presupuesto base de licitación, garantía y demás cuestiones de documentación e información, así como medio, lugar y prestación de ofertas; requerimientos de los licitadores (solvencia, experiencia profesional, técnica, económica y financiera); condiciones especiales de ejecución (como creación de empleo y comprobación del cumplimiento de obligaciones de Seguridad Social). Asimismo, por disposición del propio TRLCSP (art.333) existe un registro de contratos del sector público (accesible desde la web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), donde consta toda la información relativa a los contratos adjudicados por todos los órganos de contratación, tanto centrales como periféricos, organismos autónomos y restantes entidades de derecho público.

³⁵ Circunstancias mencionadas, entre otras, en el art.60 TRLCSP dedicado a las prohibiciones de contratar.

administrativo, que el TRLCSP (artículos 40 y siguientes) posibilita y ordena para determinados tipos de contratos que pretendan concertar las administraciones públicas y entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, entre ellos los contratos de gestión de servicios públicos de determinado presupuesto y plazo de duración³⁶. Como precisa la norma, podrán ser objeto de este recurso especial no solo los acuerdos finales de adjudicación, sino también los previos anuncios de licitación y pliegos de cláusulas administrativas, así como aquellos actos de tramitación que decidan sobre la adjudicación, impidan continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (art.40.2 TRLCSP). De ahí que se contemple con amplitud la legitimación para interponer dicho recurso especial, abarcando a “toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso” (art.42 TRLCSP)³⁷.

Consiguientemente la norma posibilita que los sindicatos, al menos en abstracto, puedan interponer este recurso especial en atención a los derechos e intereses que representan y que pueden haber quedado afectados, perjudicados o lesionados por el proceso de adjudicación de un contrato de gestión de servicio público. De ello, dan buena prueba ciertas resoluciones de los tribunales administrativos que son competentes para resolver este recurso especial en materia de contratación³⁸, decidiendo sobre aquellos recursos planteados por sindicatos, pero una vez dilucidada y resuelta la cuestión de su concreta legitimación en virtud de la titularidad o no de un derecho o interés legítimo. Con carácter general, y recurriendo en este sentido a conocida jurisprudencia sobre el contenido y alcance que debe otorgarse a dicho concepto de interés legítimo, las resoluciones administrativas exigen la acreditación de una relación unívoca entre el sujeto y

³⁶ Concretamente, los contratos de gestión de servicios públicos “en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración sea superior a cinco años” (art.40.1.c).

³⁷ Una previsión que se complementa con el art.31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, que al listar a los que se consideran interesados en el procedimiento administrativo, precisa que “las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca”. Mismo redactado que se mantiene en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y que una vez entre en vigor (2 de octubre de 2016) sustituirá a la Ley 30/1992.

³⁸ Tal como se dispone en el art.41 del TRLCSP, en el ámbito de la Administración General del Estado, el órgano competente para la resolución del recurso es un órgano especializado y con plena independencia funcional, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En el ámbito de las Comunidades Autónomas deben también crearse y funcionar un órgano independiente con igual función, como el que ya existe en concreto en el seno de la Junta de Andalucía, en virtud del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

el acto impugnado (pretensión) que comporte que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierta y concreta, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento³⁹.

Más específicamente, el criterio adoptado por el Tribunal Administrativo de resolución de estos recursos contractuales para los supuestos en que se plantean por terceros no licitadores, es que el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que el recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación del pliego, acto de tramitación o acuerdo de adjudicación que sea objeto del recurso⁴⁰. Un criterio que ha conducido por ejemplo a negar en ocasiones la legitimación de usuarios por carecer de un interés legítimo en la concreta adjudicación⁴¹, o a concedérsela a colegios profesionales⁴² y a asociacio-

³⁹ Así por ejemplo, Resolución 89/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con cita de jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS sala de lo contencioso-administrativo de 20 de mayo de 2008, recurso nº 63/2007, y de 19 de mayo de 2000, recurso nº 4605/1994), y del TC (entre otras SSTC 60/1982 de 11 de octubre, 62/1983 de 11 de julio, 257/1988 de 22 de diciembre, 97/1991 de 9 de mayo, y 195/1992 de 16 de noviembre).

⁴⁰ En este sentido, Resoluciones 212/2013, de 5 de junio, y 398/2015, de 17 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, seguida por la reciente Resolución 83/2016, de 21 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

⁴¹ "... interés, que en el caso de los usuarios de un servicio público, este Tribunal considera que debe residir en los distintos aspectos de la prestación de tal servicio, (calidad, suficiencia, gratuidad o copago, etc.). En este caso resulta cuestionable que a los recurrentes pueda perjudicarles que la prestación del servicio del que ahora son usuarios, se adjudique a una empresa distinta de la que hasta ahora lo venía prestando, al no esgrimir motivos concretos en relación con la calidad técnica del servicio ofertado por aquella, para fundamentar la cuestión de nulidad planteada". Cfr. Acuerdo 11/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 1 de junio de 2011, citado por Resolución 79/2016, de 8 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, resolviendo un supuesto similar.

⁴² Cuando queda evidente la incidencia que el acto impugnado puede tener en la esfera de los intereses profesionales defendidos por el colegio recurrente, como así se concluyó en Resolución 301/2015, de 18 de agosto, del Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, con cita de la STS de 24 de enero de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 16/2009) negando la legitimación de los colegidos profesionales "para recurrir contra cualquier acto administrativo o disposición general que pueda tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación, ni sobre los derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de las cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales, si no se aprecia una conexión específica entre el acto o disposición impugnado y la actuación o el estatuto de la profesión".

nes representativas de intereses profesionales⁴³. Asimismo, la legitimación de los sindicatos para interponer este recurso especial ha sido analizada bajo los mismos parámetros, considerándose que la legitimación abstracta y general de los sindicatos ha de tener una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entable ante los tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada⁴⁴, y para lo que no es suficiente la mera invocación de la defensa genérica de los intereses colectivos de los trabajadores, sino que se ha de identificar un interés concreto real y efectivo⁴⁵, de donde su ausencia o falta de acreditación conduce consiguientemente y sin mas a negar la legitimación activa del sindicato recurrente en algunos de los recursos planteados en los que así se constataba⁴⁶.

4. LA ACTIVIDAD SINDICAL EN UNA EMPRESA PRIVADA PRESTADORA DE UN SERVICIO PÚBLICO: ELEMENTOS DE DIFERENCIACIÓN

Cuando la gestión de un servicio público traspasa el ámbito de la dirección pública para pasar a la de perfil privado, varía sustancialmente el entorno donde ejercer una acción sindical y con ello tanto su alcance y funcionalidad como los instrumentos a través de los cuales aquella puede expresarse. De hecho, difícilmente puede afirmarse con carácter general que la acción sindical en una actividad de prestación de servicio público bajo gestión privada refleje

⁴³ “Siempre que los intereses representados se relacionen con el objeto del contrato que se impugna, y el recurso se formule en defensa de los intereses colectivos de sus asociados y no de los particulares de uno de sus componentes”. Cfr. STS de 28 de abril de 2015 (recurso nº 73/2014), citada y seguida por la Resolución 351/2016, de 6 de mayo de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

⁴⁴ Resolución 64/2013, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, citando al respecto las SSTC 210/1994 de 11 de julio, 358/2006 de 18 de diciembre, 153/2007 de 18 de junio, y 33/2009 de 9 de febrero.

⁴⁵ Cfr. STS de 17 de mayo de 2005 (recurso nº 511/2002).

⁴⁶ Así por ejemplo en las Resoluciones 89/2011 de 23 de marzo, 44/2012 de 25 de abril, y 68/2016, de 1 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Ésta última, por un lado, consideró que uno de los motivos del recurso (la ausencia en el pliego de la información exigida por el art. 20 TRLCSP, esto es, datos relativos a la subrogación del personal que prestara en ese momento el servicio) “excede del ámbito propio de la organización sindical, concluyendo que ésta no tiene interés legítimo para combatir los pliegos si impugna deficiencias del mismo que afectan a los licitadores puesto que, en este caso, carecería de legitimación al no representar los intereses de éstos”. Pero por otro lado, y en relación a otro de los motivos del recurso, que afectaba al personal que había de ejecutar la prestación, la misma resolución sí admitió como acreditado el interés legítimo del sindicato por la relación entre el motivo y el interés que defiende la organización sindical (el colectivo de defensa de los derechos de los trabajadores afectados por la contratación proyectada).

igual acción sindical que en una empresa o ente público solo que cambiando el escenario.

El ejemplo mas evidente se encuentra en la negociación colectiva. Frente a su limitación formal y material en el ámbito de la administración pública (solo admitiéndose la negociación de condiciones laborales de los empleados públicos sin cubrir ningún otra cuestión de interés general de empleados y/o representantes), se abre todo el campo de posibilidades que el propio derecho a la negociación colectiva puede encontrar en una empresa o ente privado. Y no solo es este derecho el que adquiere todo su valor como instrumento de intervención en la dirección y prestación de un servicio público desde un ámbito empresarial privado, por cuanto que determinadas decisiones que desde éste se adopten para la gestión del mismo y que inciden en el núcleo interventor de los representantes del personal, han de someterse a las conocidas y ordinarias directrices de actividad representativa (y sindical por ende) a través de las potestades de información, consulta, control y vigilancia reconocidas en intenso y extenso por la normativa laboral.

No debe olvidarse que al traspasarse la gestión y prestación de un servicio público del ámbito de lo público a lo privado, cobra presencia una dirección “empresarial” aun con todas las particularidades que se quiera por gestionar un servicio público, entre ellas la de admitir su seguimiento y control por la Administración o ente público responsable⁴⁷, y donde también tendrá el espacio que le compete la representación del personal al que se le encomienda la prestación de ese servicio.

En consecuencia, cabría preguntarse qué particularidades presenta un servicio público gestionado por sujetos privados a los efectos de la actividad sindical. O alterando los términos del debate, si la actividad sindical que se desarrolla bajo una empresa privada difiere o debe diferir cuando la misma gestiona un servicio público, y si éste en definitiva marca las condiciones o límites de la actuación sindical que pudiera desarrollarse en tal contexto.

Por lo pronto, los instrumentos son los conocidos y de general operatividad en la gestión de las relaciones laborales en una empresa, pero también lo son los sujetos intervinientes en este escenario. Trasladándose la prestación de un servicio

⁴⁷ El art.279.1 TRLCSP, en sede de ejecución del contrato de gestión de servicios públicos, y una vez señaladas las obligaciones del contratista a tal fin, precisa que “en todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”.

público a un ámbito privado, el personal dotado para su encomienda o desempeño marcará la naturaleza de los sujetos representativos y las competencias asignadas para participar en la gestión ordinaria del servicio público que conforma, en todo o en parte, la actividad de la empresa o ente privado gestor.

De hecho, al cambiar el escenario en el que se presta el servicio público habría de admitirse la posibilidad de una variación en el alcance de la actividad sindical y en los instrumentos puestos a su disposición. En concreto, la acción representativa se operaría por mediación de los sujetos y órganos contemplados en la ordenación del ET (no por el EBEP), conjuntamente con los indicados en la LOLS, y sin las limitaciones competenciales que sufren los órganos de representación de los empleados públicos. De este modo, la actividad sindical en una empresa gestora de un servicio público no encontraría las restricciones materiales que se asocian a los derechos de información y consulta que se ejercitan por las Juntas de Personal y los Delegados de Personal de conformidad con el art.40 EBEP, pudiendo contar, por el contrario, con todo el alcance material que proporciona con carácter general el artículo 64 del ET a tales derechos de información y consulta en relación a todas “aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa”, en tal caso en su proyección de actividad prestadora de servicio público.

Asimismo, cabría incorporar otros elementos de novedad y singularidad en la orientación finalista de la intervención sindical operada en una empresa privada gestora y prestadora de un servicio público, y que apareciera como diferencial respecto de aquella otra desarrollada en contextos empresariales en los que no concurre tal circunstancia.

Un primer elemento conectaría con la negociación de las condiciones laborales del personal de dicha empresa cuando en la asunción del servicio público a gestionar se incluyó la subrogación de los empleados que venían desarrollando con anterioridad tal servicio bajo otra empresa privada gestora del mismo por efecto de una contratación pública previa. En tal contexto, la actividad sindical se encuentra con el frente de la necesaria protección y preservación de las condiciones laborales derivadas por efecto de la subrogación, concretamente el respeto por los derechos y obligaciones que el personal de la empresa saliente, y adscritos a la nueva titular de la contrata, venían disfrutando en aquella. Al respecto debe tenerse en cuenta que los efectos del incumplimiento total o parcial por la nueva empresa adjudicataria o contratista de su obligación de subrogación (ya sea no acogiendo al personal anterior adscrito al servicio, ya sea haciéndolo pero sin respetar las mismas condiciones), solo se proyectarán en el estricto ámbito laboral, sin afectar a la validez y ejecución del contrato público. En tal sentido,

recuérdese cómo desde los órganos administrativos competentes se mantiene el criterio de que la incorporación en su caso de una obligación de subrogación en los pliegos de cláusulas solo tiene efectos informativos, hasta el punto de que su falta de previsión no afecta a su exigibilidad si ésta derivara de una norma general aplicable en el sector, de donde “la obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato público, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales”⁴⁸.

Un frente similar, aun de diverso signo, puede originarse en el supuesto de que la empresa contratista o adjudicataria inicialmente del servicio público decida -y sea autorizada por el órgano de contratación correspondiente- ceder el contrato público a un tercero una vez cumplidas determinadas condiciones expresadas en la norma⁴⁹, en cuyo caso “el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente” (art.226.3 TRLCSP). Igualmente la norma posibilita (o en algún caso impone⁵⁰) que la empresa contratista recurra a la subcontratación, concertando con terceros la realización parcial de la prestación adjudicada⁵¹, en cuyo caso la propia norma confirma la obligación del contratista de informar de la subcontratación a los representantes de los trabajadores, “de acuerdo con la legislación laboral” (art.227.6 TRLCSP). Tanto en el caso de la cesión a terceros como en el de subcontratación, son los respectivos acuerdos de condiciones los que hubieran de contemplar en su caso

⁴⁸ Cfr. Informe 58/08, de 26 de febrero de 2010, “Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes”, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado. Seguido en el mismo sentido por el Informe 5/2014, de 24 de noviembre de 2014, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía “sobre diversas cuestiones surgidas en torno a la figura de la subrogación de personal en materia de contratación pública”.

⁴⁹ En concreto, haber ejecutado ya parte del contrato o explotado la gestión del servicio público (al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato) y que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible, y no esté incurso en prohibiciones de contratar (art.226 TRLCSP).

⁵⁰ En efecto, el órgano de contratación puede imponer al contratista adjudicatario que recurra a la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, siempre que así previamente lo hubiera advertido en el anuncio o en el pliego, en relación a “determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50% del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptible de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilidad profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla (art.227.8 TRLCSP).

⁵¹ “Salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario” (Art.227 TRLCSP). En todo caso, advierte el art. 289 TRLCSP que “en el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias”.

los posibles efectos subrogatorios de ambas situaciones sobre las prestaciones laborales que venían cumpliendo el contrato de gestión de servicio público que se traspasa en todo o en parte a un tercero. De ser así, se abre lógicamente el espacio en el que deben intervenir, siquiera con la debida información, los representantes del personal afectado, tanto de ese tercero contratista como de la empresa cedente o contratante, a los fines de la salvaguardia y protección de los derechos de los empleados implicados, pero en asociación con la necesaria garantía de una prestación eficiente y de calidad del servicio público que es objeto de estas vicisitudes contractuales administrativas.

Precisamente, un segundo elemento a considerar en la actividad sindical que se proyectara en un contexto de gestión privada de servicios públicos, derivaría de la posible pauta o motivación inspiradora en la planificación de los recursos humanos, provisión de puestos de trabajo y posibles reestructuraciones de la plantilla en un tal contexto empresarial. Partiendo de que conforme al ET (y escapando del EBEP que dejaba escaso resquicio a la intervención, negociada o no, de las organizaciones sindicales en materia de ordenación de la actividad profesional _ex Título V) los sistemas representativos del personal en una empresa gestora de servicio público cuentan con los mecanismos de información, consulta o negociación sobre tales extremos, debe considerarse la necesidad, mas que la idoneidad, de incorporar en el debate sindical sobre decisiones empresariales en materia de reestructuración de recursos humanos, sistema de provisión de puestos de trabajo, ordenación de los mismos, etc., de parámetros que no sean únicamente los habituales de orden económico u organizativo, sino también de aquellos otros que consideren los requerimientos del servicio público que constituye el objeto de la actividad empresarial. Esto es, a la hora de abordar el diseño de la ordenación del trabajo y la planificación del personal en la empresa, las ideas motivadoras y causales no deberían circunscribirse únicamente a las de origen o interés puramente empresarial puesto que sobre ellas planea con especial relevancia otro interés público a cuya satisfacción y cumplimiento se comprometió expresa o implícitamente la empresa al serle adjudicado la gestión del servicio público en cuestión. Significa ello que aun cuando dicho servicio se someta a un sistema gestional y organizativo de perfiles puramente empresariales, han de seguir predominando los mismos criterios de cobertura, eficiencia, eficacia y calidad del servicio que venían imperando con carácter general (a priori) bajo gestión pública. Unos criterios que deben inspirar particularmente las vías de encuentro empresa-instancias representativas de los trabajadores ante posibles medidas de flexibilidad interna y reestructuración de personal que pudieran repercutir en una prestación del servicio en inferiores condiciones y medios que los que requieren el interés público al que aquél está destinado a satisfacer, por cuanto que en última instancia es la debida prestación del servicio público la que debe condicionar la disponibilidad y necesidad de personal.

Y finalmente, otro de los posibles elementos que podrían inspirar una particular acción sindical en el seno de una empresa que gestiona y presta un servicio público, se relaciona con una previsión o planificación de posterior reversión del servicio a la gestión pública bien por finalizar el plazo contractual (art.283.1 TRLCSP) o bien por acordar la administración el rescate del servicio para gestionarlo directamente por razones de interés público (art. 287.2 TRLCSP)⁵². De hecho, la posibilidad de que la Administración recupere la gestión de un servicio público hasta entonces de gestión privada, es un debate que está cobrando en la actualidad una especial relevancia, con claros defensores de una reversión que en ciertos casos parece presentarse como mas eficiente desde los parámetros de coste y calidad⁵³.

Sin entrar de lleno en dicho debate, interesa aquí destacar cómo al igual que la Administración que gestionaba inicialmente el servicio público debía someter a negociación una decisión de externalización del mismo cuando repercutiera en las condiciones de trabajo de los empleados, el proceso inverso en el que la prestación de dicho servicio pasara nuevamente al ámbito público no podría decidirse y adoptarse sin operar la intervención que normativamente competiera a la representación del personal. En esta sede, la actividad sindical encuentra puntos de anclaje con la mas tradicional acción de defensa y protección de los intereses de los trabajadores, al quedar ya relegada la defensa de lo público ante la exclusiva atención que requiere la contemplación de la situación contractual de los trabajadores que habían venido prestando el servicio público que posteriormente revierte a su titular. Situación similar que se trasluciría para el personal de la empresa por finalización del contrato de gestión del servicio público, pero sin reversión al ámbito público al iniciarse un nuevo proceso de contratación y adjudicación a distinta empresa. Tanto en uno como en otro caso, los empleados de la empresa privada que estuvieron asignados a la prestación del servicio público podrían quedar bajo el efecto de una subrogación siguiendo al servicio bajo la nueva empresa contratista del mismo, siempre que así se impusiera por el convenio colectivo aplicable en el sector, incluyéndose en su caso en el pliego de condiciones de la contratación, o bien podrían ser subrogados por la Administración o entidad pública al que revertiera en su caso tal servicio, si asimismo tal efecto hubiera

⁵² Sobre el juego de la subrogación en los casos de rescate o reversión por la Administración de la concesión administrativa, vid. Fernández Fernández, R., *La sucesión de empresas en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Op.cit.. págs. 130 ss.

⁵³ Véase al respecto recientemente, recogiendo y participando de este debate, Alfonso Mellado, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”. Revista de Derecho Social nº 73, 2016, págs. 25 ss.

sido objeto de acuerdo en la negociación con los sindicatos en esa previa fase de decisión de externalizar tal servicio.

Los problemas pueden surgir en aquellas situaciones en las que, iniciado un nuevo procedimiento administrativo de contratación para la gestión del servicio público, éste finalizara sin una posterior adjudicación a empresa alguna o la nueva empresa contratista no quedara obligada a la subrogación del personal al no incluirse así en el pliego de condiciones y al no existir norma convencional que exigiera dicho efecto. En tales contextos, la intervención sindical encuentra un nuevo frente de actuación, bien desde la empresa inicialmente contratista a los fines de la reordenación del personal excedente no subrogado o bien desde la Administración o entidad pública titular del servicio, ya sea para adoptar el compromiso de garantizar la subrogación en los concursos para la gestión de servicios públicos o ya sea para acoger al personal de la anterior empresa gestora que no fue asumido por la posterior adjudicataria al no quedar obligada a la subrogación por ausencia de tal cláusula en las condiciones de contratación pública y de estipulación convencional que así lo exigiera ⁵⁴.

Ahora bien, abierto este frente de la actuación sindical en un contexto de garantías en relación a los efectos de una externalización de servicio público sobre los niveles de empleo y condiciones laborales de los trabajadores afectados (ya sea desde la orilla de la Administración o entidad pública titular del servicio como desde la vertiente de las empresas privadas contratistas en la gestión del mismo), debe clarificarse por último, y una vez mas, cual sea el interés del sindicato, y su fundamento, en este concreto escenario de intervención. Para ello baste nuevamente recordar consideraciones expresadas con anterioridad, y así concluir que en el planteamiento de acciones de protección para la plantilla implicada en estos procesos de contratación pública, tanto desde su cobertura por acuerdos negociados con empresas o entes responsables, como desde la adopción de medidas de conflicto para su reivindicación o defensa, o desde la apertura de vías judiciales de conocimiento y resolución, al sindicato actuante se le exige ostentar no ya un interés genérico en la aplicación del derecho objetivo, sino un interés legítimo y directo en la pretensión que en concreto articule y que vendrá

⁵⁴ Es tipo de estipulaciones fueron las acogidas por ejemplo en un Acuerdo entre sindicatos y la corporación RTVE, incluyendo el compromiso de una obligada subrogación en las contrataciones públicas abiertas por la corporación. El incumplimiento de tal compromiso por RTVE provocó una demanda sindical que derivó en la SAN de 22 de diciembre de 2013 (Procedimiento núm. 435/2013) declarando efectivamente el incumplimiento de un acuerdo que tiene naturaleza análoga a un convenio colectivo, y con ello la incorrección de la conducta empresarial, pero sin alcanzar en el enjuiciamiento al debido contenido del pliego de condiciones de un contrato que no es de naturaleza laboral.

identificado, sustentado y en suma reconocible por la conexión entre uno y otra, esto es, por el engarce entre la pretensión y el ámbito de defensa de los intereses del colectivo de trabajadores donde el sindicato ciñe su actuación. De este modo, la vinculación directa del sindicato con el contexto y ámbito de origen de la pretensión (sea ésta la de negociar con el ente público las condiciones y efectos de la externalización de servicios públicos, o la de intervenir en la gestión de los mismos en la empresa privada contratista, o la de plantear acciones conflictivas o judiciales en relación a una u otra pretensión) constituirá el nexo justificativo del interés legítimo y directo del sindicato que le proporcione la necesaria legitimación para intervenir en todo escenario de operatividad con efectos en la prestación de un servicio público.

5. CONCLUSIONES

En definitiva, la posición institucional de los sindicatos no les hace poseedores de una facultad interventora en cualquier decisión de gestión administrativa pública con efectos en la prestación de un servicio público, en una supuesta función de valedor del interés general, y público, a que dicho servicio se preste en cualquier caso bajo parámetros de cobertura, calidad y eficiencia. Pero tampoco la Administración responsable de un servicio público tiene la capacidad de eludir, desconocer o menoscabar esa posición institucional allí donde ésta legalmente debe y puede proyectarse. Consiguientemente, no recayendo sobre el sindicato, con carácter general, la defensa y promoción de un supuesto interés público en la corrección y adecuación exigible en el ejercicio de una potestad administrativa, y que le habilitara para reclamar su intervención en todo proceso decisonal de la Administración que se derive en la externalización de un servicio público, sí es reconocido el derecho del sindicato con un interés directo a participar en aquellas decisiones de tal naturaleza y finalidad que en concreto puedan repercutir o afectar a los intereses y derechos representados por el sindicato en cuestión.

Los sindicatos son los llamados a participar en la gestión diaria de las empresas privadas que prestan servicios públicos, en cumplimiento de su papel de defensa y promoción de los derechos e intereses de los trabajadores que en concreto desempeñen sus actividades profesionales en aquellas, y precisamente su acción sindical en tal entorno debe quedar inevitablemente inspirada por la naturaleza de servicio público de las prestaciones que dichos trabajadores acometen. En otros términos, se reclama a los sindicatos cumplir su función en un escenario de servicio público gestionado por privados, matizando o inspirando su actividad sindical por referencia a un servicio público que sigue manteniendo su naturaleza aun cuando se preste en un ámbito de dirección y organización de índole privada. Así pues, reclamando del sindicato su papel institucional en estos

escenarios ya externalizados, ya culminados los procesos decisionales iniciados por la Administración, no habría de cerrarse la puerta a la idoneidad de que los sindicatos pudieran estar presentes de alguno modo en el seno de dichos procesos para cumplir idéntico papel. De la misma manera que se operan mecanismos o instrumentos que posibilitan el control o seguimiento del servicio público cuando es prestado por una empresa privada, sería factible prever y habilitar vías que permitieran al sindicato participar en las fases previas a traspasar la gestión de dicho servicio del ámbito público al privado. Y una apertura de negociación con los sindicatos en el proceso de decisión administrativa con un tal fin de transferencia, no habría de constituir el único escenario donde situar y/o reclamar tal intervención sindical.

LA GESTIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD Y LAS GARANTÍAS PARA SU MANTENIMIENTO

M^a NIEVES MORENO VIDA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: Servicios esenciales, servicios públicos, servicios de interés general, gestión privada, huelga

La prestación de una parte importante de los servicios básicos o esenciales se ha liberalizado y, en gran medida, privatizado, de forma que han dejado de configurarse como un servicio público reservado a la Administración para abrirse a la colaboración entre el sector público y el sector privado (con la creación de sociedades mercantiles, consorcios, entidades instrumentales, o mediante conciertos, concesiones o contrataciones públicas) y directamente al sector privado, pudiendo ser prestados también por empresas privadas bajo el régimen de libre mercado. La necesidad de establecer límites y garantías, en particular respecto del ejercicio del derecho de huelga, plantea ante todo el problema de delimitar cuáles son realmente los servicios esenciales de la comunidad, cuestión que ha adquirido una nueva perspectiva con la introducción del concepto comunitario de “servicios de interés general”.

ABSTRACT

Key words: Services essential, services public, services of interest general, management private, strike

The provision of an important part of basic or essential services has been liberalised and, largely privatized, in such a way that they are no longer configured as a public service reserved to the Administration open to the collaboration between the public sector and the private sector (with the creation of companies, consortia, instrumental entities, or through concerts, concessions and public procurement) and directly to the private sector and can be also provided by companies under the free-market system. The need of set limits and guarantees, in particular with regard to the exercise of the right of strike, raises primarily the problem of delimit what are really them services essential of the community, issue that has acquired a new perspective with the introduction of the concept community of "services of interest general".

ÍNDICE

1. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS BÁSICOS O ESENCIALES Y LAS LIMITACIONES EXIGIDAS PARA GARANTIZAR SU MANTENIMIENTO
2. LA DELIMITACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD
 - 2.1. Los conceptos clásicos de servicios públicos y servicios esenciales y el concepto comunitario de servicios de interés general
 - 2.2. La delimitación del concepto de servicios esenciales llevada a cabo por el tribunal constitucional
 - 2.3. La concreción de los servicios esenciales llevada a cabo por el tribunal constitucional y por la autoridad administrativa
3. LAS TÉCNICAS DE GARANTÍAS PARA ASEGURAR EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD: LA REALIZACIÓN DE LA HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES
 - 3.1. La técnica de los “servicios mínimos”
 - 3.2. La fijación de los servicios mínimos por la autoridad gubernativa
 - 3.3. La selección de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos

1. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS BÁSICOS O ESENCIALES Y LAS LIMITACIONES EXIGIDAS PARA GARANTIZAR SU MANTENIMIENTO

Desde hace ya tiempo, es una realidad que la prestación de una parte importante de los servicios básicos o esenciales se ha liberalizado y, en gran medida, privatizado. La complejidad cada vez mayor de las Administraciones Públicas (que ha determinado la búsqueda de fórmulas más flexibles frente a las consideradas restricciones impuestas por el Derecho Administrativo) y la creciente apertura de mercados a la libre competencia (en gran medida impulsada por la propia Unión Europea) ha tenido como consecuencia que se haya producido una radical evolución de la prestación de dichos servicios básicos o esenciales, que han dejado de configurarse como un servicio público reservado a la Administración para abrirse a la colaboración entre el sector público y el sector privado (en particular, con la creación de entes instrumentales vinculados a las distintas Administraciones Públicas, o mediante conciertos, concesiones o contrataciones públicas) y directamente al sector privado, pudiendo ser prestados también por empresas privadas bajo el régimen de libre mercado¹. La consecuencia es que la Administración ya no es el único sujeto que tiene atribuidas obligaciones de servicio público,

¹ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, en Castillo Blanco y Monereo Pérez (Dirs.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Edit. Comares, Granada, 2015, pág. 212; Id.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: Irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 67, págs. 13 y sigs.; Sindic de Greuges de Catalunya: *La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas*. 1^a ed., 2014

sino que también lo son determinados sectores económicos privados por la actividad que desarrollan.

Dentro de estas actividades o servicios públicos se incluyen los servicios básicos o esenciales para la vida de las personas (servicios sociales, salud, seguridad, educación, transporte, suministro de energía y agua...). También en la prestación de estos servicios esenciales se ha facilitado la introducción de la competencia y la colaboración público-privada, con lo que ello plantea respecto a la necesidad de establecer limitaciones de la regulación de los operadores de servicios esenciales para asegurar los derechos y las libertades de los ciudadanos en diversos aspectos como la calidad del servicio, la garantía de acceso universal, el derecho efectivo a la elección, o el mantenimiento de dichos servicios en supuestos de conflictos laborales y, particularmente, en los que puedan dar lugar a una huelga. Esta exigencia de garantizar en todo caso la prestación de los servicios esenciales a los ciudadanos y la consiguiente introducción de límites y garantías plantea ante todo el problema de delimitar cuáles son realmente los servicios esenciales de la comunidad y, en segundo lugar, que límites o garantías habrán de establecerse para hacerlos realmente efectivos.

El derecho comunitario sobre la libre prestación de servicios puede hacer actualmente más compleja la cuestión de delimitar los servicios esenciales de la comunidad y los límites que pueden y deben introducirse en su gestión pública o privada. La liberalización de los servicios públicos se ha consolidado como consecuencia del derecho comunitario, en la medida en que la constitución económica europea ha ido evolucionando hacia una “convergencia de las libertades de circulación y la libre competencia”². El antiguo artículo 86.2 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), ahora artículo 106.2 en el Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sometió los servicios económicos de interés general a las normas del tratado: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de estas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica que se ha encomendado. El desarrollo de los intercambios no

[<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3606/La%20prestacion%20privada%20de%20servicios%20de%20interes%20general%20def.pdf>]

² Vid. De la Sierra, S.: “El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos: Una plasmación de las mutaciones de la Constitución Económica Europea”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 12, 2010 (dedicado a: “El impacto de la directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo”), págs. 213 y sigs.

deberá quedar afectado de forma que sea contrario al interés de la Unión”. Su desarrollo (especialmente complejo y controvertido) se llevó a cabo por la Directiva 2006/123, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (cuya transposición en España se hizo por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio –la conocida como “ley ómnibus”-).

El objetivo de la Unión Europea es potenciar el mercado económico interior europeo eliminando obstáculos a la libre competencia y suprimiendo trabas para facilitar el adecuado ejercicio de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, lo cual es la expresión de la situación actual caracterizada, como ha indicado Parejo Alfonso³, por un progresivo dominio del mercado “como mecanismo preferente de satisfacción de las necesidades sociales en bienes y servicios”, la valoración de la actividad del poder público desde la eficacia y la eficiencia y, combinadamente, la desterritorialización de la economía.

La consecuencia de todo ello es la incidencia cada vez mayor de la prestación de servicios esenciales a través de mecanismos de gestión privada, sea en el sector público (a través de la creación de sociedades mercantiles, consorcios, entidades instrumentales, ex art. 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre) o en el sector privado (asumiendo éste directamente la prestación de servicios básicos o esenciales o a través de conciertos, concesiones administrativas, contratas, etc.), de forma que el Estado se sitúa básicamente en la función de “estado garante” definido como “aquél que, sin sustituir y simplemente modular el Estado social y democrático de Derecho, se centra en garantizar la ejecución de determinados cometidos (dación de bienes y prestación de servicios) decidida en sede política sin por ello tener que asumir directamente aquella ejecución, la cual puede ser llevada a cabo igualmente por sujetos privados (es decir: el mercado), organizaciones de interés social (tercer sector) o, incluso, los propios ciudadanos”⁴. La nueva dimensión del Estado se resumiría así en

³ Cfr. Parejo Alfonso, L.: “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 33, 2015, pág. 75.

⁴ Cfr. Parejo Alfonso, L.: “Estado y procesos de cambio...”, op.cit., pág. 87, quien analiza detenidamente las fórmulas planteadas por la doctrina jurídico-pública alemana para expresar las características fundamentales del tipo de Estado al que parece caminar, su situación actual y sus funciones.

una función de garantía (en régimen, no obstante, “de pluralización y desestatalización -europeización, internacionalización, autorregulación-”), fundamentalmente a través de las regulaciones organizativas y procedimentales⁵.

En este marco se plantea la permanente exigencia de “reforma y modernización” de las Administraciones Públicas y del Sector Público (sector público administrativo y sector público fundacional y empresarial), dirigidas por la finalidad de reducción del gasto público y de reestructuración y racionalización⁶, afectando de manera importante también a los servicios esenciales para la comunidad. Particularmente, la gestión privada de servicios esenciales dentro del ámbito del Sector Público ha estado sometida a una fuerte conflictividad social como consecuencia de la aplicación de las normas excepcionales contenidas en la llamada legislación de emergencia y urgencia dirigida a garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (amparada por la STC de 16 de julio de 2014 que ha convalidado las medidas establecidas al respecto). En las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado de los últimos años y en un importante número de Reales Decretos Leyes, entre los que destaca el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, se han establecido importantes limitaciones a la contratación y a la retribución en el sector público, así como a la negociación colectiva (estableciendo la suspensión o modificación unilateral de la regulación convencional)⁷, que no sólo afectan a los funcionarios públicos sino también a los trabajadores del sector público fundacional y empresarial, a lo que se unen los nuevos mecanismos para facilitar el despido de los trabajadores en el sector público. Los servicios esenciales se ven afectados también por este conjunto de medidas excepcionales en cuanto que muchos de ellos constituyen servicios públicos cuya gestión unas veces es pública y otras veces se realiza mediante la gestión privada a través de sociedades mercantiles, fundaciones, entes instrumentales, etc., que forman parte del sector público.

Así, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos años (y en el marco de éstas, muchas Leyes de Presupuestos de Comunidades Autónomas) han establecido, respecto de las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios participados

⁵ Th. Vesting: “Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung Öffentlicher Aufgaben in der Informations-oder Wissensgesellschaft”, accesible en <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43748343/Zwischen-Gewahrleistungsstaat-und-Minimalstaat.pdf>, citado por Parejo Alfonso, L.: “Estado y procesos de cambio...”, op.cit., págs. 90-91.

⁶ Cfr. Monereo Pérez: “Las reestructuraciones en el sector público...”, op.cit., pág. 218.

⁷ Vid. Monereo Pérez: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales”, op.cit., págs. 37 y sigs.

mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el Sector Público, además de la necesidad de informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y, en su caso, del accionista mayoritario, fuertes limitaciones y requisitos para proceder a la contratación de nuevo personal. Así, en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Disps. Adics. 15^a, 16^a y 17^a):

-con carácter general, se establece que: solo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, podrán llevar a cabo contrataciones temporales; las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales que hayan tenido beneficios en dos de los últimos tres ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100 por ciento de su tasa de reposición; el resto podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 60 por ciento de su tasa de reposición; adicionalmente, podrán realizar, exclusivamente para procesos de consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del 15 por ciento de su tasa de reposición, -no obstante, si se trata de “sociedades mercantiles públicas o entidades públicas empresariales que gestionen servicios públicos esenciales” para cuyo disfrute esté subvencionado el ciudadano y hayan visto disminuida su plantilla de trabajadores fijos en los dos últimos ejercicios, los límites del 60 y 15 por ciento de la tasa de reposición anteriormente referidos se computarán sobre los dos últimos ejercicios presupuestarios.

Esta prohibición relativa de contratación (más allá de la dimensión política de la obligación constitucional de prestar adecuada y suficientemente servicios básicos a los ciudadanos) determina, en efecto, la necesidad de identificar si se gestionan servicios públicos esenciales o no, ya de ello dependerá como se deban aplicar los límites establecidos respecto a la contratación indefinida y si es posible la realización de contrataciones temporales, puesto que hay que entender que si efectivamente se trata de servicios esenciales las necesidades de contratación siempre son urgentes e inaplazables.

En definitiva, la aplicación de estas medidas puede plantear, por un lado, si la prohibición de contratación o la reducción de plantillas en el sector público son compatibles con la garantía de mantenimiento de los servicios esenciales y, por otro lado, la legalidad de las huelgas que pudieran plantearse por la aplicación de las mismas (una huelga motivada por la reducción salarial impuesta o por la modificación de la regulación establecida en el convenio colectivo, por ejemplo en materia de jornada, debería considerarse legal, por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, ante una alteración sobrevenida de las circunstancias). En cualquier caso, el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales determina la aplicación del límite constitucional previsto en el art. 28.2 CE que

exige el mantenimiento de dichos servicios, imponiendo limitaciones al ejercicio del derecho fundamental de huelga.

2. LA DELIMITACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD

2.1. Los conceptos clásicos de servicios públicos y servicios esenciales y el concepto comunitario de servicios de interés general

Los conceptos de servicios esenciales, servicios de interés general o servicios económicos de interés general siguen siendo imprecisos económica y jurídicamente, lo que plantea la necesidad de su previa delimitación.

En nuestro ordenamiento jurídico el concepto de servicios esenciales se prevé a efectos de establecer los límites constitucionales del derecho de huelga y del derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (arts. 28 y 37 CE), pero la referencia constitucional a los servicios esenciales aparece también en el art. 128.2 CE (“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”). Tanto en un caso como en otro, la Constitución admite medidas restrictivas de gran trascendencia por afectar a otros derechos constitucionales: en el caso de la huelga y de los conflictos colectivos, la delimitación de un servicio como esencial determina la existencia de un límite constitucional al derecho fundamental de huelga y al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (entre las cuales el Tribunal Constitucional entiende –discutiblemente– comprendido el cierre patronal); en el caso de la reserva al sector público de “servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio”, se introduce una facultad que constituye una medida restrictiva importante frente al derecho constitucional a la libertad de empresa en una economía de mercado (art. 38 CE). El establecimiento de estos límites o facultad de restricción requiere que el legislador justifique la esencialidad del servicio⁸.

El problema es, pues, determinar qué necesidades o qué servicios han de considerarse esenciales, lo que, siendo un concepto jurídicamente indeterminado,

⁸ Vid. Valero Torrijos, V.: “El concepto de servicio público a la luz de la Constitución”, quien señala que “El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamado a nivel constitucional por el art. 9.3, dado que se trata de adoptar una medida restrictiva de gran trascendencia, impone al legislador la obligación de justificar la esencialidad del servicio en cuestión”. Artículo publicado en <http://www.carm.es/chac/interleg/arti0001.htm>

dependerá de las circunstancias concretas concurrentes en cada momento y, en última instancia, la valoración de los servicios que deban considerarse esenciales corresponderá al Tribunal Constitucional.

Un segundo problema que se ha venido planteando (especialmente en la doctrina administrativista) es si el concepto de “servicios esenciales” al que se refieren los arts. 28.2 y 37.2 CE, para preservar el mantenimiento de los mismos en el ejercicio del derecho de huelga o en la adopción de medidas de conflicto colectivo, es el mismo al que hace referencia el art. 128.2 CE para limitar a dichos servicios esenciales la eventual reserva de unas actividades al sector público. Las posiciones son controvertidas al respecto y, en última instancia, determinan distintas opciones político-ideológicas ya que el concepto más restrictivo o menos que se acepte tendrá como consecuencia que la facultad de reserva al sector público de determinados recursos o servicios tendrá un alcance más extensivo o, por el contrario, más limitado⁹.

Asimismo, se plantea también la distinción entre “servicios esenciales” y “servicios públicos”, aspecto éste sobre el que el Tribunal Constitucional ya manifestó, desde muy pronto, que no cabe identificar servicios esenciales con servicios públicos. Pero si, en relación con el ejercicio del derecho de huelga la no identificación entre esos dos conceptos tiene como consecuencia limitar el ámbito en el que no se podrán imponer restricciones al ejercicio del derecho fundamental de huelga (de forma que no siempre que se trate de un servicio público habrá que garantizar el mantenimiento del servicio, sino sólo cuando el servicio satisfaga necesidades configuradas como derechos fundamentales), en relación con la facultad de reserva por ley al sector público de determinados servicios del art. 128.2 CE ese concepto de esencialidad restrictivo tiene como consecuencia limitar dicha facultad de reserva, ampliando por tanto el ámbito de las actividades económicas que no pueden ser restringidas a la iniciativa privada.

Las tendencias liberalizadoras y privatizadoras que hoy día se imponen van alejándose de un concepto de servicio público como garantía y técnica de realización de los derechos fundamentales y las necesidades de la comunidad en virtud de la obligación de promoción de la libertad y la igualdad entre los ciudadanos que el art. 9.2 CE atribuye a los poderes públicos¹⁰. Frente a esa idea, el

⁹ Sobre las distintas posiciones en la doctrina administrativista sobre el concepto unitario o diverso de “servicios esenciales”, vid. Fernández García, M.Y.: *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, INAP/ Editorial Ciudad Argentina, Madrid, 2003, págs. 148 y sigs.

¹⁰ Vid. Chinchilla Marín, C.: *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 94 y sigs.

servicio público se tiende a configurar como mera técnica de organización -cuya eficacia, por otra parte, se tiende asimismo a poner en duda frente a las “bondades” de la iniciativa privada- de actividades prestacionales de bienes y servicios de carácter indispensable, vital o básico¹¹, que no es, además, la única posible.

Como indica Parejo Alfonso, “el servicio público puede invocarse bien como idea más propiamente política que jurídica, bien como técnica precisa de organización de una actividad de dación de bienes o prestación de servicios”, y en este segundo sentido la jurisprudencia contencioso-administrativa (entre otras, STS de 24 de octubre de 1989, RJ 1989/8390) define el servicio público como “actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de manera regular y continua”. Se refiere así a un concepto de servicio público objetivo, en el que la reserva no impide el juego de la libre empresa en régimen de competencia, pudiendo concurrir la acción pública y la de los sujetos privados, si bien, como señala este autor, “la concurrencia pueda ser desigual en función del régimen jurídico-público a que queda sujeta la acción pública” (como en el caso de la sanidad o educación, en cuanto se refieren a la satisfacción de necesidades colectivas de interés general)¹². Y el Tribunal Constitucional ha matizado, entrando ya en el ámbito de los servicios esenciales, que “la asunción por los poderes públicos de una actividad como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a particulares, no puede tener otra justificación –en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales- que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales” (STC 127/1994, de 5 de mayo).

Muy especialmente en el ámbito comunitario se ha puesto de manifiesto que “los términos «servicio de interés general» y «servicio de interés económico general» no deben confundirse con la expresión «servicio público»¹³. Como indica

¹¹ Fernández García: *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, op.cit., págs. 148 y sigs.

¹² Cfr. Parejo Alfonso, L.: “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, en Cienfuegos Salgado, G. y Rodríguez Lozano, L.G. (Coords.): *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamerica*, Edit. Universidad Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, págs. 477-478.

¹³ *Libro Verde sobre los servicios de interés general* (Presentado por la Comisión) Bruselas, 21.5.2003 [COM(2003) 270 final]. También *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 12.5.2004. COM(2004) 374 final, pág. 24, que indican que “Los términos «servicios de interés general» y «servicios de interés económico general» no deben confundirse con la expresión «servicio público», un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión. Con esta expresión se alude a veces al hecho

Fernández Farreres¹⁴ es significativo el empleo de la nueva expresión “servicios de interés general” como expresión del abandono (implícito) de la calificación formal de servicio público (especialmente en el caso de los servicios prestados en red, como sector eléctrico, hidrocarburos, correos, telecomunicaciones, ferrovial...). Con esta expresión se refiere a todos “los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público”¹⁵.

Dentro de los “servicios de interés general” se distingue entre: “servicios no económicos de interés general”, que están excluidos del art. 106 TFUE y por tanto a los que no se aplica directamente el régimen de libre competencia, que llegan hasta las funciones públicas en sentido estricto; y “servicios económicos de interés general”, incluidos en el art. 106.2 TFUE, a los que sí se aplica el régimen de libre competencia y que son, por tanto, los abarcados con carácter general por la Directiva de Servicios.

En el “Libro Verde sobre los servicios de interés general” (y posteriormente en el “Libro Blanco”) se indica que la expresión «servicios de interés económico general» (utilizada en el apartado 2 del artículo 106 del TFUE, anterior art. 86 del TCE, pero que no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado), en la práctica comunitaria, suele designar a aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen “obligaciones específicas de servicio público” en virtud de un criterio de interés general (entre otros, servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía, las comunicaciones...). Esta categoría puede identificarse con la de servicio público objetivo o funcional¹⁶ (eludiendo inten-

de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio”.

¹⁴ Cfr. Fernández Farreres, G.: “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, núm. 18, enero de 2003, citado por Parejo Alfonso, L.: “Servicios públicos y servicios de interés general...”, op.cit., pág. 475.

¹⁵ *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, op. cit., pág. 24.

¹⁶ Parejo Alfonso, L.: “Servicios públicos y servicios de interés general...”, op.cit., pág. 483. En sentido similar De la Sierra, S.: “El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos...”, op. cit. pág. 229, quien señala que “No es aventurado concluir que el conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la categoría nacional de «servicio público» se articula en Derecho de la Unión en muchas ocasiones en torno a la institución de los «servicios de interés económico general», institución que presenta unos perfiles un tanto diversos, por cuanto esta última categoría, en principio, sólo tiene en consideración las actividades de contenido económico, mientras que el servicio público admite referencias a otro tipo de actividades”. “Así, los servicios públicos de relevancia económica (en el sentido de la jurisprudencia comunitaria) serían los mentados servicios económicos de interés general”.

cionadamente, como se ha dicho, esta terminología) en la medida en que la presencia de “interés general” autoriza la imposición a los mismos de “obligaciones de servicio público” (de ahí la relevancia que presenta ahora esta figura). Así, los poderes públicos pueden imponer al proveedor del servicio obligaciones específicas, o restricciones, con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público (por ejemplo en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía). Pero, en cualquier caso, con arreglo al Derecho comunitario, es irrelevante que los proveedores de servicios de interés general sean públicos o privados; todos están sujetos a los mismos derechos y obligaciones¹⁷.

El objetivo prioritario del derecho comunitario es garantizar la libre circulación de personas, bienes y capitales y la libertad de establecimiento, eliminando cualquier tipo de restricciones del mercado y de la competencia (se considera por la Comisión Europea “que la existencia de un mercado interior abierto y competitivo y el desarrollo de servicios de interés general accesibles, asequibles y de calidad representan objetivos compatibles”, que además ha contribuido sensiblemente a una mayor eficiencia y ha ampliado la oferta de servicios). Mantiene una presunción en contra de toda reserva de cualquier actividad económica tanto si lo es por la Administración Pública, como si lo es por una empresa pública o privada. Sólo admite restricciones “en los casos en los que es necesaria, adecuada, proporcionada y no discriminatoria la imposición de restricciones a estas libertades para cumplir misiones específicas de interés público que los tratados reconocen como merecedoras de medidas excepcionales”¹⁸.

Dentro de los “servicios de interés general” la Comisión entiende comprendido el ámbito de los servicios sociales, incluidos los de asistencia sanitaria, los cuidados de larga duración, la seguridad social, los servicios de empleo, y la vivienda social¹⁹. Los califica como servicios basados en el principio

¹⁷ *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, op. cit., pág. 25.

¹⁸ Vid. Borrell, Joan-Ramon: “El elusivo reto de la mejora de la prestación de los servicios esenciales”, en Sindic de Greuges de Catalunya: *La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas*. 1ª ed., 2014

[<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3606/La%20prestacion%20privada%20de%20servicios%20de%20interes%20general%20def.pdf>]

¹⁹ Finalmente la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (y, por tanto, también la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) ha excluido de su ámbito de aplicación, aparte de los servicios no económicos de interés general, numerosos supuestos que sí están en el ámbito de aplicación de la libre competencia –servicios económicos de interés general– por motivos muy diversos. Dentro de estas exclusiones, y por lo que aquí interesa ahora, están los servicios sanitarios (incluidos los servicios farmacéuticos y con

de solidaridad, centrados en la persona y que garantizan a los ciudadanos el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales y un elevado nivel de protección social, reforzando la cohesión social y territorial. Considera que, si bien, en principio, corresponde a los Estados miembros definir las funciones y objetivos de los servicios sociales y sanitarios, la normativa comunitaria puede tener alguna incidencia en los instrumentos de prestación y financiación de dichos servicios. Por ello indica que sería necesaria mayor claridad en la distinción entre funciones e instrumentos (con el objetivo, según dice, de permitir su modernización), de forma que los Estados miembros en los que la prestación de servicios sociales y sanitarios se basa en la economía de mercado pudiera anticiparse a los efectos que la normativa comunitaria en materia de competencia pueda tener sobre los mismos. En cualquier caso reconoce que la decisión de recurrir a mecanismos de mercado o de prestar los servicios directamente, a través de organismos públicos financiados con cargo a los impuestos, continuará siendo una opción política de los Estados miembros²⁰.

En efecto, la Comisión europea reconoce que, en principio, es facultad de los Estados miembros decidir la manera de organizar los servicios de interés general, pudiendo así decidir si prestan ellas mismas un servicio de interés general o si confían dicha tarea a otra entidad (pública o privada)²¹. También compete a las autoridades públicas al nivel que corresponda la definición de lo que constituyen obligaciones o misiones de servicio público, regular los mercados y garantizar que los operadores cumplan las misiones de servicio público que les hayan sido confiadas. No obstante, señala que los proveedores de servicios de interés económico general, incluidos los proveedores de servicios internos, son empresas, y están, por tanto, sujetos a las normas de competencia del Tratado. En la práctica, como también constata la Comisión Europea, los Estados miembros recurren cada vez más a fórmulas de asociación público-privada, consistentes en contratos de concepción-construcción-financiación-explotación, concesiones o la creación

independencia del tipo de establecimiento, organización, financiación y de su carácter público o privado); los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado; los servicios y redes de comunicaciones electrónicas; o los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los portuarios.

²⁰ *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, op. cit., apartado 4.4.

²¹ El art. 1.3 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, establece que “La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse”.

de empresas de economía mixta, para la ejecución de proyectos de infraestructura o la prestación de servicios de interés general.

En cualquier caso, pese a la nueva terminología que se plantea en el derecho comunitario, las categorías clásicas –como las de servicio público o servicios esenciales– siguen siendo relevantes, aunque no puedan exportarse automáticamente en todos los contextos y teniendo en cuenta además que la terminología propia del Derecho de la Unión Europea se refiere sólo a algunas de las manifestaciones de aquéllas²². La finalidad de liberalización del “mercado” de servicios en el interior de la Unión Europea no hace sino revalorizar el criterio de establecer una nítida definición jurídico-material de “servicio esencial” con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad prestadora del servicio. El concepto de servicios esenciales aparece expresamente recogido en la Constitución Española en relación a la necesidad de establecer los límites necesarios para garantizar el mantenimiento de los mismos y no es sustituible sin más por el concepto de “servicios de interés general” (aunque este concepto implique introducir modulaciones en determinados contextos).

2.2. La delimitación del concepto de servicios esenciales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional

No existe jurídicamente un concepto general de servicios esenciales, sin embargo, los servicios esenciales para la comunidad son el ámbito en el que el ejercicio del derecho de huelga (así como el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo) encuentra un límite “externo” expresamente fijado en la norma constitucional (arts. 28.2 y 37.2 CE). Determinan, en consecuencia, una regulación específica de carácter restrictivo, ya que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, el derecho de los trabajadores a defender sus intereses mediante la huelga “cede” cuando ocasione o pueda ocasionar un “mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o su pretensión tuvieran

²² Como indica De la Sierra, refiriéndose al concepto de servicio público, “Las categorías clásicas entiendo que mantienen su utilidad, por cuanto conllevan un régimen jurídico labrado durante largo tiempo y que responde a preocupaciones casi idénticas, a saber: (1) qué hacer cuando determinados recursos son limitados; (2) cómo articular la prestación de un servicio para que todas las personas puedan acceder al mismo en igualdad de condiciones, por entender que ello responde a un mandato constitucional derivado, entre otros, de principios como los de igualdad o solidaridad; (3) cómo responder a los mandatos del Estado Social que de forma paulatina han ido encontrando cabida, también, en el Derecho de la Unión, bien mediante una plasmación expresa en los Tratados bien mediante el desarrollo jurisprudencial; o, entre otros, (4) cómo dotar de calidad a los servicios que se prestan. (Cfr.: De la Sierra, S.: “El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos...”, op. cit. pág. 217).

éxito”, de forma que el derecho de la comunidad a determinadas “prestaciones vitales” es “prioritario” respecto del derecho de huelga (o del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo)²³. De aquí, pues, la importante labor del Tribunal Constitucional para tratar de determinar el concepto de servicios esenciales para la comunidad.

Si el art. 28.2 CE habla de “servicios esenciales de la comunidad”, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (RDLRT), cuando regula el derecho de huelga, hace referencia, en su art. 10.2, a “empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad”. Pese a la clara diferencia entre la fórmula más amplia del RDLRT y la más escueta y restrictiva de la CE, el Tribunal Constitucional consideró que aquélla es una fórmula “que no es difícil englobar” en la del art. 28.2 CE, ya que “se reconduce sin demasiada dificultad al texto constitucional, en el sentido de que los servicios a mantener son los esenciales”²⁴. De tal forma que se podrán adoptar las medidas de garantía necesarias “cuando la huelga afecta a servicios de reconocida e inaplazable necesidad o a servicios esenciales para la comunidad, pero no, como es obvio, cuando se trata de servicios públicos que no reúnen las circunstancias anteriormente señaladas”²⁵.

Sin embargo, la inexistencia de una definición por el legislador de qué servicios son esenciales para la comunidad determinó una actuación jurisprudencial encaminada a delimitar el concepto de servicios esenciales, encabezada por el Tribunal Constitucional a partir de las importantes Sentencias de 8 de abril de 1981, núm. 11 y de 17 de julio de 1981, núm. 26. Un examen atento de las construcciones del Tribunal Constitucional permitirá determinar este concepto, con las oportunas matizaciones derivadas de la consideración de la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Debe destacarse que el Tribunal Constitucional optó por establecer una “cláusula general de esencialidad”²⁶ de carácter abierto [lo que, en el marco del convalidado RDLRT, amplió considerablemente el campo de actuación de la autoridad político-gubernativa, que es la que, en el régimen jurídico actual de la huelga, tiene que ir precisando en cada momento qué servicios son esenciales].

²³ SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 18); 5 de mayo de 1985; 15 marzo de 1990, entre otras.

²⁴ STC 11/8 de abril de 1981, f.j.18.

²⁵ STC 26/1981, de 17 de julio.

²⁶ Cfr. Baylos Grau, A.: “Procedimiento de fijación de los servicios esenciales”, en AAVV: “El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal”. Consejo General del Poder Judicial, 1993, pág. 88. Id.: “El derecho de huelga a los 25 años de aprobación del DLRT-77”. Consejo General del Poder Judicial, 2003, pág. 186.

Consecuencia de ello es que progresivamente, se ha ido produciendo una ampliación del concepto de servicios esenciales (con la consiguiente restricción en el ejercicio del derecho de huelga). De ahí que sea importante asimismo, en la delimitación del concepto de servicio esencial, examinar cual es la concreción político-administrativa que se viene realizando de este concepto.

El Tribunal Constitucional tuvo tempranamente la oportunidad de dejar sentado que de la interpretación del art. 28.2 CE se deriva que el derecho de la comunidad a las prestaciones vitales “es prioritario respecto del derecho de huelga” (SSTC11/1981, f.j.18; 51/1986, f.j.2). La norma constitucional adquiere así el sentido de una “norma de conflicto”, en la medida en que pretende resolver la colisión entre el ejercicio del derecho fundamental de huelga y otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Ese conflicto entre derechos e intereses legítimos de algún modo ha existido siempre acompañando al derecho de huelga, si bien en la actualidad se ha producido una exacerbación de los términos de expresión (y exteriorización) de ese conflicto hasta extremos generalizados antes desconocidos, relacionado con el fenómeno, ya conocido, de la “terciarización” del conflicto en el seno de las sociedades complejas y altamente desarrolladas y con la exigencia indiscutible de prestaciones como condición material para el uso y disfrute de derechos económicos, sociales y culturales garantizados por el “Estado de servicio público”, que en los últimos años viene produciendo una confusión²⁷, a veces deliberada, entre “servicio esencial” y “servicio público”. Esta confusión lleva, como se verá, a la tendencia de los órganos político-administrativos a declarar, a efectos del ejercicio del derecho de huelga, la esencialidad de todos los servicios públicos y de toda la actividad en la Administración, amparada en la cláusula abierta de esencialidad construida por el Tribunal Constitucional que ha permitido su extensión indiscriminada²⁸. Ello, pese a que el propio Tribunal Constitucional ya sostuvo, desde hace tiempo, que “no cabe identificar servicio público con servicio esencial, sin que la esencialidad pueda definirse por el cumplimiento de intereses generales; noción esta última que concurre en todo servicio público. La mera alegación del carácter público o utilidad general del servicio no basta para limitar el derecho de huelga” (STC 8/1992, de 16 de enero; también STC 53/1986, de 5 de mayo). De esta forma, para la esencialidad

²⁷ Sobre la diferenciación entre los conceptos, situados en planos distintos, de “servicio esencial” y de “servicio público”, véase por todos, Baylos Grau, “Derecho de huelga...”, op.cit., págs.88 a 101.

²⁸ Vid. Valdés De La Vega, B.: “Los bienes constitucionalmente protegidos como límite al derecho de huelga”, REDT, núm. 46, 1991, págs. 351 y sigs.; Merino Segovia, A.: “El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas del ejercicio del derecho de huelga en este sector”, en Baylos Grau (Coord.): “Estudios sobre la huelga”, Bomarzo, Albacete, 2005, pág. 160; Fernández Prol, F.: “La huelga en los servicios esenciales de la Comunidad”, op.cit., pág. 77.

de un servicio es indiferente la titularidad pública o privada del mismo, la forma de gestión de dicho servicio y la naturaleza de la relación existente entre el titular del servicio y sus trabajadores.

La noción de servicios esenciales de la Comunidad constituye -como el mismo TC ha reconocido- un concepto jurídicamente indeterminado, que plantea, por tanto, los problemas interpretativos típicos de este tipo de categorías jurídicas: de manera fundamental exige necesariamente ser aprehendido desde una jurisprudencia valorativa que precise en cada momento los márgenes adecuados de elasticidad. En esta labor es obvio que la intervención legislativa permite delimitar el espacio de apreciación, pero difícilmente podrá quedar encerrado este concepto en fórmulas legislativas intangibles, ya que, como se afirmó acertadamente, “los servicios esenciales de la comunidad se presentan, en suma, como un concepto susceptible de apropiarse de diversos contenidos en atención a los contextos histórico, social, económico y normativo, al desarrollo de las necesidades de la población y a los cambios culturales”²⁹.

La jurisprudencia, especialmente la constitucional, ha venido acogiendo una concepción amplia y flexible del concepto constitucional “servicios esenciales”. Según esta concepción, la “esencialidad” del servicio viene referida a su aptitud instrumental de ser condición material para el ejercicio y disfrute por parte de los ciudadanos de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos (cfr. SSTC 26/1981, fj.10º; 64/1982, fj.5; 51/1986, fj.2).

En la STC 26/1981, de 17 de julio, donde se afrontó especialmente por el Tribunal Constitucional el concepto de servicio esencial, se indica que “un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos”.

²⁹ Cfr. Valdes Dal-Re, F.: “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública”, en RL, núm.9 (1986), pág. 14, con referencia a Corso, F.: “Conflitto e autotutela nei servizi pubblici essenziali”, en GDLRI, núm.10 (1981), pág.182. Vid. Martínez Emperador, R.: “Servicios esenciales y fijación de servicios mínimos según la jurisprudencia ordinaria y constitucional”, en Actualidad Laboral, núm.37 (1992), pág. 660; quien afirma, con razón, que “no cabe una definición del mismo que tenga valor absoluto y carácter atemporal, pues la evolución de la técnica y de la propia sociedad que incorpora al cuadro de sus necesidades los adelantos que aquella proporciona, lleva consigo que servicios que se instauran como consecuencia de tales adelantos vengán también a satisfacer necesidades de la comunidad, que pueden devenir esenciales. De ahí la dificultad de referir la nota de esencialidad a la actividad que despliega el servicio, dificultad que se allana si la referida nota se relaciona con la necesidad social que satisface, pues, de tal forma, se atribuye valor dinámico al concepto...”

Desde este punto de vista, no se podrá considerar a priori que una actividad productiva o un servicio público es en sí mismo esencial³⁰, sino que “sólo lo serán aquéllas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan” (SSTC 51/1986, de 24 de abril; 43/1990, de 15 de marzo). En consecuencia, la esencialidad del servicio no atiende a la actividad realizada sino a los intereses que satisface. Así, serán servicios esenciales a los efectos del art.28.2 CE aquellos que satisfacen efectivamente intereses esenciales de la comunidad.

La cuestión quedará ahora remitida, en un segundo momento, a establecer lo que se haya de entender por intereses esenciales de la Comunidad. El Tribunal Constitucional ha mantenido una concepción amplia. Así, se estima que “como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos” (cfr. SSTC 26/1981, de 17 de julio, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 21/1989, 43/1990, 122/1990, 123/1990 y 8/1992)³¹. Pero esta delimitación extensiva de los intereses esenciales (comprensiva de otros bienes constitucionalmente protegidos distintos a los derechos de la persona individualizados), debería ser sustituida por una fórmula más restringida circunscrita a determinados derechos y libertades constitucionalmente protegidos (que excluyera la fórmula referida a los “bienes constitucionalmente protegidos”), lo que permitiría evitar problemas de inseguridad jurídica y disminuiría el aumento del papel político-jurídico (o si se quiere, creativo) de los Tribunales de Justicia.

³⁰ Cfr. SSTC 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 123/1990 y 8/1992, entre otras.

³¹ Frente al concepto mucho más restrictivo mantenido por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, para el cual son servicios esenciales aquellos “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (Cfr. OIT, “Libertad sindical”, 2ª ed. rev., Ginebra, 1988, pág.214). El Comité de Libertad Sindical opta por un nivel mínimo en el arco de los derechos fundamentales de la persona que deberán ser respetados no obstante el legítimo ejercicio del derecho de huelga. No obstante, hay que hacer dos precisiones para interpretar con claridad el concepto de servicios esenciales que se mantiene en el ámbito de la OIT. En primer lugar, una precisión terminológica: el significado que se da en la OIT al concepto de servicios esenciales se refiere a aquellos servicios que pueden justificar restricciones importantes al derecho de huelga, incluida su prohibición. Entre servicios esenciales (donde se puede prohibir la huelga) y servicios no esenciales (donde no se puede prohibir), los órganos de control de la OIT utilizan un concepto intermedio que es el concepto de servicios “de importancia trascendental” (en terminología del Comité de Libertad Sindical) o de “utilidad pública” (en terminología de la Comisión de Expertos), en los cuales no se puede prohibir el derecho de huelga pero sí imponer un servicio mínimo de funcionamiento (vid. Vid. ODERO, A.: “El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: Los principios de la OIT”, Relaciones Laborales 1999/I, págs. 175-176). La segunda precisión que debe señalarse es que la enumeración de aquellos servicios considerados esenciales por la OIT y la de aquellos que no son esenciales no es, en ningún caso, exhaustiva, ya que sus pronunciamientos dependen de las situaciones particulares o quejas que se examinen.

La cualidad de ser un concepto jurídico indeterminado admite para el Tribunal Constitucional distintas posibilidades de delimitación técnica, sea a través de una cláusula general, sea mediante una técnica enumerativa de los servicios esenciales. Ante la ausencia de desarrollo legislativo de las previsiones constitucionales el Alto Tribunal ha venido utilizando hasta el momento una cláusula general definitoria (STC11/1981, 17 julio 1981, 5 mayo 1986, 24 abril 1986) que ha llevado a una interpretación extensiva de los límites del derecho de huelga en servicios esenciales con base a la utilización del concepto de bienes constitucionalmente protegidos y estándares genéricos. Esta lectura interpretativa no parece plenamente acorde con la formulación constitucional del derecho de huelga como derecho subjetivo público que ha de ser conciliado con otros derechos fundamentales del mismo rango y que por esta vía puede llevar a difuminar el concepto de esencialidad, vinculada constitucionalmente a los derechos de igual rango imprescindibles para el vivir de la comunidad³². Por ello, el concepto de servicios esenciales, que impone precisos límites externos al derecho de huelga, deberá ser precisado por el legislador a fin de evitar la neutralización de éste frente a cualquier bien jurídico³³ y los Tribunales deberán hacer uso de la técnica interpretativa de “ponderación” en la resolución de los conflictos entre derechos constitucionales.

En definitiva, el concepto de servicios esenciales ha de ser concretado en términos objetivos, conectándolo, por un lado, con los derechos fundamentales de idéntico o análogo rango, y por otro, se deberá precisar la concreta eficacia limitadora del derecho de huelga mediante la técnica de la ponderación entre intereses y circunstancias concurrentes en cada caso³⁴.

De cualquier modo, en la jurisprudencia evolutiva del Tribunal Constitucional, este Alto Tribunal ha sido consciente de la imposibilidad de construir una definición dogmática del concepto de servicios esenciales “de carácter absoluto y por criterios puramente objetivos y, por ello, de la necesidad de una defini-

³² Vid. Valdés Dal-Re, F.: “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública”, en *Relaciones Laborales*, núm.9, 1986, págs.12 a 15, con el mérito de haber puesto una primera llamada de atención crítica sobre los riesgos que entrañaba una utilización excesiva por parte del Tribunal Constitucional (y más incisivamente de la jurisdicción ordinaria) del concepto de bienes jurídicamente protegidos como cláusula general limitativa del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales.

³³ Vid. Monereo Pérez, J.L.: “La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)”, *Temas Laborales*, núm.28, 1993, págs. 78-79.

³⁴ Vid., en este sentido, Baylos Grau, “Derecho de huelga y servicios esenciales”, cit., pág.101 a 109; Terradillos Ormaechea, E.: “Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ‘ilícitas’”, en Baylos Grau (Coord.): “Estudios sobre la huelga”, Bomarzo, 2005, págs. 49-50.

ción más flexible que tenga en cuenta ‘para quién’ es esencial ese servicio y las circunstancias concurrentes en cada caso”³⁵. En relación a ello tempranamente elaborará, como se ha expuesto, un concepto funcional de servicios esenciales referible al resultado de la actividad desplegada en atención a la índole de los intereses a cuya satisfacción se dirige la prestación que el servicio realiza y la valoración de las circunstancias concurrentes (SSTC 26/1981, f.j.10; 51/1986, f.j.2º)³⁶. Para el Tribunal Constitucional lo relevante es la *naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige*³⁷. Es, así, doctrina consolidada del Tribunal Constitucional la inclusión en la esfera de intereses esenciales protegidos frente al derecho de huelga ex art.28.2 CE no sólo los derechos fundamentales y libertades públicas, sino también *en general* los bienes constitucionalmente protegidos.

En consecuencia, como se ha dicho, “a priori” ninguna actividad productiva se puede considerar en sí misma de “naturaleza” esencial, siendo así esenciales tan sólo aquellas actividades que satisfacen ciertos derechos fundamentales del individuo socializado en comunidad, puesto que tales derechos fundamentales del individuo se contemplan en una dimensión colectiva en cuanto susceptibles de ser afectados en su “contenido esencial” por una huelga en las actividades que hacen posible materialmente su efectiva satisfacción o disfrute. Pero teniendo en cuenta que “los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes en la misma” (STC de 8/1992, de 16 de enero, que resume la evolución de la jurisprudencia constitucional en esta cuestión; antes en SSTC 26/1981; 51/1986, entre otras)³⁸.

En un intento de concreción de los intereses esenciales que han de ser protegidos ante la situación de huelga, se trataría básicamente de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en atención a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, vinculando, pues, los servicios *a la*

³⁵ Cfr. Rodríguez-Piñero, M.: “Intervención”, en López Pina, A. (Dir.): “La garantía constitucional de los derechos fundamentales, Alemania, España, Francia e Italia”, Madrid, 1991, pág. 358. Id.: “En torno a la huelga en los servicios esenciales”, en Relaciones Laborales, 1987, T.I, pág.37.

³⁶ Vid. SSTCo.11/1981, 26/1981, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 122/1990 y 123/1990, 8/1992, de 16 de enero.

³⁷ Cfr. STCo.8/1992, de 16 de enero, f.j.2º, evocando la doctrina sentada por el Alto Tribunal acerca del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales de la comunidad (SSTC.11/1981, 26/1981, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 122/1990 y 123/1990).

³⁸ En este sentido se pronuncian, en la jurisdicción ordinaria, entre otras, la STSJ de Galicia (contencioso-administrativo), de 17 de julio de 1996, y, más recientemente, STS (contencioso-administrativo) de 19 de abril de 2004.

satisfacción de los derechos fundamentales de la persona, frente a la expresión genérica e indeterminada de “bienes constitucionalmente protegidos”. De esta forma, adquiere una especial relevancia la protección de los derechos de la persona constitucionalmente tutelados, interesando solo la finalidad de los servicios indispensables para garantizar el goce de los derechos de la persona a la vida (art.15 CE), la integridad física y la protección de la salud (arts.15 y 43 CE), la libertad y la seguridad (art.17 CE), la libre circulación (art.19), la libertad de información, la comunicación (art.20.1 CE), la educación (art.27 CE) y la tutela judicial efectiva (art.24 CE). Se trata, pues, de lo que se podría considerar el núcleo verdadero y propio de los intereses absolutamente preeminentes respecto a los otros vinculados a la condición de los ciudadanos en cuanto trabajadores. De este modo el concepto de servicios esenciales se vincula a la satisfacción de los derechos fundamentales de la persona (la “dignidad humana” y el “libre desarrollo de la persona” -que garantiza el art.10.1 CE- constituyen la esencia jurídico-política de los derechos y libertades básicos y se especifican y modulan en cada derecho y libertad concretos). Es suficiente indicar que tales derechos fundamentales constituyen dos pilares básicos del sistema constitucional, en cuanto que “son fundamento del orden político y de la paz social” (art.10.1 CE).

2.3. La concreción de los servicios esenciales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional y por la autoridad administrativa

Partiendo de la cláusula general abierta establecida por la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha ido llevando a cabo una delimitación de sectores esenciales a través de pronunciamientos del propio Tribunal y a través de la concreción llevada a cabo por la autoridad gubernamental. Como ha indicado Baylos³⁹, esta técnica “ha funcionado en la práctica permitiendo una *acumulación progresiva* de sectores reputados esenciales a efectos de limitar en los mismos el ejercicio del derecho de huelga”.

Se debe recordar, sin embargo, que la autoridad gubernativa no puede entrar en la delimitación del alcance y la interpretación de un concepto jurídicamente indeterminado como es el concepto de servicios esenciales, cometidos que la Constitución atribuye a la Ley y a los Tribunales de Justicia. Es decir, sobre el concepto de servicio esencial no puede existir discrecionalidad administrativa, otra cosa es que ésta ostente competencias en orden a especificar las garantías precisas o necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Y ello porque no se trata sólo una actividad jurídica, sino eminentemente política, que admite una elección, fundada en criterios

³⁹ Cfr. Baylos Grau, A.: “Sindicalismo y Derecho Sindical”, op. Cit., pág. 77.

extrajurídicos (de oportunidad, técnico-materiales, etc), entre distintas alternativas de garantías de las condiciones materiales para el disfrute por los ciudadanos de ciertos derechos constitucionales preeminentes.

En la regulación actual, convalidada, con las matizaciones correspondientes, por el Tribunal Constitucional, es la autoridad gubernativa la que, según el RDLRT, dispone las limitaciones oportunas al ejercicio del derecho de huelga cuando ésta se declara en servicios considerados esenciales. Pero, además, es la propia autoridad gubernativa la que viene determinando la esencialidad del servicio. La actuación de la autoridad gubernativa se puede desarrollar en dos fases articuladas o simultáneamente. En el primer caso, la autoridad pública lleva a cabo en primer lugar la declaración del carácter esencial de un determinado sector, servicio o empresa y, en una segunda fase, establece cuáles han de ser los mínimos de actividad que deberán mantenerse en función de las características y circunstancias concretas de una específica convocatoria de huelga. La primera fase (la declaración de esencialidad) suele realizarse a través de un Decreto con vigencia indefinida y la segunda mediante una norma de rango inferior, una Orden Ministerial⁴⁰. En el segundo caso, la autoridad gubernativa procede a dictar un Decreto de Servicios Mínimos en el que, simultáneamente, declara la esencialidad del servicio e impone unos determinados servicios mínimos⁴¹.

La atribución a la autoridad gubernativa no sólo de la fijación de los mínimos de actividad que deban mantenerse sino también de la declaración de esencialidad del servicio, ha dado lugar, como se ha denunciado reiteradamente, a una

⁴⁰ Así, por ejemplo, RD 529/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación del servicio esencial relativo a la red soporte de los servicios de difusión de televisión; y de conformidad con este Decreto las siguientes Órdenes Ministeriales: Orden CTE/1523/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en las empresas de cable del Grupo Auna Cable; Orden CTE/1524/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Retecal Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, S.A.; Orden CTE/1525/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en las empresas de cable del Grupo R Cable y Telecomunicaciones; Orden CTE/1526/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Zener Norte, S.L.; Orden CTE/1529/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Zener Redes, S.A.

También, RD 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y televisión; y de conformidad con este Decreto las siguientes Órdenes Ministeriales: Orden CTE/1519/2002, de 18 de junio, sobre los servicios mínimos en Gestevisión Telecinco, S.A. y Atlas España, S.A.; Orden CTE/1520/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Sogecable, S.A. y Compañía Independiente de Noticias de Televisión, S.A.; Orden CTE/1530/2002, de 18 de junio, sobre servicios mínimos en Antena 3 de Televisión, S.A.

⁴¹ Vid., por ejemplo, los Decretos de servicios mínimos dictados con motivo de huelgas convocadas en RTVE: RD 176/1991, de 15 de febrero; RD 534/1992, de 22 de mayo; RD 1169/1993, de 9 de julio; RD 2396/1996, de 22 de noviembre.

extensión injustificada de los ámbitos en los que pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de huelga⁴².

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha ido declarando la esencialidad de diferentes servicios y actividades, especialmente el sector del transporte, el de la energía y la actividad sanitaria, siempre que satisfagan derechos o bienes constitucionalmente protegidos y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan: el transporte ferroviario (STC 26/1981, de 17 de julio⁴³), el transporte aéreo (STC 51/1986, de 24 de abril⁴⁴), el transporte metropolitano de Madrid (STC 53/1986, de 5 de mayo⁴⁵) y otros transportes urbanos, como la EMT (STC 123/1990, de 2 de julio), el suministro de energía eléctrica (STC 8/1992, de 16 de enero), la asistencia sanitaria (STC 27/1989, de 3 de febrero) y la asistencia social (STC 122/1990, de 2 de julio).

Pero, sin que se pueda hablar propiamente de que exista un “catálogo”⁴⁶, en la actualidad hay un importante número de sectores y servicios declarados esenciales a efectos de imponer servicios mínimos, cuya determinación se ha realizado por decisión de la autoridad gubernativa. Frente a las decisiones al respecto del Tribunal Constitucional, que no han sido muy abundantes, la actividad de la autoridad gubernamental sí ha producido un numeroso elenco de servicios declarados esenciales en un gran número de sectores y actividades. Sin intención de agotarlos, se pueden indicar los siguientes:

⁴² Vid. Baylos Grau, A.: “La huelga en los servicios esenciales en España: sistema vigente y perspectivas de reforma”, en *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 12, 1992, pág. 233.

⁴³ “... se traduce en la libertad de movimiento de las personas por el territorio nacional y en la distribución de las mercancías necesarias para la ordenada y organizada vida comunitaria. De esta manera no hay necesariamente un ‘transporte ferroviario esencial’. Sólo en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes e intereses exija el funcionamiento del ferrocarril, podrá decirse que éste es esencial para aquel fin”, por lo que “será necesario examinar en cada caso la extensión territorial que la huelga alcanza, la extensión personal y la duración” (STC 26/1981, de 17 de julio).

⁴⁴ “... en principio, el transporte aéreo puede llegar a ser calificado como esencial, puesto que a su través los ciudadanos satisfacen derechos –libre circulación por el territorio nacional, por ejemplo– que han sido protegidos en nuestro ordenamiento al más alto nivel, en el propio texto constitucional” (STC 51/1986, de 24 de abril).

⁴⁵ “... utilizando como nota definitoria de los servicios esenciales la naturaleza constitucional de los intereses a los que aquéllos sirven, no hay reparo alguno en calificar el Metro de Madrid como un servicio esencial, pues, entre otros satisface la libre comunicación y circulación y el acceso al trabajo, a los lugares de residencia o a los centros en los que los ciudadanos obtienen la prestación de derechos fundamentales” (STC 53/1986, de 5 de mayo).

⁴⁶ Vid., al respecto, Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, *op.cit.*, págs. 149 y sigs.

Sanidad: Dentro de la cual se integran evidentemente los hospitales o centros sanitarios, públicos y privados, y los servicios sanitarios públicos prestados fuera de los hospitales... También se puede incluir aquí el campo de la higiene pública que afecta a la sanidad, como es el caso de la recogida de basuras y la limpieza pública o los servicios funerarios, y el abastecimiento de productos de primera necesidad y suministro de agua potable. Es un área que no plantea ninguna duda en cuanto a su esencialidad; se incluye dentro de una concepción estricta de servicios esenciales como la que mantiene el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

- Transportes: Generalmente no ofrece dudas la esencialidad de este sector por su conexión con el derecho fundamental a la libertad de circulación, cuando se trata de transporte de personas. En esta área se han considerado esenciales el transporte por carretera, el transporte ferroviario, el transporte suburbano, el transporte aéreo y el transporte marítimo. Existen, sin embargo, muchas discrepancias sobre cuando la actividad de transporte es esencial y cuando no (según se trate de transporte regular de pasajeros o transporte no regular o transporte turístico⁴⁷). Por lo que se refiere al transporte de mercancías su carácter esencial es más problemático: sólo puede considerarse esencial el transporte de determinadas mercancías que permitan el mantenimiento de otros servicios esenciales, como ocurre con el transporte de productos sanitarios, energéticos o alimentarios de primera necesidad...⁴⁸.

Generalmente se vienen declarando también esenciales las estructuras administrativas y las infraestructuras necesarias para garantizar el transporte⁴⁹, como son los servicios aeroportuarios y de tránsito aéreo, las estaciones de transporte público, los puertos, la Dirección General de Tráfico... En algunos casos, la declaración de esencialidad no está plenamente justificada, como ocurre con las autopistas de peaje.

⁴⁷ Ejemplo de estas discrepancias son los diversos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. Así, la STSJ de Valencia de 29 de marzo de 2001 (As 3022) considera que un tren turístico no puede ser considerado esencial ya que su funcionamiento no atiende a intereses o bienes constitucionalmente protegidos. Por el contrario, la STSJ de Baleares (contencioso-administrativo) de 25 de enero de 2000 (A 472) declara que si es esencial el transporte discrecional de turistas desde los puertos y aeropuertos hasta los lugares de alojamiento y viceversa en las Islas Baleares.

⁴⁸ Como señala Vivero Serrano ("La huelga en los servicios esenciales", op.cit., pág. 155), "el transporte de la totalidad de mercancías no puede considerarse esencial, porque eso situaría al comercio y a la economía nacional entre los bienes capaces de limitar al derecho fundamental de huelga, capaces de integrar el concepto de esencialidad, con la consecuencia última de que todas las actividades económicas importantes serían esenciales por el sólo hecho de incidir en la economía nacional".

⁴⁹ Estos servicios entrarían dentro de lo que en Italia se califica como "servicios instrumentales a los servicios esenciales".

- Comunicaciones: En esta área se han considerado servicios esenciales las comunicaciones telefónicas, telégrafos, correos, acceso a internet⁵⁰ y los medios de comunicación e información audiovisuales (televisiones y radios, públicas y privadas⁵¹) y escritos⁵². Los derechos fundamentales a la libertad de comunicación y a la libertad de información son los tutelados a través de la imposición de servicios mínimos en estos sectores.

- Energía: Producción y suministro de electricidad, combustibles derivados del petróleo y combustibles gaseosos. Afecta no sólo a la producción y suministro sino también a la distribución, transporte y venta⁵³.

- Educación: En esta área se han considerado servicios esenciales las universidades, los centros docentes no universitarios, los centros de educación especial, las escuelas infantiles públicas, el transporte escolar...

- Seguridad: De forma muy cuestionable, se ha declarado también esencial el sector de la seguridad privada, en base a su “carácter de servicios subordinados y complementarios respecto a los de la seguridad pública”⁵⁴.

⁵⁰ Por ejemplo, RD 530/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación del servicio esencial relativo al encaminamiento de las llamadas a servicios de emergencia y al encaminamiento y la conexión entre los puntos de terminación de las redes fijas y móviles y las redes públicas de telecomunicaciones en situaciones de huelga (que considera servicios esenciales “el apoyo técnico necesario para garantizar la seguridad de los sistemas informáticos y de los servicios de seguridad de las comunicaciones, correspondientes a servicios públicos que tengan la consideración de esenciales”).

⁵¹ Muchas disposiciones, en algunos casos muy significativas, se refieren a estos sectores. Así: RD 529/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación del servicio esencial relativo a la red de soporte de los servicios de difusión de televisión en situaciones de huelga (en el Preámbulo de esta norma se señala que “en nuestro ordenamiento, los servicios de televisión pública estatal y televisión privada estatal tienen la consideración de servicio público esencial para la comunidad”) declarado válido por STS de 22 de marzo de 2004; RD 527/2002, de 14 de junio, por el que se establecen los servicios mínimos a garantizar en el ente público RTVE; RD 531/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales en el ámbito de la gestión indirecta de los servicios públicos esenciales de radiodifusión sonora y de televisión, bajo competencia del Estado (en relación con las televisiones privadas); RD 1288/2002, de 5 de diciembre, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales del ente público RTVE y de las sociedades estatales RNE, S.A. y TVE, S.A.

⁵² Por ejemplo, sobre el Boletín Oficial del Estado, RD 1481/1988, de 9 de diciembre.

⁵³ Entre otros, Orden ECO/1483/2002, de 14 de junio, por la que se establecen los servicios mínimos en las empresas suministradoras de carburantes con destino a la navegación aérea

⁵⁴ RD 524/2002, de 14 de junio, por el que se declara el carácter de servicio esencial del sector de la seguridad privada. Declarado válido por STS de 10 de octubre de 2003. Caso distinto es el del RD 508/2002, de 10 de junio, por el que se establecen los servicios mínimos en el ámbito de

- Junto a estos, existen muchos otros ámbitos en los que se ha declarado la esencialidad, como en el sector de las finanzas públicas, el sector de la protección social (Seguridad Social, asistencia social, servicios sociales, INEM), Administración de Justicia, y progresivamente (y de forma muy cuestionable) la mayor parte de las actividades de la Administración.

Sin embargo, lo más significativo de esta concreción administrativa de los servicios esenciales es la enorme extensión que se ha producido por esta vía del concepto de servicios esenciales. La tendencia que se viene apreciando en los últimos años, muy acusadamente a partir de la huelga general de 20 de junio de 2002⁵⁵, es a considerar que son esenciales todos los servicios que presta la Administración⁵⁶ (considerando además esenciales todas las prestaciones que integran el servicio) y a identificar los conceptos de servicios públicos y servicios esenciales, con independencia de que en todos estos servicios se satisfagan o no derechos fundamentales; se ha producido, como se ha señalado en la doctrina⁵⁷, una sustitución progresiva del concepto de servicios esenciales por el de servicios públicos. Ello ha ido acompañado, además, de la fijación de unos servicios mínimos excesivamente amplios y el resultado es una restricción indiscriminada del ejercicio del derecho de huelga.

En muchos casos la autoridad gubernativa se apoya en una declaración legal que, al regular un determinado servicio público, lo califica como servicio esencial (caso, por ejemplo, de la Ley 4/1980, de 10 de enero, que regula el Estatuto de RTVE, calificando la radiodifusión y la televisión como “servicios públicos esenciales”). No obstante, esta calificación debe interpretarse en el sentido de servicios de interés general, pero no como “servicio esencial” a efectos del ejercicio del derecho de huelga, sobre todo por el hecho de que la doctrina del Tribunal Constitucional, como se vio anteriormente, considera que “a priori ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial”, debiendo considerar para ello la satisfacción de los intereses tutelados constitucio-

la prestación de los servicios esenciales en la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) en situaciones de huelga.

⁵⁵ Véase, detalladamente, Merino Segovia, A.: “El concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas...”, op.cit., págs. 159 y sigs.

⁵⁶ Como señala Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., pág. 161, “Se trata, por tanto, de la calificación de esencialidad en bloque de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las distintas CCAA y de las Administraciones Locales”. “La autoridad gubernativa ha acogido en la práctica los criterios de continuidad de los servicios públicos y de protección del interés general, como se sabe ajenos a la doctrina del Tribunal Constitucional, sin que los tribunales ordinarios hayan reaccionado con la contundencia necesaria”.

⁵⁷ Vid. Bayos Grau, A.: “Derecho de huelga en los servicios esenciales...”, op.cit., págs. 202 y 203.

nalmente y el grado e intensidad de la huelga sobre los mismos (STCo. 8/1992, de 16 de enero).

Esta extensión, por supuesto, desborda el concepto establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional (aunque éste haya configurado una cláusula genérica de esencialidad) y, aún más, por la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Es además contraria a muchos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ha reiterado que servicios esenciales y servicios públicos no son términos idénticos (SSTC 26/1981, de 17 de julio; 53/1986, de 5 de mayo). Pero frente a esta tendencia de la autoridad político-administrativa a declarar la esencialidad de todos los servicios públicos y de toda la actividad de la Administración, los tribunales ordinarios no han reaccionado de manera contundente en todas las ocasiones. Por el contrario, la intervención judicial se ha centrado más en la consideración de los servicios mínimos impuestos por la autoridad gubernativa, calificando de abusivos y desproporcionados muchos de ellos, que en limitar el concepto de servicios esenciales, convalidando en muchos casos esta asimilación entre servicios esenciales y servicios públicos⁵⁸.

⁵⁸ Así, entre otras, STS de 19 de febrero de 1991; STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 1997, que declaran el carácter esencial de todos los servicios públicos o de todos los servicios prestados por la Administración; en esta misma línea extensiva, la STS de 15 de febrero de 1989, que declara el servicio que presta el Museo del Prado como servicio esencial, entendiendo que éste proporciona el acceso a la cultura y que éste es un bien constitucionalmente protegido. También, la STS de 22 de marzo de 2004, que convalida el RD 529/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación del servicio esencial relativo a la red soporte de los servicios de difusión de televisión (BOE de 15 de junio de 2002) (al resolver el recurso interpuesto contra el mismo), que considera que el servicio público de televisión es un servicio esencial, pero, además, declara que este servicio no pierde su condición de esencial por el hecho de que se preste a través de empresas privadas y mediante el cobro de un precio a los usuarios (y que, por tanto, no son de libre acceso para todos los usuarios); el argumento esgrimido es que también las televisiones privadas, incluso las de pago, “contribuyen a que los ciudadanos puedan recibir libremente la información veraz que deseen, según sus preferencias legítimas”.

3. LAS TÉCNICAS DE GARANTÍAS PARA ASEGURAR EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES PARA LA COMUNIDAD: LA REALIZACIÓN DE LA HUELGA EN SERVICIOS ESENCIALES

3.1. La técnica de los “servicios mínimos”

Las técnicas de garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad pueden consistir en una pluralidad de medidas de diverso grado y alcance: medidas de carácter instrumental, como es la exigencia de un preaviso ampliado; medidas complementarias, como la publicidad de la huelga y de sus consecuencias dirigida a los usuarios; medidas directas consistentes en la restricción del ejercicio del derecho de huelga, como el establecimiento de servicios mínimos; medidas subsidiarias, como el arbitraje obligatorio, cuando hayan fracasado otras medidas como la publicidad y los servicios mínimos, o también con este carácter subsidiario la sustitución de los trabajadores huelguistas. En cualquier caso, dentro de todas ellas la medida más típica en el ordenamiento español, y la que tradicionalmente ha ocupado un lugar central, es la fijación de servicios mínimos. La Jurisprudencia ha elaborado desde un primer momento su doctrina sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales a través únicamente de la técnica de la fijación de servicios mínimos.

Se puede definir servicio mínimo como el instrumento que impide que la huelga sea total, de modo que se asegure la continuidad aunque mínima del servicio; es decir, la “prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual” (STC 53/1986, de 5 de mayo). De esta manera, la adopción de los servicios mínimos ha de estar adaptada a cada huelga en concreto, es decir, debe estar “en relación directa con el interés de la comunidad, que debe ser perturbado por la huelga sólo hasta los extremos razonables” (STC 51/1986 de 24 de abril y 53/1986, de 5 de mayo).

Como técnica de garantía para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales, los servicios mínimos suponen una restricción al ejercicio del derecho de huelga en la medida en que, por un lado, desde la perspectiva individual, priva de su derecho de huelga a los trabajadores designados para prestar estos servicios esenciales y, por otro lado, desde la perspectiva colectiva, debilita el desarrollo colectivo de la huelga, tanto por la presión que ésta pueda ejercer como por el número de trabajadores que puedan adherirse a la misma.

Estos servicios mínimos pueden articularse de diversas formas: la primera, que suele ser la forma más habitual (es la que aparece en la mayoría de las disposiciones de la autoridad gubernativa en nuestro país), consiste en mantener una prestación mínima de los servicios esenciales garantizando la continuidad de determinadas actividades durante toda la duración de la huelga que serán llevadas a cabo por un determinado número de trabajadores que quedan, en consecuencia, privados del ejercicio de su derecho de huelga; el segundo modo (menos utilizado) consiste en mantener el funcionamiento normal de las actividades esenciales con todos los trabajadores que están asignados a ellas durante una o varias franjas horarias, quedando el resto del tiempo, durante la duración de la huelga, paralizado íntegramente el servicio (sistema que a veces se utiliza en huelgas llevadas a cabo en el sector del transporte, o a veces también en servicios de recogida de basuras y limpieza de vías públicas).

3.2. La fijación de los servicios mínimos por la autoridad gubernativa

En el modelo legal vigente, que el Tribunal Constitucional convalidó en su momento, se establece que la adopción de las medidas necesarias para asegurar ese mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad corresponde a la autoridad gubernativa, definida, según el Tribunal Constitucional, como “los órganos del Estado que ejercen directamente o por delegación, las potestades de gobierno” (STC 26/1981, de 17 de julio) (reconociendo de esta manera constitucionalidad del párrafo segundo del art. 10 RDLRT; SSTC 11/1981, de 8 de abril, f.º 2; 8/1992, de 16 de enero, f.º 2).

Esta técnica de garantía se formaliza jurídicamente a través de los Decretos de servicios mínimos y su práctica, como se sabe, ha supuesto una importante restricción del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales para la comunidad, produciéndose, en muchas ocasiones, abusos en el ejercicio de la potestad pública. La fijación de estos servicios mínimos por la autoridad gubernativa constituye una actividad administrativa⁵⁹ sometida a un conjunto de garantías o de requisitos derivados de la propia Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la medida en que suponen una limitación de un derecho fundamental.

La autoridad gubernativa no puede, sin embargo, entrar en la delimitación del alcance y la interpretación del concepto de servicios esenciales. Esta función está atribuida por la Constitución a la ley y a los Tribunales de Justicia y, por tanto, en el momento actual, a falta de una ley en la que se determinen éstos, serán

⁵⁹ Vid., Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., pág. 224.

los Tribunales quiénes habrán de determinar qué servicios son esenciales para la comunidad. En la práctica, como se ha dicho, es la autoridad gubernativa la que viene declarando la esencialidad de un servicio, aunque dicha declaración esté, desde luego, sometida a la jurisdicción.

Ya desde la primera Sentencia de 8 de abril de 1981 (fj 18), el Tribunal Constitucional se pronunció atribuyendo la decisión sobre la adopción de servicios mínimos cuando la huelga se ejercita en servicios esenciales para la comunidad a un tercero imparcial, considerando que esta decisión no puede ponerse en manos de ninguna de las partes en conflicto, aunque éstas puedan intervenir en la decisión correspondiente mediante propuestas o negociaciones. Según el Tribunal Constitucional, “atribuir a la autoridad gubernativa la potestad para establecer las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos no es inconstitucional, en la medida en que ello entra de lleno dentro de las previsiones del art. 28.2 de la Constitución, y, además, es la manera más lógica de cumplir con el precepto constitucional”. De este modo, la autoridad gubernativa es la que tiene facultades de control y de decisión unilateral sobre la adecuación de los servicios fijados y la imposición unilateral de servicios mínimos.

El Tribunal Constitucional exige, en primer lugar, que la titularidad de esta potestad recaiga en una instancia pública imparcial. Esto significa que la competencia debe ostentarla una autoridad política: ha de recaer en la autoridad gubernativa que es la que tiene, en principio, la potestad y también el deber de determinar las actividades destinadas a preservar los servicios esenciales, sin que pueda delegarse este cometido a las decisiones unilaterales de las empresas o administraciones directamente responsables de los servicios, sin perjuicio de que se pueda remitir la concreta fijación o puesta en práctica de los servicios a instituciones derivadas de la autonomía colectiva o hacer suyas las propuestas de las partes en conflicto (SSTC 26/1981, 53/1986, 27/1989, 8/1992).

Respecto a la autoridad gubernativa competente, hay que señalar que la potestad para dictar las medidas que garanticen el funcionamiento de los servicios esenciales no está atribuida genéricamente a la Administración Pública, sino a aquellos “órganos del Estado que ejercen directamente o por delegación las potestades de gobierno” (STC 11/1981, de 8 de abril). La jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria, ya ha dejado claramente sentado la relevancia constitucional que tiene la condición de la autoridad gubernativa que impone los servicios mínimos, en el sentido de que, dentro de la limitación del ejercicio del derecho fundamental de huelga que éstos suponen, una garantía formal es la responsabilidad política y jurídica de la autoridad gubernativa. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “privar a un conjunto

de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional como es el reconocido en el art. 28 de la Constitución es algo que sólo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno” (STC 26/1981, de 8 de abril), de forma que puedan imponerse estas limitaciones únicamente “en atención a los intereses de la comunidad, de una manera imparcial y de acuerdo con las características y necesidades del servicio afectado por la huelga” (STC 27/1989, de 3 de febrero).

Debido a la compleja distribución de competencias configurada constitucional y legalmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se planteó pronto el correspondiente conflicto, al estimar que en este punto esa facultad no corresponde en exclusiva al Estado y como consecuencia a sus órganos. La STC 33/1981 vino a extender esta competencia “a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas integrantes del Estado y dotadas de potestades de Gobierno” (según la distribución de competencias en la materia), e incluso municipales (en el caso de competencias municipales y metropolitanas); es decir, “cuando se trate de servicios que considerados conjuntamente, se comprenden en el área de las competencias autonómicas..., sin perjuicio de las competencias municipales y metropolitanas, el velar por su regular funcionamiento, corresponde a la titularidad y a la responsabilidad de las autoridades autonómicas”. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido como no opuesta a la legalidad vigente ni a la doctrina del Tribunal Constitucional la posibilidad de que la autoridad gubernativa competente se limite a aceptar la propuesta realizada por un órgano “inferior” carente de esta potestad (STS 27 de septiembre de 1990, Ar. 6967). En esa misma línea, se puede admitir que la autoridad competente acepte la propuesta presentada por las partes (en el supuesto de que hubiese existido una negociación previa) (SSTS 14 marzo, 24 junio y 16 julio de 1994, Ar. 2074, 5192, 5956).

La autoridad gubernativa que acuerda las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales no es intrascendente ni irrelevante para el derecho de huelga ya que tal medida debe ser adoptada por el Gobierno o por órgano que ejerza la potestad de Gobierno, sea del Estado o de las CCAA con competencias en los servicios afectados, por lo que, como ha señalado el Tribunal Supremo⁶⁰, “el incumplimiento de esta exigencia no puede calificarse como mera irregularidad formal o como mero defecto administrativo, sino como lesión del derecho fundamental que así se ve restringido, pues sólo de aquella forma puede asegurarse que las limitaciones sean impuestas

⁶⁰ SSTS 4 mayo 1998 (Ar. 4718); 5 junio 1998 (Ar. 5521); 16 de octubre de 2001 (Ar. 8605); 18 de octubre de 2002 (Ar. 10152).

en atención a los intereses de la comunidad, de una materia imparcial y de un acuerdo con las características y necesidades de la huelga”.

Han sido, desde luego, numerosas las ocasiones que se han planteado ante el Tribunal Constitucional conflictos positivos de competencia entre dos órganos de Gobierno que pueden ser competentes para adoptar las medidas de garantía respecto a los servicios esenciales. En este sentido, es especialmente interesante la STC 233/1997, de 18 de diciembre, que viene a resolver quién es la autoridad gubernativa competente para fijar qué servicios esenciales se tienen que mantener durante la situación de huelga en los supuestos en que pueden intervenir autoridades gubernativas de diferentes ámbitos (en el caso concreto al que se refiere esta Sentencia, la autoridad gubernativa estatal pretende hacer valer su título competencial por encima del de la Comunidad Autónoma Vasca)⁶¹. El Tribunal constitucional, haciendo un recorrido por sus anteriores pronunciamientos, reitera su línea constante en la que declara que la autoridad gubernativa a la que corresponde determinar en lo esencial el mínimo de mantenimiento del servicio es la autoridad estatal o autonómica que tiene la competencia y por consiguiente la responsabilidad política del servicio en cuestión⁶². Sin embargo, la autoridad que fija los servicios mínimos debe ser política y neutral, ofreciendo garantías de imparcialidad, lo que no parece que exista cuando en la autoridad gubernamental coincide su interés público con el deseo de mantener la perfecta eficacia del servicio cuya competencia le corresponde⁶³. Existen, en cualquier caso, numerosos

⁶¹ En el caso concreto de esta Sentencia, las partes están de acuerdo en que las actividades de estiba y desestiba de buques tienen carácter esencial por lo que en caso de huelga, en estas actividades debe garantizarse el mantenimiento de estos servicios para no menoscabar los intereses de la comunidad. Las partes en conflicto discrepan acerca de qué autoridad gubernativa asume la titularidad de la competencia para elaborar las medidas de garantía de los servicios que se prestan en el Puerto Autónomo de Bilbao durante el transcurso de la huelga. El título que cita la Comunidad Autónoma Vasca para fijar los servicios esenciales son sus competencias ejecutivas en materia de legislación laboral y huelga (art. 149.7 CE); y el título que menciona el Estado es su competencia en materia de puertos de interés general, es decir, que la competencia del servicio corresponde al Estado.

⁶² En otros supuestos en los que también se había planteado un conflicto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en los que el Tribunal Constitucional declaró la competencia de la Comunidad Autónoma, coincidía en ésta no sólo la potestad de ejecución de la legislación laboral, sino también la condición de autoridad gubernativa con competencias sobre el servicio en cuestión (así, SSTC 33/1981, 5 noviembre y 122/1990, 2 julio).

⁶³ Vid. Cabeza Pereiro, J.: “Sobre la autoridad gubernativa competente...”, op.cit., pág. 677; Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 259-260; Torrente Gari, S.: “La competencia del Estado y de las comunidades Autónomas en el establecimiento de servicios mínimos”, op.cit., pág. 146. También, Cabeza Pereiro, J.: “La imposición de servicios mínimos”, op.cit., págs. 188-189; Merino Segovia, A.: “EL concepto de servicios esenciales y la publicación de las reglas limitativas...”, op.cit., págs. 154-157.

ejemplos de atribución de la competencia para establecer los servicios mínimos a autoridades dudosamente neutrales.

En cualquier caso, la adopción de las medidas de aseguramiento no corresponde genéricamente a la Administración Pública, sino única y exclusivamente a aquellos órganos del Estado y de las Comunidades Autónomas que ejercen potestades de gobierno. Se trata de una potestad en principio indelegable, aunque esto debe ser matizado en el sentido de que cabe una delegación de esta competencia cuando se cumplan una serie de requisitos mínimos que garanticen que no sea el propio empresario el que determine el alcance de una huelga. De esta forma, cabe delegación de competencia fuera del ámbito específico del Gobierno o de sus Ministros, siempre y cuando el órgano en quien se delegue siga teniendo la condición de autoridad gubernativa y que en ningún caso ésta se pueda predicar de “los órganos de gestión y administración” del servicio o empresa en la que se desarrolle la huelga (de forma que la delegación de estas funciones no se puede hacer en los responsables del servicio o gestores de la empresa, ya que, como se ha dicho, lo que se pretende es que no sea el propio empresario el que determine el alcance de la huelga). No cabe en principio la delegación sucesiva, “en cascada” (STC 26/1981, de 17 de julio) de la facultad de imposición de los servicios mínimos.

Pero no cabe confundir esta delegación sucesiva, que no se admite, con la delegación de la ejecución de los servicios, es decir, la determinación del personal y las condiciones técnicas para la cobertura de los servicios mínimos⁶⁴. Quién sea la entidad encargada de este “complemento técnico y personal” (concepto mantenido por la STC 53/1986) es una cuestión problemática, ya que por esta vía podría afectarse a la intensidad o extensión de los servicios mínimos. La Audiencia Nacional había hecho referencia inicialmente a la dirección de la empresa como entidad a la que incumbiría, una vez que estén concretados los servicios mínimos por la autoridad competente, la ejecución de los mismos; posteriormente el Tribunal Constitucional (STC 53/1986, f.º 5) se refirió también a la negociación colectiva y a la disciplina sindical: “nada impediría que la puesta en práctica de los servicios mínimos, una vez concretados por la instancia pública competente, fuera confiada a la autonomía colectiva y, por tanto, actualizada por los cauces bien de la negociación, bien de la disciplina sindical. Pero no puede excluirse la

⁶⁴ Confusión que aparece, por ejemplo, en el RD 527/2002, de 14 de junio, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales del Ente Público Radiotelevisión Española y de las sociedades estatales Radio Nacional de España, Sociedad Anónima y Televisión Española, Sociedad Anónima. Por el contrario, se distinguen estas fases correctamente en el RD 524/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación de servicios esenciales en el ámbito de la seguridad privada en situaciones de huelga.

legítima posibilidad de deferir a la dirección del servicio esa puesta en práctica, correspondiendo a la autoridad gubernativa decidir a favor de uno u otro sistema en atención, entre otros factores, a la complejidad técnica de la labor de desarrollar las medidas acordadas y a la oferta de colaboración en la preservación de los servicios mínimos efectuada por los convocantes de la huelga y las organizaciones sindicales”.

La intervención unilateral de la dirección de la empresa para llevar a cabo la concreción técnica, la ejecución, de los servicios mínimos acordados por la autoridad competente plantea numerosas dudas en la medida en que puede burlar las garantías establecidas por el Tribunal Constitucional respecto a la intervención en la huelga de la autoridad administrativa para la fijación de los servicios mínimos y respecto a las restricciones establecidas por este Tribunal para la delegación de esta potestad. De forma que, en tanto no se garantice una remisión a la negociación colectiva de la ejecución de los servicios mínimos fijados, debe hacerse una interpretación restrictiva del contenido de esta ejecución de los servicios mínimos de manera que no pueda suponer una vía para incrementar la intensidad y la extensión de los mismos⁶⁵.

El ejercicio de la potestad gubernativa para el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad está sometido, como ha señalado el Tribunal Constitucional, a una serie de límites, como son: la necesidad de motivación del acto (implica que el acto administrativo en el que se establecen los servicios mínimos indique los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado); la exigencia de proporcionalidad en la fijación de los servicios mínimos (cuya observancia debe valorarse en atención a las circunstancias concretas que rodean cada huelga que se lleve a cabo en servicios esenciales para la comunidad); el cumplimiento de ciertos requisitos que han de presidir la exteriorización del acto administrativo correspondiente (notificación y publicidad); y el deber de la autoridad gubernativa de potenciar procedimientos de composición pacífica de los conflictos colectivos, en concordancia con la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT. No se exige, sin embargo, que la consulta-negociación previa constituya una condición de validez del acto administrativo de imposición de los servicios mínimos, aunque puede ser deseable, cuestión ésta a la que ya se ha hecho referencia con anterioridad.

⁶⁵ Vid. Vivero Serrano, J.B.: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., pág. 235.

3.3. La selección de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos

La selección de los trabajadores que deben prestar los servicios mínimos entra dentro de lo que se denomina “complemento técnico y funcional” de los servicios mínimos, concepto, como ya se ha dicho, consolidado en la STC 53/1986: su “finalidad es atribuir al órgano de gestión de la empresa los medios necesarios para poder complementar técnica y funcionalmente las propias normas de mantenimiento adoptadas por un órgano (...) al que no cabe negar la condición de ‘autoridad gubernativa’”.

Esta selección de trabajadores está subordinada necesariamente a la previa determinación de los servicios mínimos llevada a cabo por la autoridad competente. Dos son los principales problemas que se plantean en relación con esta cuestión: quién debe designar a estos trabajadores y previamente los puestos de trabajo necesarios para que la actividad pueda mantenerse en la medida necesaria para garantizar una mínima prestación de los servicios esenciales para la comunidad y con qué criterios se debe proceder a la designación de los trabajadores encargados de prestar estos servicios mínimos.

Debe quedar claro que, en cualquier caso, esta selección de trabajadores (y de los puestos de trabajo afectados) no puede incidir en la intensidad y extensión de los servicios mínimos fijados por la autoridad gubernamental.

En el sistema legal-judicial actual, que parte de que la facultad de imposición de los servicios mínimos le corresponde a la autoridad gubernativa, la selección de los trabajadores concretos puede ser asignada, como ha señalado el Tribunal Constitucional, a los órganos de dirección y gestión de la empresa afectada (SSTC 53/1986, de 5 de mayo; 27/1989, de 3 de febrero), aunque también puede ser la administración responsable la que adopte esta decisión. En ocasiones la propia disposición gubernativa que fije los servicios mínimos establecerá la relación de puestos de trabajo afectados, pero en otros casos la disposición gubernativa no los determina, aunque debería incluir, para ser correcta, determinados parámetros que permitan deducir la intensidad y extensión de los servicios mínimos⁶⁶, y deja la concreción de estos puestos de trabajo y la selección de los trabajadores asignados a ellos en manos de los órganos de gestión de la empresa.

⁶⁶ Vid. Vivero Serrano: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., págs. 233-234.

Cuestión que se ha venido planteando es si esta concreción empresarial de este complemento técnico y funcional de los servicios mínimos entra dentro del ejercicio ordinario de los poderes de dirección empresarial o si se trata de un poder-deber que tiene su fundamento en la disposición correspondiente de la autoridad gubernativa, siendo esta última posición la que se ha aceptado mayoritariamente. No obstante, se habrá de distinguir entre el momento de seleccionar los trabajadores y ordenarles la continuación del trabajo, dentro de los servicios mínimos establecidos, y el momento posterior de ejecución del trabajo. Si respecto del primer momento se considera que la actuación empresarial deriva de la disposición de la autoridad gubernativa, el segundo entra dentro del ejercicio normal del poder de dirección⁶⁷.

Frente a la posición señalada, se puede estimar más idóneo que fuesen los representantes de los trabajadores y la parte empresarial los que determinen quiénes son los trabajadores que tienen que atender las actividades correspondientes, y lo harán en función de las circunstancias que la huelga en cada momento requiera.

En el caso de que existiera realmente desacuerdo en la determinación de los servicios mínimos, esto no exime a los trabajadores encargados de los mismos de la obligación de prestarlos, pudiendo ser en otro caso sancionados por la empresa⁶⁸.

En la selección de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos la jurisprudencia ha admitido, en hipótesis, que en determinadas circunstancias se pueda dar preferencia para la realización de estos servicios a los trabajadores no huelguistas -los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga-, aunque esto no quiere decir que se pueda exigir a la empresa en cualquier caso (SSTC 123/1990, de 2 de julio; 304/1997, de 17 de septiembre). Sólo en el caso de que realmente exista desacuerdo y no se llegue a ninguna solución sería posible sustituir a los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa, actuación que encuentra apoyo legal en el art. 10.2 RDLRT, pero siempre como medida absolutamente excepcional ya que están en juego los intereses de la comunidad que tienen que ser satisfechos.

⁶⁷ Sobre esta cuestión, véase Vivero Serrano: “La huelga en los servicios esenciales”, op.cit., pág. 236. La misma posición es mantenida por BAYLOS, “Sobre los despidos por huelga”, en Aparicio Tovar y Baylos Grau: “El régimen del despido tras la reforma laboral”, Ibidem, Madrid, 1995, págs. 250 y sigs.

⁶⁸ Sobre este tema, véase ampliamente Pérez Rey, J.: “El incumplimiento de los servicios mínimos y su revisión judicial en las huelgas que afectan a los servicios esenciales de la comunidad”, en Baylos Grau (Coord.): “Estudios sobre la huelga”, Bomarzo. Albacete, 2005.

REPERCUSIONES LABORALES DE LOS DIVERSOS INSTRUMENTOS DE PRIVATIZACIÓN Y REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

“Para ver más claramente, aquí como en innumerables casos similares, no debemos perder de vista los detalles del proceso; *contemplar de cerca* lo que ocurre”

Ludwig WITTGENSTEIN*

EXTRACTO

Palabras Clave: Administraciones Públicas, sector público, relaciones laborales, contrataciones, reversión, transmisión de empresas

Desde hace tiempo se vienen incrementando los procedimientos de colaboración entre el sector público y el sector privado. En la coyuntura actual, a la intensa reestructuración de los entes y empresas que integran el sector público, se suma la proliferación de fenómenos de privatización y asimismo de recuperación de servicios públicos. Estos fenómenos –que presentan flujos y reflujos obedeciendo a diversas direcciones de política organizativa ideológicamente condicionadas- tienen una importante incidencia en el ámbito de las relaciones laborales afectadas y plantean, además, arduos problemas respecto a la aplicación de un marco normativo regulador (deficiente e insuficiente) en una palpable tensión entre las lógicas imperantes en los ordenamientos laboral y administrativo, que, sin embargo, han de conciliarse necesariamente bajo el obligado respeto a los principios y derechos consagrados en la Constitución.

ABSTRACT

Key words: Public Administrations, public sector, labour relations restructuring, outsourcing, recoveries public services, transfer of businesses

Long come increasing collaboration between the public sector and the private sector procedures. At the current juncture to the re-structuring of the entities and companies that make up the public sector joins the proliferation of phenomena of privatization and also recovery of public services. These phenomena-that present flows and ebbs obeying to different addresses of political organizational ideologically conditional-have an important incidence in the field of them relations labour affected and pose, also, arduous problems concerning the application of a frame normative regulator (poor e insufficient) in a palpable tension between them logical prevailing in them systems labour and administrative, that, however they have necessarily reconciled under the required respect for the principles and rights enshrined in the Constitution.

* Wittgenstein, L.: *Investigaciones filosóficas*, trad. A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Editorial Crítica/UAM, 1988, pág. 73.

ÍNDICE

1. EL MARCO DE REFERENCIA: INSTRUMENTOS DE COLABORACIÓN Y PRIVATIZACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
2. PRIVATIZACIÓN Y REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
 - 2.1. Problemática General
 - 2.2. La externalización de servicios públicos. Contratas y concesiones administrativas y vicisitudes de las prácticas externalizadoras. la reversión al ente público

1. EL MARCO DE REFERENCIA: INSTRUMENTOS DE COLABORACIÓN Y PRIVATIZACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

El incremento paulatino de las actividades de las Administraciones Públicas ha supuesto la búsqueda de fórmulas más flexibles que las que había venido ofreciendo el Derecho Administrativo tradicional y la tradicional centralidad de la concepción de las funciones públicas. En este sentido se han expandido los instrumentos de colaboración entre el sector público y el sector privado y, en relación a ello, la creación por las Administraciones Públicas de entes instrumentales a ellas vinculados; entes instrumentales que se encuentran vinculados o son dependientes de las distintas Administraciones Públicas territoriales y que tienen una configuración y régimen jurídico de Derecho público o de Derecho privado. La dinámica expansiva del Estado intervencionista ha hecho proclive el reclamo de estas prácticas en diversos ámbitos como los servicios sociales, económicos y culturales –la educación, la salud, servicios sociales, etc.- y de la seguridad – como la apertura de espacios a seguridad privada, la administración penitenciaria, seguridad vial, etc.). Todo ello incide en la posición jurídica del personal laboral en el sector público (Administraciones Públicas y Entes Instrumentales de distinta índole).

Suele aducirse, como fundamento de estas prácticas, la mayor eficiencia y flexibilidad de la realización de las actividades o prestaciones de servicios, y la liberalización de las consideradas restricciones impuestas por el Derecho Administrativo tradicional, los requisitos para la contratación pública y la contratación y utilización del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Pero las razones “técnicas” son insuficientes para dar cuenta de un fenómeno que ha estado mediado por procesos de decisión político-ideológica sobre el papel que ha de desempeñar lo público y lo privado en la gestión de los servicios públicos y actividades de relevancia para el interés general. En otras palabras: las opciones organizativas de los servicios y actividades públicas están condicionadas por procesos de decisión político-administrativa sobre el papel de “lo público” y de “lo privado”. Aquí la organización administrativa aparece como un sistema mutable de flujos y constelaciones de actividad y trabajo

mediatizadas por las opciones del poder público. Desde esta perspectiva resulta significativo constatar cómo se está produciendo flujos y reflujos (porque en puro realismo político ningún proceso de privatización-reprivatización es irreversible atendiendo a esas variables ideológico-políticas que inciden en la conformación de los marcos institucionales y en las opciones organizativas de los servicios públicos) respecto a la decisión de privatizar con fuertes fuerte o más débiles con la recuperación de los servicios públicos privatizados o externalizados precisamente para garantizar su eficiencia en términos de calidad del servicio (racionalidad social, que es la razón de la sociedad) y de reducción de costes en su prestación (racionalidad económica). Por lo demás, el auge de la gestión privada, sin embargo, no ha supuesto, a menudo, una huida absoluta del Derecho Administrativo, pues se aprecia que al sector público fundacional y empresarial se le aplica selectivamente los principios básicos del Derecho Administrativo que tienen que conciliarse, a su vez, con los concurrentes principios básicos del Derecho privado y del Derecho Social del Trabajo; ambos establecidos en la Constitución. Tampoco puede establecerse un aserto según el cual la gestión privada sea más eficiente que la pública, pues lo que se ha mostrado eficiente ha sido la combinación público-privado en ciertos ámbitos de prestación de servicios y actividades públicas, y siempre que no se pierda la salvaguardia ineludible y preferente del interés público.

Se produce, así, una conexión más compleja entre lo público y lo privado cuando se enmarca dentro de la lógica del “sector público” y del “empleo público”, el cual incorpora tanto el sector público administrativo como el sector público fundacional y empresarial. En este sentido, la misma noción técnica de “sector público” refleja que la mercantilización o remercantilización (o, como se quiera, la privatización o reprivatización) de ciertas actividades, prestaciones o servicios públicos no puede ser absoluta precisamente por la índole de las actividades serviciales que se prestan. Esta construcción del concepto técnico-jurídico funcional de “sector público” encuentra su exponente explícito no sólo en la Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y en la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público (EBP), sino también en las correlativas y sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado (LGPGE) y la subsiguiente legislación autonómica. La misma Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera se inserta en esa lógica totalizadora del “sector público” y del “empleo público” (no simplemente lingüística, sino también conceptual).

En este sentido, se ha advertido de la efectiva proyección del Derecho Administrativo a las entidades instrumentales al servicio de las Administraciones

Públicas, realizando el juego de la noción de *poder adjudicador* en su art. 3 de la TRLCSP para las sociedades mercantiles con determinados rasgos característicos (financiación, gestión o gobierno públicos) y de la Disposición Adicional primera del EBEP, conforme a la cual se aplican al “sector público estatal” no comprendido en el ámbito subjetivo de aplicación del art. 2 los principios relativos a los deberes éticos y jurídicos de los empleados públicos así como los principios rectores de acceso al empleo público¹.

El contexto de referencia viene marcado visiblemente por factores estructurales derivados de la reorganización del sector público ante la exigencia de racionalización que la expansión de los entes instrumentales han tenido en las últimas décadas, pero también por factores coyunturales vinculados a la crisis económica y las respuestas de autoridad y control del déficit público. En este sentido a la reestructuración de los entes y empresas que integran el sector público se añaden medidas que limitan estrictamente la negociación colectiva en el empleo público (v.gr., art. 32 del EBEP), la contratación laboral, la congelación, las reducciones de salarios y de facilitación de los despidos de los empleados o trabajadores públicos por necesidades de funcionamiento de la Administración o de los entes instrumentales a su servicio. Por otra parte, a causa de las irregularidades laborales en la actuación de la Administración se han venido dictando sentencias judiciales que imponen la condición de trabajador “indefinido no fijo” a los trabajadores afectados por las prácticas ilícitas.

En efecto, todo ello se enmarca en un Derecho del Trabajo y un Derecho Administrativo de emergencia (con uso abuso del instrumento del Real Decreto-Ley para poner en práctica una “legislación motorizada” y la utilización sistemática de “normas-medida”²) que, sin embargo, está llevando a cabo cambios típicamente estructurales y no meramente transitorios o provisionales, pues lo que se pretende y se observa es una “estabilización” y “normalización” de los cambios que se están realizando. Por lo demás, se asiste a una suerte de penetración y predominio de la lógica del Derecho Administrativo sobre la lógica específica de regulación y racionalización jurídica a la que sirve de ordinario el ordenamiento laboral. Efectivamente, en el Derecho del Trabajo de la emergencia en el sector público penetra la lógica publicista de reducción y contención del gasto público en materia sociolaboral, que deja prácticamente en suspenso algu-

¹ Padros Reig, C. y Coello Martín, C.: “La extensión del concepto “Empleo Público” a las entidades privadas”, en *Revista Aranzadi Social*, núm. 1 (2013), págs. 63 a 92, en particular pág. 65.

² Monereo Pérez, J.L.: “El Derecho del Trabajo y el legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y política del Derecho Social”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38 (2014), págs. 20 a 96.

nos derechos laborales (congelación salarial o pérdida temporal de determinadas partidas salariales; régimen especial en los procedimientos de despido por causas empresariales; limitaciones en la contratación laboral) e instituciones colectivas (señaladamente, la negociación colectiva), dando lugar a una suerte de normativa laboral especial o peculiar en el ámbito del sector público de empleo. En este sentido, paradójicamente, la noción de empleo público aplicable a todo el sector público (administrativo, empresarial y fundacional) ha introducido una tensión dialéctica entre la laboralización y la administrativización, que al menos en la coyuntura actual se salda con esa creciente penetración de la lógica publicista de intervencionismo unilateral en la ordenación iuslaboral del empleo público y un modo de utilización de la contratación laboral que conduce hacia la precarización del empleo. La misma legitimidad de esa penetración ha sido declarada por el mismo Tribunal Constitucional (Auto del TC 85/2011, de 7 de junio, y Auto del TC 246/2012, de 18 de diciembre).

Pero igualmente en otro orden de cosas, la interconexión y cauces de colaboración entre las Administraciones Públicas y los entes instrumentales a su servicio suscitan un amplio conjunto de problemas laborales (cesión ilegal de trabajadores; fraudes en la contratación laboral; sucesión laboral del empleador público; la extensión patológica de la figura del indefinido no fijo; el alcance de las limitaciones legales sobre contratación y salarios en la negociación colectiva dentro del sector público, afectando a la eficacia jurídica de los productos normativos derivados de la negociación colectiva). Todo ello acompañado de un factor de complejidad derivado del hecho de que a resultas de las vicisitudes que puedan operarse las Administraciones Públicas pueden encontrarse en la tesitura de asumir el personal laboral de los entes instrumentales del sector público, planteándose problemas de racionalización interna; y teniendo en cuenta que ese proceso subsiguiente de racionalización puede ser afrontado desde la negociación colectiva en el marco de la correspondiente Administración Pública.

Los dos grandes objetivos perseguidos son básicamente dos: 1º. Otorgar prioridad a la reducción y contención del gasto público. 2º. Con carácter secundario en la práctica (aunque en verdad tendría que ser el prioritario): la calidad y el buen gobierno para garantizar los servicios públicos y los derechos de la ciudadanía. En este sentido es preciso recordar que, conforme al art. 103.1 CE, “la Administración sirve con objetividad los intereses generales...”.

Interesa partir del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante,

TRLCSP), cuyo art. 3 (“*Ámbito subjetivo*”)³ establece que forman parte del “sector público” los siguientes entes, organismos y entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local. Los consorcios son una organización de Derecho público formada entre una o más entidades públicas –Administración- y uno o más sujetos u organizaciones de Derecho privado.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

³ Véase también para la reestructuración del Sector Público, la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera precisa el concepto de Sector Público: -El Sector Público Administrativo (Las Administraciones Públicas en sentido estricto); -El Sector Público empresarial y funcionarial. (Sociedades mercantiles y demás entes públicos dependientes de las administraciones públicas).

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.
- b) Los Organismos autónomos.
- c) Las Universidades Públicas.
- d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y
- e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.^a Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

f) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.

g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

La simple lectura de esta disposición muestra el factor de complejidad en términos de estructura jurídico-institucional y de interconexión funcional de

personal. Pone de relieve la envergadura de los conceptos de “sector público” y de “empleo público” a él anudado en el marco de un Estado regulador y de intervención selectiva en la prestación de servicios públicos o relevantes para el interés general.

Por otra parte, las prácticas de colaboración entre las Administraciones Públicas y los entes instrumentales generan arduos problemas de orden administrativo y típicamente laboral (transferencias de personal, legales o irregulares; encomiendas de gestión; desaparición de entes instrumentales con asunción de funciones y recursos a la Administración Pública principal o a otros entes públicos.

Para mayor complejidad, tanto las administraciones públicas como sus entes instrumentales públicos actúan hacia el exterior colaborando con empresas privadas y privatizando la gestión de servicios públicos a través de las operaciones de externalización, como es el caso de las contrataciones o concesiones de actividad y servicios con sus problemáticas vicisitudes jurídicas (cambio de adjudicatario; reversión del servicio público a la Administración titular del mismo, cada vez más frecuente como reflejo de una tendencia a revalorizar la eficiencia de la gestión directa de los servicios públicos. El problema es garantizar la suficiencia de recursos públicos para el desarrollo eficiente de las actividades o servicios recuperados (o revertidos) al ente público actuante, por un lado, y, por otro, garantizar eficazmente los derechos de los trabajadores adscritos a los servicios revertidos o recuperados, porque, como se verá después, hay supuestos en los que no se aplica el art. 44 del ET y los trabajadores son despedidos por causas empresariales (artículos 51 o 52.c) del ET, según el umbral legalmente exigido como delimitador del ámbito de aplicación de dichas disposiciones).

El marco jurídico de las concesiones administrativas –de obras o de servicios– se contiene en Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (que consagra en su art. 2 el “Principio de libertad de administración de las autoridades Públicas”⁴), y en

⁴ Conforme al art. 2 de la Directiva (“Principio de libertad de administración de las autoridades públicas) se reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos. Por otra parte, la Directiva no afecta a los regímenes de propiedad de los Estados miembros

el Derecho nacional, el TRLCSP (artículos 8 [(“Contrato de gestión de servicios públicos”)], 85 [(“Supuestos de sucesión del contratista”)], y los 249 y 279 del mismo cuerpo legal, que regulan las facultades de vigilancia de la Administración contratante y el control de cumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales impuestas en los pliegos de condiciones, y que determinan las condiciones contractuales de la colaboración público-privada en las operaciones de externalización a través de contrata y concesiones administrativas). Reténganse también las previsiones del proceso de reestructuración por integración del RD.-Ley 4/2012, de 24 de febrero, y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Existe una *permanente exigencia de reforma y modernización* de las Administraciones públicas y del conjunto del Sector Público. Ciertamente vinculada a la “regla de oro” del art. 135 CE, impuesta por las instituciones políticas de la Unión Europea. Ello es inevitable por la vinculación existente entre la Administración pública en el marco del Estado Social y los cambios de las estructuras sociales y de los contextos económicos. Y es obvio que toda reforma o modernización del Sector Público (administrativo o funcional o empresarial) tiene que incidir la organización del personal que presta servicios en el sector público si se quiere alcanzar las finalidades que se persiguen en cada momento. De ahí que se plantee el interrogante de la reorganización del modelo de empleo público. Ahí se inserta el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública 2010-2012, de 25 de septiembre de 2009, que se inscribía en una línea de desarrollo de una reforma consensuada, que hoy, en esta materia, parece estar en declive, al menos por el momento (donde predominan los enfoques más propios de un intervencionismo gubernamental “dirigista”). También la creación de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), aprobada en Consejo de Ministros a finales de octubre de 2012 y el conocido Informe que emitió; la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo; la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad financiera (que enlaza con el art. 135 CE)⁵.

y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público. Por lo demás, el art. 5.1.b) de la Directiva define la «concesión de servicios» entendiendo por tal “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) [(“concesión de obras”)] a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

⁵ Véase la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de Marzo de 2012, por el que se aprueba el Plan de Reestructuración y Racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal; Real Decreto 701/2013, de 20

A ello se añade el factor coyuntural de una época de crisis económica y política de carácter estructural que está cambiando la fisonomía de nuestras sociedades y modos de gobernar. Ello conlleva un replanteamiento del papel del intervencionismo público en la sociedad respecto al modelo intervencionista puesto en práctica a partir de la Segunda Postguerra Mundial. Y ello afecta a todo el Sector Público (sector público administrativo y sector público fundacional y empresarial, como sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios, etc.). En tal sentido, las medidas adoptadas están preordenadas a la reducción del gasto público y a la reestructuración y racionalización del Sector Público. Este enfoque no deja de ser unilateral y reduccionista, pero es el que se viene poniendo en práctica, aprovechando entre otras cosas el reformado artículo 135 de la Constitución.

Una problemática que ha atravesado a las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas y a las conexiones con sus entes públicos instrumentales (incluidos los procesos de racionalización y de reestructuración del sector público) ha sido la planteada por las limitaciones legales a la contratación y retribución en el empleo público en el marco de la llamada legislación de “emergencia” y “urgencia”. Esa ordenación legal de excepción está formada por un amplio conjunto leyes, que van desde las sucesivas leyes de presupuestos a un sinnúmero de Reales Decretos Leyes como, por ejemplo, el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y la legislación autonómica “vinculada” a la legislación restrictiva estatal de contención y reducción del gasto público⁶. La trascendencia de los cambios en curso es perceptible en esa considerada legislación de “emergencia o de “excepción” y en la doctrina establecida en la STC de 16 de julio de 2014, que, criticablemente, convalida una reconfiguración “liberalizadora” del modelo

de septiembre, de racionalización del sector público; y Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial, publicado mediante la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre. Hay que tener en cuenta el “Proyecto de Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa” (621/000072) (BOCG, núm. 353, de 22 de mayo de 2014), en cuya Exposición de Motivos se indica que en él se pretende adoptar las medidas legislativas necesarias para implantar recomendaciones de la CORA, tanto para la reordenación del sector público institucional, como en otros ámbitos de la actividad administrativa. El Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) fue aprobado por el Consejo de Ministros en sesión de 21 de junio de 2013, el cual sirvió de base para la adopción posterior del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013, sobre reestructuración y racionalización del sector público estatal, fundacional y empresarial (publicado por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Orden HAP/2013, de 2 de octubre).

⁶ Partiendo de la misma LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad de las finanzas públicas, modificada por la LO 4/2012, de 28 de septiembre, que enlaza y desarrolla las previsiones del art. 135 CE.

garantista clásico de relaciones laborales formalmente diseñado en el Texto Constitucional a través de reformas legislativas (inicialmente reguladas a través de la técnica normativa del Real Decreto Ley)⁷, es decir, mediante leyes ordinarias sin utilizar el procedimiento previsto para la reforma constitucional, aunque ya se reclama “la regla de oro” ex art. 135 CE, y el argumento del equilibrio financiero en el contexto de la crisis económica y de las “medidas anticrisis” relativas al control del gasto público⁸.

En este contexto no es baladí hacer notar que los modelos de racionalización y de reestructuración y dependen, a su vez, de la elección político-jurídica sobre los modelos de intervención pública en la economía y, más ampliamente, en las relaciones sociales. Pero también de la “gestión de lo público” y su concepción. Hoy se cuestionan las formas intervencionista clásica del Estado Social de Derecho (que ha venido apostando por un sector público fuerte como impulsor no sólo para la garantía de los servicios públicos o esenciales, sino también en gran medida como motor de la economía) y se avanza más hacia la forma política de “Estado-Mercado” o “Estado neoliberal”, con importantes consecuencias sobre la orientación del intervencionismo público (apoyo a las empresas privadas en un contexto de globalización de la economía, despublicación de servicios o privatización, etcétera.). La alternativa es un Estado social “activo”, que es reformarlo precisamente mantenerlo en su esencia. No se trata de minimizar la realidad actual de una sociedad red donde los Estados son un actor determinante (sobre todo las grandes potencias), pero no la instancia política influyente. En este sentido, el Estado para generar los bienes y servicios que considere necesarios para la ciudadanía ha de tener en cuenta los nuevos marcos supranacionales (que incluye a la UE). Por tanto, parece pertinente comprender la intervención estatal desde la perspectiva de la teoría de la gobernanza (vertical y horizontal), que implica un modo de gobierno de lo público que parte de la interrelación entre el Gobierno y las organizaciones económicas y sociales de la sociedad civil⁹.

⁷ Véase señaladamente la STC 8/2015, de 22 de enero de 2015, que convalida la constitucionalidad de las medidas laborales de emergencia establecidas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Cuenta con un importante Voto Particular.

⁸ Véase ampliamente, las diversas aportaciones interdisciplinares recogidas en VV.AA.: *Reestructuraciones de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*, Castillo Blanco, F.A. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015 y sigs.

⁹ Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: “Gobernanza y políticas de buena Administración: El Estatuto Básico del Empleado Público”, en VV.AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2017, de 12 de abril*, Monereo, J.L., Molina, C., Olarte, S. y Rivas, P. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2008, págs. 1 y sigs., y ampliamente Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs.

La racionalización y reestructuración se han planteado como exigencia de contención del gasto pero también como exigencia de racionalización (desproporción del sector público en ciertos ámbitos, señaladamente el local; abuso en la utilización, con problema de gobernanza). Tras ello se pone en cuestión la supuesta mayor eficiencia –afirmada desde un sesgo ideológico neoliberal- de la gestión privada sobre la gestión directa pública en un contexto empírico que muestra la mayor eficiencia de ésta y la consiguiente revalorización de la gestión directa pública. Y todo ello tiene importantes consecuencias sobre el personal que presta servicios en el Sector Público. Así en lo que se refiere a la reorganización del sector público instrumental local, adquiere un lugar central, la reordenación de las sociedades mercantiles. La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, en la D.A. duodécima regula esta materia, así como operaciones de concentración de sociedades públicas locales o creación de holdings públicos, adoptando expresamente como opción organizativa el instrumento de los grupos públicos de sociedades bajo la unidad de decisión de la Administración. La D.A. duodécima incluye diversas determinaciones orientadas a facilitar los procesos de *cambio de titularidad* de las participaciones accionariales con significativas excepciones al régimen societario, al fiscal y al arancelario de carácter general¹⁰. Hay que tener en cuenta que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local –que está vinculada a la reforma del art. 135 CE (Exposición de Motivos)-, ha incidido de modo significativo en los procesos de reorganización de los entes instrumentales ligados o dependientes de las Administraciones Locales.

En toda esta materia ha incidido la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial. Se pretende que el resultado de las medidas sea un sector público empresarial y fundacional más racional y mejor dimensionado, evitándose duplicidades y solapamientos. En este Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de mayo de 2012 se recogen la medidas que suponen la extinción, fusión o pérdida del carácter estatal de fundaciones públicas estatales y la extinción de una sociedad mercantil que según las leyes de Fundaciones y Patrimonio de las Administraciones Públicas exigen autorización previa del Consejo de Ministros para su ejercicio. Las medidas laborales que en

413 y sigs. (“Las nuevas políticas de “buena Administración” y la vigencia de la racionalización administrativa instrumental: la idea de gobernanza”).

¹⁰ Montoya Martín, E.: “Reestructuración de la Administración instrumental y de estructuras asociativas: Lecciones aprendidas y estrategias”, en Castillo Blanco, F.A. (Dir.): *La reforma del Sector Público*, Sevilla, Universidad de Sevilla/Instituto García Oviedo, 2014, págs. 116-711); y con referencia a Fuertes López, M.: *Grupos públicos de sociedad*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2007, págs. 72 y sigs.

ejecución de estas operaciones se adopten se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional vigésima del ET (Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por RD.-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). En la actualidad la referencia hay que tenerla hecha a la Disposición adicional decimosexta (“Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”) del RD.-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Aparte de la ya aludida Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, una pieza normativa clave ha sido la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Esta Ley, como señala su Exposición de Motivos “adopta las medidas legislativas necesarias para implantar recomendaciones de la CORA, tanto para la reordenación del sector público institucional, como en otros ámbitos de la actividad administrativa”.

Uno de los grandes los objetivos pretendidos en la reforma de la Administración Pública es *la racionalización de estructuras públicas*, especialmente en aquellos ámbitos donde existen competencias compartidas entre distintas Administraciones, de modo que cada Administración cuente con el tamaño y los medios adecuados para el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas. Así, en la ejecución de las recomendaciones de la CORA, se procede a la modificación de la Ley 47/2003, de noviembre, General Presupuestaria (...). Posteriormente, en la futura Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, se incluirá un régimen integran (creación, adscripción, funcionamiento, disolución) y básico referido a los consorcios, que derogaría esta regulación y lo previsto en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de regulación y sostenibilidad de la Administración Local. Sin embargo, contar ya con estas normas permitirá a cualquier Administración Pública poder ejercer su derecho de separación del consorcio cuando considere que sea la solución más adecuada para la sostenibilidad de las cuentas públicas y se den los requisitos legales para ello. Con este nuevo régimen se mejora la sostenibilidad y eficiencia de los consorcios y la seguridad jurídica de sus miembros.

El análisis que se pretende realizar aquí se centra principalmente en la incidencia en el empleo público laboral de las operaciones de privatización y reversión (o recuperación) de servicios públicos. Y en los instrumentos normativos para ordenar la incidencia de las reestructuraciones y procesos de racionalización del sector público (cambios de titularidad, supresión o extinción de unidades Administrativas y de entres instrumentales, externalización y revisión de servicios públicos en régimen de gestión indirecta privada, etcétera).

El punto de partida es el que la Administración Pública tiene un *amplio margen de libertad* de la reorganización interna (creación, modificación o extinción de unidades administrativas) y de reorganización externa de los entes instrumentales que forman parte del Sector Público (creación, modificaciones de estructuras, cambios de titularidad o supresión de entes instrumentales). La supresión, modificación o adaptación de unidades administrativas constituye, pues, el ejercicio de una potestad discrecional de la Administración como es su potestad organizativa, lo que implica reconocerle un razonable margen de libertad para la toma de decisiones autorganizativas. Esta idea ha sido resaltada por nuestra jurisprudencia de forma inconcusa. Como tempranamente estableció la STC 293/1993, de 18 de octubre, las Administraciones públicas ostentan un amplio margen de actuación respecto a la consolidación, modificación o complementación de sus estructuras y de configurar o especificar organizativamente el régimen del personal a su servicio (STC 57/1990 y ATC 160/1989). Ciertamente, esta relativa discrecionalidad es inherente a toda potestad de autoorganización, la Administración pública dispone de un amplio margen de libertad para atender a las necesidades a las que se ha de hacer frente en el marco de sus competencias y, consiguientemente, también para definir, en función de las mismas, esos objetivos y medidas en materia de personal. Esta potestad implica reconocer a éstas la facultad de organizar los servicios en la forma que consideren más conveniente para su mayor eficacia en virtud de del mandato recogido en el art. 103.1 CE y sin trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización que han mostrado ser menos operativas para el cumplimiento de tal mandato constitucional. Ello no obstante, esta actividad no es completamente ilimitada, pues toda potestad discrecional está también sometida a importantes límites y se imponen diversos mecanismos para su control jurídico e institucional. La potestad de autorganización, en la que es característica la discrecionalidad que domina su ejercicio, no ha de ser confundida en modo alguno con la arbitrariedad, que, como es sabido, está prohibida en nuestro sistema jurídico (STSJ Madrid de 21 de mayo de 2007, STSJ de Castilla y León, de 15 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo)¹¹. En tal sentido hay que tener en cuenta la relevancia que presentan los Planes de Ordenación de Recursos Humanos en el proceso de adopción de decisiones públicas que incidan en la racionalización y reorganización de las estructuras administrativas y de los entes instrumentales. De ahí su carácter de necesidad organizativa en el nuevo marco del EBEP: El art. 69.3 del EBEP, impone a las Administraciones Públicas la obligación

¹¹ Cantero Martínez, J.: “Instrumentos para la reorganización del personal en los supuestos de adaptación, modificación o extinción de unidades administrativas. Especial referencia a los planes de ordenación de recursos humanos”, en Castillo Blanco, F. (Dir.): *La reforma del sector público*, cit., págs. 234-235.

(la Administración Pública “planificará”, imperativo categórico) su personal conforme a los sistemas prefijados establecidos en la normativa correspondiente. En todo caso, hay que tener en cuenta *necesariamente* las limitaciones que en lo que respecta a las medidas laborales impone el Derecho del Trabajo. Basta reparar en el dato de que conforme al art. 7 EBEP (relativo a la “Normativa aplicable al personal laboral”), “el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Y la misma definición legal del “empleado público” deja bien nítido que “son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas *al servicio de intereses generales*” (art. 8.1 EBEP). Y ciertamente, la planificación del personal (“recursos humanos” al decir de la norma) “en las Administraciones Públicas *tendrá* como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad” (art. 69.1 EBEP). Prevalece aquí la idea del servicio público que se presta atendiendo al criterio de eficiencia en términos equilibrados de calidad y racionalidad económica.

Efectivamente, en relación a ello, un *segundo punto de partida* es el sometimiento de la Administración Pública a la legislación administrativa y la legislación laboral que resulte de aplicación y ambos deberían de tender a articularse mejor de lo que se viene haciendo, sin duda, con el mismo objetivo fundamental compartido.

A las sociedades mercantiles afectadas por las operaciones societarias se les impone la obligación de aprobar un plan de redimensionamiento sobre la adecuación de las estructuras organizativas, laborales, inmobiliarias y de recursos resultantes de su nueva situación. Por otra parte, las medidas laborales que en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento que se adopten se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Asimismo, en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo en ejecución del Acuerdo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica. Esto remite a operaciones transmisivas ex art. 44 del ET, que es una disposición que mejora la garantía mínima estándar establecida por la Directiva 2001/23/CE, pues ésta excluye de su ámbito

de aplicación a las reorganizaciones administrativas (aunque no las transmisiones de empresas que puedan implicar a un ente público con otras empresas del sector público empresarial, a diferencia del sector público administrativo). En todo caso, hay que tener en cuenta que hay leyes específicas de reorganización del sector público que acuerdan la supresión de entidades y remiten expresamente a la aplicación del art. 44 del ET. Cuando concurra el supuesto de hecho del art. 44 del ET se producirá necesariamente ope legis su aplicación con las correspondientes garantías individuales y colectivas, señaladamente el período de consulta-negociación colectiva (Así, la STS de 23 de septiembre de 2014, rec. 231/13, que aplica el art. 44 del ET en el caso de la extinción de la Fundación (Pública) Lain Entralgo de la Comunidad de Madrid, transfiriéndose todas sus funciones e infraestructura económica a la Administración de la Comunidad de Madrid). En muchos casos se estará ante el supuesto de “extinción de la personalidad jurídica del contratante”, pero teniendo en cuenta que en tales casos “deberán” seguirse los trámites del art. 51 del ET (art. 49.1.g) del ET). Ahora bien: siempre y cuando dicha extinción del empresario persona jurídica no vaya acompañada de sucesión en la titularidad jurídica de la empresa (v.gr., como es el caso de las fusiones societarias), pues en tal caso deberá aplicarse necesaria el régimen sucesorio y de responsabilidad del empleador ex art. 44 del ET. En efecto, al tratarse de supuestos típicos de transmisión inter vivos de la empresa, la aplicación del art. 44 del ET es obligada, en la medida en que la normativa sucesoria se aplica a todo supuesto de cambio de titularidad de la empresa cualquiera que sea su fuente o modo en que éste se lleva a cabo¹². N: Entender lo contrario supondría aceptar la exclusión en el ámbito de los procesos de integración y absorción de entes instrumentales o de organismos públicos de la aplicación de una normativa general ex art. 44 del ET que no admite este tipo de exclusiones constitutivas.

En esa dirección, las sociedades mercantiles afectadas realizarán cuantas actuaciones sean legalmente necesarias para la plena eficacia de las incorporaciones de acciones, las *fusiones*, las extinciones, las modificaciones de denominación y objeto social, y demás operaciones que resulten pertinentes (Lo cual remite de nuevo a operaciones transmisivas o de cambio de titularidad relevantes a efectos del art. 44 del ET; y desde luego, en su caso, a los despidos por causas empresariales). Igualmente, los patronos de las *fundaciones del sector público estatal* afectadas deberán proceder, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, a realizar las siguientes operaciones: 1. Modificar los estatutos de la fundación para introducir como causa de extinción de

¹² En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: “Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario”, en *Civitas. REDT*, núm. 24 (1985), págs. 543 y sigs., en particular pág. 575.

la misma el acuerdo del patronato por mayoría simple, así como para establecer que los bienes y derechos resultantes de la liquidación serán destinados a una entidad pública estatal dependiente del Ministerio que ejerza su protectorado o a la entidad pública fundadora, especificando la entidad destinataria. 2. Acordar la *extinción de la fundación o bien su fusión* con otra fundación del sector público estatal, en ambos casos previo informe favorable del Ministerio que ejerza su protectorado. En tal sentido, se autoriza la fusión o extinción de las citadas fundaciones, de conformidad con lo previsto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

También se establece que los distintos Ministerios *impulsarán los procesos de liquidación de las sociedades*¹³. Debe señalarse que la desaparición de sociedades acompañada de sucesión de empresa por otra entidad conllevará la aplicación del art. 44 del ET y art. 49.1.g) del ET, sin perjuicio de que el nuevo titular o cesionario pueda utilizar sus facultades de despido causal (por ello se indica en esta última disposición legal que “en los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del art. 51” del ET; pero dejando claro que el cesionario o nuevo titular no podrá alegar en sí el cambio de titularidad, pues conforme observa el art. 44 del ET: “El cambio de titularidad... no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando subrogado el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior...”). La transmisión de empresa se producirá cuando los transmitido “afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio” (art. 44.2 del ET)¹⁴.

Dentro del proceso de racionalización hay que hacer una referencia necesaria a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo Preámbulo expresa como objetivos la modernización del sector público español desde una mayor eficacia, racionalización y ajuste del sector público (cfr. Art. 135 CE, LO 2/2012, de 27 de abril; Ley 47/2003, de 26 de noviembre). En ella se delimita el sector público y en particular el sector público institucional

¹³ Véanse, artículos 168 y 169 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre y Ley 50/2002, de 26 de diciembre. A la estela de esta ordenación del sector público estatal se han dictado diversas disposiciones en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Así, paradigmáticamente, la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público y Fundacional de la Generalitat Valenciana.

¹⁴ Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987; *id.*: “El régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresas”, en VV.AA: *Derecho del Trabajo y Crisis Económica*, Monereo Pérez, J.L. y Montoya Medina, E. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2010.

(art.2), se regulan los “convenios” (Cap. VI, arts. 47 y sigs.), art. 84 (composición y clasificación del sector público institucional estatal), art. 86 (medios propios y sector técnico), art. 87 (transferencia de las entidades integrantes del sector público institucional estatal, comprendiendo cambios de titularidad y su incidencia en materia de personal), art. 103 (definición de entidades públicas empresariales de ámbito estatal), art. 106 (régimen jurídico del personal de las entidades públicas empresariales de ámbito estatal, indicando que se rigen por el Derecho Laboral), art. 111 (Definición de “sociedades mercantiles estatales”), el Capítulo VI, regula los consorcios, definiéndolos (art. 118), indicando su régimen dualista de personal: laboral o funcionarial (art. 121), y por su parte, el Capítulo VIII aborda el tratamiento de las fundaciones del sector público estatal, partiendo de la definición y de las actividades propias (art. 128)...¹⁵.

Estas reestructuraciones planificadas del sector público vienen acompañadas de directrices generales imperativas tanto en materia de derecho societario como respecto a las medidas de carácter laboral (aparte de la aplicación directa implícita del orden laboral aplicable al sector público de empleo laboral). Así se suele indicar que las modificaciones estatutarias de los entes y, en su caso, las modificaciones reglamentarias de los mismos, en particular, los cambios de denominación, la modificación de fines y la asunción de funciones, así como la transferencia y reordenación de acciones y participaciones sociales, las integraciones, *fusiones, las cesiones globales de activo y pasivo y cualesquiera otras actuaciones de reestructuración sin liquidación* de entes del sector público que se realicen en aplicación de la presente norma no podrán ser entendidas como causa de modificación o resolución de las relaciones jurídicas con terceros que mantengan dichos entes. En particular, respecto a las medidas de carácter laboral, se indica que dichas medidas iuslaborales, como el redimensionamiento de plantillas y adaptación de condiciones laborales, que se adopten en ejecución de las operaciones de reestructuración y racionalización de los entes del sector público empresarial y fundacional y que resulten necesarias para la consecución de los objetivos de consolidación fiscal y déficit público y para garantizar la viabilidad y sostenibilidad de los entes surgidos de dichas operaciones, se deberán motivar por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de los artículos 39, 40, 41, 51, 52.c y 82.3 y de la disposiciones adicionales vigésima y vigésima primera del ET¹⁶.

¹⁵ Para la identificación y su incidencia iuslaboral, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, cit., págs. 227 y sigs.

¹⁶ No se olvide la posibilidad de una reestructuración en el sector público que pueda comprender medidas *integrales* tanto de reestructuración externa (despidos), como de reestructuración interna (señaladamente, las medidas de regulación de empleo temporal previstas en el art. 47 del

En definitiva, se toma en consideración y se suele precisar los efectos generales de la integración del personal laboral. Una vez efectuados, en su caso, los procedimientos de redimensionamiento de plantillas y adaptación de condiciones laborales, la integración del personal laboral de los entes del sector público que se extinguen en los entes de dicho sector que asuman sus funciones implicará la modificación subjetiva de la relación contractual, sin necesidad de proceder a su extinción y sin que genere derecho a indemnización alguna. Esta incorporación o integración del personal laboral de los entes del sector público que se extinguen, por ejecución de las disposiciones legales, en los entes de este sector que asuman sus funciones, se realizará de acuerdo con lo establecido en el art. 44 del ET. Por otra parte, en el supuesto de que tras la efectiva puesta en funcionamiento de los distintos entes resultantes de las operaciones de reestructuración existiese una disparidad de condiciones laborales de su personal, derivada de la coexistencia de diversos convenios colectivos o de cualquier otro tipo de situación personal o colectiva, se deberá proceder por los procedimientos legales del artículo 39, 40, 41 y 82.3 del ET, así como, en su caso, a negociar en cada ente matriz un nuevo convenio colectivo aplicable a todas las relaciones laborales de su personal. Todo ello sin perjuicio de la fijación por las autoridades públicas competentes de criterios comunes a tener en cuenta en dicha negociación y de las autorizaciones que según la normativa vigente sean exigibles y de acuerdo con lo que se prevea en las correspondientes leyes de presupuestos. En esa secuencia de racionalización del sector público se procede a la regularización de las situaciones derivadas de las operaciones de reestructuración.

ET), con ciertas adaptaciones o modulaciones. Puede consultarse, Alfonso Mellado, C.L.: “Sobre la posibilidad de que las sociedades mercantiles públicas se acojan a medidas de regulación de empleo temporal previstas en el art. 47 ET”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 64 (2013), págs. 205 y sigs., que apunta a una reinterpretación de la Disposición Adicional 1 del ET (“Lo previsto en el art. 47 de esta Ley será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”), conforme a la cual cualquier sociedad mercantil pública de régimen privado (sociedades mercantiles públicas y las demás entidades públicas que se rijan por normas de derecho privado, e incluso y normalmente las entidades públicas empresariales y otras entidades públicas si se financian mayoritariamente con ingresos derivados de la venta de productos o la prestación de servicios) puede acogerse a las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en el art. 47 del ET (*Ibid.*, pág. 220). Se ha hecho referencia también a la inaplicación parcial del procedimiento de regulación de empleo de suspensión y reducción temporal indicando que su justificación no es otra que el ahorro en prestaciones de desempleo a cargo del SPEE, pero que supone también una exclusión injustificada del personal al servicio de la Administración Pública de los mecanismos de flexibilidad interna ex art. 47 del ET. Cfr. Purcalla Bonilla, M.A.: “La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162 (2014), págs. 37 y sigs., en particular pág. 62. Véase también Quintanilla Navarro, R. Y.: *La flexibilidad interna en el empleo público laboral*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2014.

2. LOS SUPUESTOS DE PRIVATIZACIONES Y REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

2.1. Problemática general

La variada y dinámica conformación del sector público determina movimiento de flujos y reflujos en su composición, estructura y configuración organizacional, produciéndose cambios de titularidad de entidades del sector público (“desnacionalización”, “des-municipalización”, externalización de servicios públicos y el conjunto de supuestos que materializan la transferencia de entidades económicas públicas a manos privadas; y también el fenómeno inverso de transmisiones coactivas de empresas privadas “nacionalizaciones” y “expropiaciones de empresas”, “desprivatizaciones” y reversiones o recuperaciones de concesiones administrativas, etcétera¹⁷. Y recuérdese que la opción por lo público o lo privado o su combinación y las distintas formas de privatización están condicionadas por decisiones político-ideológicas que luego se instrumentan y materializan “técnicamente”.

Nótese que las medidas laborales que pueden implicar el plan de redimensionamiento del sector público en lo relativo a los entes instrumentales (sociedades mercantiles de dominio y/o control público, consorcios y fundaciones) pueden suponer en el ámbito laboral la sucesión laboral del empleador público¹⁸;

¹⁷ Sobre la inclusión de estas transmisiones coactivas en la normativa sucesoria ex art. 44 del ET, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, espec., Capítulo II. II. (“El cambio de titularidad por “actos forzosos” o coactivos”, págs. 447 y sigs., incluyendo expresamente el *rescate* o revocación de servicios objeto de concesión administrativa y a la municipalización de servicios públicos); *Id.*: *La noción de empresas en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999, págs. 17 y sigs. (El objeto de la transmisión en la normativa comunitaria) y 39 y sigs. (El objeto de la transmisión en el sistema del Estatuto de los Trabajadores).

¹⁸ Por ejemplo en los supuestos de fusión de organismos públicos estatales, previstos en el art. 94 de Ley 40/2015.”4. La aprobación de la norma de fusión conllevará: a) La integración de las organizaciones de los organismos públicos fusionados, incluyendo los medios personales, materiales y económicos, en los términos previstos en el plan de redimensionamiento. b) El *personal de los organismos públicos extinguidos* se podrá integrar bien en la Administración General del Estado o bien en el nuevo organismo público que resulte de la fusión o en el organismo público absorbente, según proceda, de acuerdo con lo previsto en la norma reglamentaria de fusión y de conformidad con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública o en la legislación laboral que resulte aplicable. Los distintos tipos de personal de los organismos públicos fusionados tendrán los derechos y obligaciones que les correspondan de acuerdo con la normativa que les sea de aplicación. La integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición

modificaciones objetivas de los contratos de trabajo, extinciones contractuales o despidos colectivos o por causas objetivas¹⁹ (a lo que cabe añadir, en su caso, los supuestos de extinción de la personalidad jurídica del contratante”, sin sucesión de empresa en la previsión del art. 49.1.g) del ET; o la concurrencia, en su caso, del *factum principis* sin sucesión empresarial prevista en el art. 51.7 del ET)²⁰; y la prohibición de contrataciones “*ex novo*”.

Particular relevancia ha adquirido la problemática de los despidos por causas derivadas del funcionamiento de la organización productiva. En este sentido se ha producido pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación a los consorcios (señaladamente consorcios de unidades territoriales de empleo, desarrollo local y tecnológico dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía; UTEDLT). En varios pronunciamientos se declara que ha existido un fraude de Ley: El art. 8 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, bajo el título “Adaptación del Sector Andaluz de Empleo” establece que “1. El

de «a extinguir», debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades del organismos donde se integren. Esta integración de personal no supondrá, en ningún caso, la atribución de la condición de funcionario público al personal laboral que prestase servicios en los organismos públicos fusionados. De la ejecución de las medidas de fusión no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en los organismos públicos afectados. c) La cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de los organismos públicos extinguidos en el nuevo organismo público resultante de la fusión o en el organismo público absorbente, según proceda, que le sucederá universalmente en todos sus derechos y obligaciones”.

¹⁹ Precisar que en todos estos supuestos la imposición de las sucesión laboral del empleador o cesionario de la entidad económica no tiene por qué impedir que éste nuevo empleador pueda utilizar las vías legales pertinente para proceder a realizar reestructuraciones laborales, modificativas, suspensivas o extintivas, pero siempre que no se basen exclusivamente en el hecho de la transmisión (art. 44.1 del ET y Directiva 2001/23/CE, en su tenor literal y atendiendo a la interpretación finalista llevada a cabo por el TJUE). Véase Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987; *Id.*: “La sucesión de empresa”, en VV.AA.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 579 y sigs.).

²⁰ Sobre los despidos colectivos en las Administraciones públicas, véase Monereo Pérez, J.L.: *Los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2012, *id.*: “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, en *Temas Laborales*, núm. 125 (2014), págs. 261 y sigs.; y Rodríguez Escanciano, S.: “Despidos colectivos”, en VV.AA.: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2014; *Id.*: “Reorganización y extinción de estructuras o unidades administrativas”, en VV. AA.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*, Castillo Blanco, F.A. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015, págs. 351 y sigs.; De Soto Rioja, S.: “Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación “casi” tres años desde su reforma”, en *La reforma de las Administraciones Públicas y el Empleo Público*, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Gómez Muñoz, J.M. (Coord.), Sevilla, CARL, 2015, págs. 81 y sigs.

Servicio Andaluz de Empleo adoptará la configuración de agencia de régimen especial de las previstas en el art. 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre... 5. El Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas... del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción”. Por su parte la Disposición Adicional 1ª de la misma Ley establece que el personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial”. En el mismo sentido la DA 2ª del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo, que remite directamente a la aplicación del art. 44 del ET (no caprichosamente, sino justamente porque el supuesto constituye la transmisión de una entidad económica en el sentido del art. 44.2 del ET y, en coherencia con la interpretación finalista del art. 1.1 c) de la Directiva 2001/23/CE efectuada por el TJUE. La STJUE de 20 de enero de 2011, asunto CLECE, C-463/09, excluye de su ámbito la situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal, sin que exista “sucesión de plantillas” respecto de la empresa cesante; por su parte la STJUE de 6 de septiembre de 2011, Ivana Scattolon, asunto C-108/10²¹, aprecia la sucesión *ope legis* del empleador público por una entidad

²¹ El Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) declara que: “1) La subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa constituye una transmisión de empresa incluida en el ámbito de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno de ese Estado miembro. 2) Cuando una transmisión de empresa, en el sentido de la Directiva 77/187, da lugar a la aplicación inmediata a los trabajadores transferidos del convenio colectivo vigente para el cesionario, y las condiciones de retribución previstas por dicho convenio están ligadas en especial a la antigüedad, el artículo 3 de la referida Directiva se opone a que los trabajadores transferidos sufran una pérdida salarial sustancial en relación con su situación inmediatamente anterior a la transmisión, debido a que su antigüedad adquirida al servicio del cedente, equivalente a la adquirida por trabajadores al servicio del cesionario, no se tenga en cuenta al determinar su condición salarial inicial al servicio de este último. Incumbe al tribunal remitente examinar si se ha producido tal pérdida salarial con ocasión de la transmisión de empresa objeto del litigio principal”. Para esto último, véase la SAN 130/2014, 14 de julio 2014. Por otra parte, la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (C328/13), declara que “Procede interpretar el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23/CE..., en el sentido

pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra entidad pública (por tanto, perteneciendo ambas entidades al sector público administrativo, es decir, entidades de Derecho público estricto) y encargada de la prestación a escuelas de servicio auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y de asistencia administrativas, entendiéndose que constituye una transmisión de empresa –afectante a una entidad económica en el sentido de la Directiva 2001/23/CE, esto es comprendiendo en una acepción amplia cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado–, incluida en la Directiva, cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno y no asume tareas inherentes al ejercicio de autoridad pública o tareas o actividades propias del ejercicio del poder público), asimismo la Resolución 20 de abril de 2011, de la Secretaría General de la Administración Pública de la Junta de Andalucía. Pero pese a ello se producen despidos colectivos en fraude de Ley: despedir para así disolver sin que se produjese la sucesión legalmente establecida (fj. 5º, 6º y 7º). Por tanto se declara la nulidad de la decisión extintiva producida y el derecho de los trabajadores a reincorporarse a su puesto de trabajo, con condena solidaria de los empleadores implicados (fallo) (STS ROJ: 1278/2014, de 17 de febrero de 2014. En el mismo sentido, la STS ROJ: 1381/2014, de 20 de febrero de 2014; STS ROJ: 5710/2014, de 11 de diciembre de 2014, con exposición de los anteriores pronunciamientos sobre la misma controversia). En todo caso, si existe una regulación legal expresa (como ocurre en muchas de las normas estatales de reestructuración y racionalización del sector público), aunque no concurren los requisitos exigidos específicamente en la normativa sucesoria nacional y comunitaria, habrá que entender que estamos ante una legítima norma más favorable (lo que prevé la propia Directiva 2001/23/CE, art. 8, estableciendo que su regulación se atiene al principio de norma mínima, de manera que puede ser mejorada por las legislaciones nacionales).

2.2. La externalización de servicios públicos. Contratas y concesiones administrativas y vicisitudes de las prácticas externalizadoras. La reversión al ente público

A través de la externalización se confía a agentes externos (colaboración

de que constituyen «condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo» en el sentido de esta disposición las condiciones de trabajo establecidas mediante convenio colectivo y que, conforme al Derecho de un Estado miembro, a pesar de haber sido denunciado dicho convenio, mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a él antes de que fuera denunciado y en la medida en que dichas relaciones de trabajo no estén sometidas a un nuevo convenio colectivo o no se llegue a un nuevo acuerdo individual con los trabajadores afectados”.

externa) a la organización titular de la actividad o del servicio parte de la misma como técnica de gestión indirecta (instrumentada jurídicamente mediante distintos negocios jurídicos) tanto en el plano material como en el de la utilización del personal necesario para llevarlas a cabo en condiciones de eficiencia. Mediante una legítima y válida colaboración público-privada se puede acometer la gestión indirecta y la provisión de los servicios públicos. En efecto, en un sentido amplio los entes públicos han hecho uso de distintas técnicas de externalización en la gestión de los servicios públicos cuya titularidad le corresponde, aunque a menudo incurriendo en irregularidades respecto a la obligada observancia de la legislación laboral. La tipología de las fórmulas utilizadas es muy variada: Contratas y subcontratas, concesiones administrativas y encomienda de gestión entre entes públicos: ente público principal o encomendante y entes instrumentales.

La descentralización productiva es una técnica funcional de gestión empresarial que instrumentalmente se basa en la combinación de tres elementos²²:

a) La fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción funcionalmente estructurado.

b) La utilización de empresas especializadas y proveedores “externos”, normalmente en régimen de subcontratación, para su atención, y a través de diversas técnicas de contratación interempresarial. Hay que tener en cuenta, que en el caso de que la empresa principal asigne parte de su proceso productivo, no sólo a una empresa, sino a varios sujetos empresariales implicados, en el que cada empresa lleva a cabo una parte del servicio -utilizando la terminología anglosajona- se conoce con el nombre de *right-sourcing*.

c) La coordinación global de la actividad de estos últimos por parte de la empresa principal (que puede ser perfectamente una Administración Pública o un Ente público instrumental respecto de una empresa auxiliar a la cual se le ha encomendado la gestión de un servicio), que mantiene así el control directivo del entero proceso de producción. La coordinación y la capacidad de decisión de la

²² Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Editorial Ibidem, 1994; Sanguineti Raymond, W.: “Descentralización productiva, subcontratación y calidad en el empleo: ¿términos incompatibles?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 33, (2006); Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010; libro “Derecho del Trabajo y Crisis económicas”, 2010. Igualmente, Monereo Pérez, J.L.: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, *Aranzadi Social*, núm. 5 (2006).

empresa principal se hace singularmente más intensa en los supuestos –cada vez más frecuentes en la práctica– de descentralización operada en el marco de un grupo de empresas.

La subcontratación productiva y funcional desde un punto de vista económico es, sin duda, mucho más amplia que desde el ámbito estrictamente jurídico, siendo, criticablemente, su regulación dispersa y muy limitada. El tratar de conocer con rigor técnico-jurídico, además, cuándo procede aplicar el art. 42 del ET se convierte en una labor compleja, que deriva de una falta de precisión del precepto, y asimismo de una doctrina judicial que invoca al casuismo como método tópico más idóneo para interpretar el art. 42 del ET, con lo que ello suscita en términos de una relativa inseguridad e incerteza jurídica. No se indica con nitidez en la regulación legal los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET, y tampoco hay una determinación expresa de qué se entiende por “obras o servicios” correspondientes a la propia actividad. Adelantando una cuestión relevante al respecto: desde la STS 18 de enero de 1995, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina reiterada en el sentido de excluir de la noción jurídicamente indeterminada de la “propia actividad” a las consideradas actividades complementarias inespecíficas; es decir, las meramente “indispensables” para el desarrollo del ciclo productivo, integrando, por el contrario, sólo el supuesto de hecho normativo las actividades “inherentes” al ciclo productivo. Ello supone un vaciamiento extraordinario del supuesto de hecho normativo, pues actividades como la limpieza, vigilancia y mantenimiento normal de la empresa principal o comitente al quedar fuera de la considerada como actividad propia o interna de la empresa implica que los trabajadores quedan privados de las garantías legales previstas para los supuestos de subcontratación ex art. 42 del ET y normas concordantes.

Nótese que esta primera aproximación muestra ya las limitaciones intrínsecas de la regulación del art. 42 del ET frente a todos los supuestos de subcontratación empresarial. El art. 42 del ET contiene una regulación de los deberes y responsabilidades empresariales en los supuestos de subcontratación de obras y servicios. Establece sobre todo medidas cautelares, de extensión del campo de responsabilidad en garantía de los derechos de los trabajadores (que no impide las acciones de reembolso o regreso en las relaciones internas) para evitar fraudes o los efectos negativos sobre los trabajadores de situaciones de insolvencia empresarial. Todo lo cual se puede evitar si las empresas vinculadas a través de las operaciones de subcontratación cumplen de buena fe, como es pertinente, sus obligaciones sociolaborales. Esta norma no tiene sólo el propósito de arbitrar un mecanismo especial de responsabilidad, capaz de garantizar el mantenimiento y la integridad de los derechos de los trabajadores que pertenecen a las plantillas de las empresas

contratistas o subcontratistas. Ahora se comprueba que a pesar de la importancia económica del fenómeno de la subcontratación, actualmente la legislación laboral no se ha adaptado plenamente a una etapa en la que la descentralización productiva, y concretamente la subcontratación, constituye un tipo de gestión empresarial que ha adquirido en la práctica un carácter estructural. A esto se le añade que el precepto ex art. 42 del ET (que es la norma laboral nuclear al respecto) ofrece una redacción notoriamente deficiente e incompleta, anticuada, para dar respuesta a una opción organizativa que se ha consolidado como una técnica estructural del sistema productivo y, en fin, con una oscura redacción que tiene como efecto un enorme listado de problemas sobre los que se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia, pero se han ido aportando soluciones divergentes en un debate que continúa en la actualidad y que plantea un importante problema de inseguridad jurídica sobre la práctica totalidad de los términos y conceptos del precepto de referencia.

Conforme a la indicado, el artículo central del Estatuto de los Trabajadores vigente que hace referencia al fenómeno de la subcontratación es el art. 42 del ET, que delimita el campo de aplicación del supuesto de subcontratación de obras y servicios a “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos”. Y en estos casos, se establecen una serie de obligaciones para los empresarios implicados en el trabajo en contratas, y en la imputación a los mismos de cierto tipo de responsabilidades.

Antes de analizar estos supuestos en su proyección en su proyección en el sector público, lo primero que hay determinar en qué supuestos se aplica el art. 42 del ET Para ello se va a dar contestación a tres interrogantes que derivan de lo establecido en este precepto: delimitar los negocios jurídicos que abarcan los supuestos de subcontratación establecidos en el art. 42 del ET; qué se incluye en el término “propia actividad” para que se pueda aplicar el art. 42 del ET.

El art. 42 del ET delimita el campo de aplicación del supuesto de subcontratación de obras y servicios a “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios...”. El problema está en determinar si la fórmula contractual utilizable sólo se limita al arrendamiento de ejecución de obra (contrato de empresa) y al arrendamiento de servicios, o si por el contrario, abarca otras fórmulas contractuales. Los negocios jurídicos que dan lugar a una contrata del art. 42 del ET, como tipo contractual habitual son: contratas y subcontratas de obras y servicios por empresa o contrato de empresa (El contratista tiene que estar al frente de una empresa, esto es, que la ejecución de la obra o servicios contratados se lleve a cabo mediante una

organización propia de medios y una gestión a propio riesgo²³. Pero existen numerosos negocios jurídicos, típicos, atípicos, de naturaleza civil, mercantil y administrativa (ejemplos: contratos administrativos, *concesiones administrativas*) que aunque no se denominen “contrato de empresa” coinciden básicamente en su función económico social de relevancia jurídica. Lo que hay que precisar no es la calificación o *nomen iuris* que hayan elegido las partes, sino si existe un encargo llevado a cabo por un empresario por cuenta de otro como consecuencia de haber llevado a cabo una descentralización productiva.

Los contratos o negocios jurídicos que no dan lugar a una contrata del art. 42 del ET son los tipos contractuales que lleven aparejados prestaciones de dar (ejemplos: contrato de compraventa, contrato de suministro²⁴, contratos de arrendamiento de superficie o de local de negocio) y los negocios jurídicos donde la obligación de hacer no reúne la nota de especificidad (ejemplo: contratos de distribución comercial, cuya exclusión es criticable: concesión mercantil, agencia, mediación o corretaje, contrato de comisión y la franquicia; y otras fórmulas externalizadoras fuera del acotamiento legal ex art. 42 del ET). Quedan excluidos del campo de aplicación del art. 42 del ET todos los tipos contractuales que entrañen obligaciones de hacer al margen del tipo legal genéricamente configurado: ejemplos: contrato de transporte, contratos de *engineering* y *outsourcing* informático. Por otra parte, el encargo realizado tiene que estar acotado material y funcionalmente²⁵.

Es así que el problema que plantea la falta de delimitación de los negocios jurídicos que abarcan los supuestos de subcontratación es que muchas empresas utilizan determinados negocios jurídicos que están fuera del concepto de contrata que define el art. 42 del ET y que por tanto no se aplica el régimen de responsabilidades previsto en este artículo, por lo que el empresario principal no asume las responsabilidades previstas en el art. 42 del ET.

Aparte de que el art. 42 delimita su ámbito de aplicación a sólo determinados negocios jurídicos, las obras o servicios que contrate el empresario principal tienen que ser correspondientes a la propia actividad de aquéllos. Parece entonces deducirse que el legislador al incluir el término “propia actividad” quiso que

²³ García Murcia, J.: “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, en *RPS*, núm. 130 (1981), pág. 23.

²⁴ Pero hay que advertir que si en este tipo de contratos la prestación de hacer se presenta sustancialmente unida a la de dar pueden dar lugar a una contrata de obras o servicios (Montoya Medina, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 74).

²⁵ Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010.

se quedaran fuera del art. 42 del ET, y por tanto del régimen de aplicación de responsabilidades en estos casos, determinados supuestos de subcontratación. Pero lo hizo de forma abstracta y a través de un concepto jurídicamente indeterminado: la “propia actividad”. La jurisprudencia, dependiendo del momento, ha ido ampliando o restringiendo el término de propia actividad. Así, en los años setenta, la jurisprudencia mantuvo un criterio prevalentemente extensivo respecto al alcance del término de propia actividad; en los años ochenta, el criterio fue más restrictivo, al identificar propia actividad con la misma actividad, por lo que se quedaron automáticamente fuera las actividades complementarias, auxiliares y accesorias (limpieza, servicios de cafetería, comedor, vigilancia, operaciones de mantenimiento, etc.). Este criterio restrictivo implica excluir del ámbito de aplicación del art. 42 a la inmensa mayoría de las contrataciones de servicios.

Es desde esa fecha y hasta la actualidad, cuando se consolidan los pronunciamientos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina. Es de destacar la STS de 18 de enero de 1995 (Ar 514), (y otras posteriores: STS de 24 de noviembre y 29 de octubre de 1998, Ar 10034 y 9049) en el que incluye en el término “propia actividad” las tareas que integran materialmente el ciclo productivo de la empresa principal por pertenecer al núcleo de actividades desarrolladas por esta y, por otro lado, las tareas accesorias o complementarias pero sólo cuando son absolutamente esenciales para el desarrollo de aquéllas. De esta interpretación podríamos hacernos la pregunta siguiente: ¿están incluidas o excluidas del concepto de propia actividad las actividades complementarias o auxiliares y las accesorias? Ya se ha que el propio Tribunal Supremo en unificación de doctrina no da una solución exacta e invoca al casuismo como método más idóneo para efectuar una adecuada interpretación cabal. Los tribunales vienen entonces realizando una adaptación flexible a través del examen ponderado de cada supuesto específico²⁶. La exclusión de estas contrataciones inmateriales tiene consecuencias especialmente graves para la garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación de servicios y muy especialmente en su proyección en las empresas o grupos de empresas multiservicios, cuya expansión se explica tanto por razones de eficiencia organizativa funcional (vinculadas su misma flexibilidad y capacidad de gestión integral) como –en no menor medida– como instrumento de escape de los instrumentos de protección sociolaboral previstos por el Derecho Social A lo cual se añade las dificultades para identificar

²⁶ Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: “Descentralización económica productiva en el contexto de la crisis económica: El supuesto del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, J.E. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2010, págs. 193 y sigs.

el convenio aplicable a las empresas multiservicios²⁷. Y atendiendo a los objetivos de este trabajo interesa realzar la expansión de la contratación de servicios (por tanto, más por la vía del art. 10 TRLCSP, que regula los contratos de servicios, que por el art. 8 TRLCSP, que contempla los contratos de gestión indirecta de servicios públicos) con empresas multiservicios en el sector público, incluyendo las distintas Administraciones Públicas estatal, autonómica y local, favorecidas por la inclinación (cuestionable y hoy cuestionada por la propia gobernanza administrativa) hacia externalización de la gestión de servicios públicos y por las políticas de austeridad del gasto público²⁸. A ello cabe añadir que la ampliación de espacios de las empresas multiservicios –en el sector privado y en el sector público– también se explica al cambio jurisprudencial muy restrictivo respecto la interpretación del alcance delimitador la noción de “propia actividad” a efectos de la aplicación del art. 42 del ET: sólo lo que es inherente al ciclo productivo y no más ampliamente a lo que resulta indispensable²⁹.

La noción legal de “propia actividad” siempre ha sido objeto de controversia, pues constituye un concepto jurídicamente indeterminado que tiene la funcionalidad de limitar al ámbito de aplicación de la normativa de garantía de los derechos de los trabajadores en los supuestos de subcontratación empresarial. Hay dos grandes interpretaciones respecto de su alcance: una interpretación amplia (que haría referencia a todas las actividades indispensables para el ciclo productivo de la empresa principal o comitente, y necesarias para organizar el proceso productivo, lo que permitiría incluir las actividades complementarias y auxiliares. Todas esas actividades indispensables formarían parte del ciclo productivo o de haz de actividades necesarias para la realización del buen fin de la empresa principal) y una interpretación restrictiva (se aludiría exclusivamente a las actividades esenciales de la empresa principal o comitente, esto es, la función que sería inherentes al núcleo o actividad principal de la empresa principal o comitente, de manera que quedaría excluidas las actividades o trabajos complementarios o auxiliares, que no formarían parte del fin y de los resultados de la empresa, aunque estos fuera indispensables e imprescindibles,

²⁷ Véanse los excelentes estudios de Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Madrid, Ed. Atelier, 2016, págs. 11 y sigs., y Esteve-Segarra, A.: *Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, págs.19 y sigs.

²⁸ Esteve-Segarra, A.: *Externalización laboral en las empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, cit., págs. 27 y sigs.

²⁹ Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, cit., pág. 31. Una exposición en línea crítica sobre esta interpretación restrictiva en su gestación ya originaria, en Monereo Pérez, J.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ed. Ibídem, 1994, espec., págs. 79-88.

como las actividades de transporte, vigilancia y seguridad, servicios de comedor, servicios de cafetería, actividades de limpieza, etcétera. Sólo las actividades inherentes al fin principal de la empresa integraría el ciclo productivo en sentido estricto y restringido). Teniendo en cuenta que no existe una definición legal de “propia actividad” y tampoco ninguna definición ontológica de “ciclo productivo”, se puede comprender las oscilaciones de la doctrina jurisprudencial, la cual finalmente, utilizando una jurisprudencia de “indicios” y, por tanto, un análisis detenido de cada supuesto concreto, se inclinó por la exégesis restrictiva (paradigmáticamente, STS de 24 de noviembre de 1998, rcud, núm. 517/1998, que considera estrictamente la noción de “propia actividad” como referente únicamente a aquella que engloba las obras y servicios nucleares de la empresa principal o comitente). Pero una tal interpretación de un concepto jurídicamente indeterminado que sirve de condicionante para delimitar el campo de aplicación de las normas que garantizan los derechos de los trabajadores lo que produce es un efecto expulsivo de trabajadores que prestan servicios para empresas contratistas o subcontratistas que realizan actividades complementarias, accesorios o auxiliares para beneficio de la empresa principal o comitente que realiza el encargo en la relación entre contractual por empresas y entre empresas. En otras palabras: un “vaciamiento” progresivo de las normas laborales, con la reducción de las garantías laborales muy especialmente para los trabajadores del “mercado secundario” de la subcontratación (lo cual fue ya advertido antes del giro jurisprudencia en la línea de orientación restrictiva³⁰). La inseguridad e incerteza en la delimitación entre actividades principales, complementarias y accesorias necesarias, como tampoco siempre entre lo que se considera “indispensable” o “inherente” (por ejemplo, SSTS de 24 de noviembre de 1998, RJ 1998, 4770, y de 22 de noviembre de 2002, RJ 2002, 510), *se acentúa y se hace mucho más problemática* en los supuestos de subcontratación en el marco de las Administraciones Públicas, pues excluidas las funciones públicas en sentido estricto que impliquen el ejercicio de autoridad pública, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que su necesidad para los fines del servicio público que se presta se fundamente en el expediente administrativo correspondiente. Aquí tampoco existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con criterio general las diversas fases y operaciones en cuestiones, resulta prácticamente imposible determinar con plena seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos

³⁰ Monereo Pérez, J.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994, págs. 79-88; y posteriormente, *Ibid.*, *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999, págs. 106 y sigs.; y las diversas aportaciones recogidas en VV.AA.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Rivero Lamas, J. (Dir.) y De Val Tena, A. L. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2003.

límites precisos se desconocen y han de ser indagados en cada caso y bajo la prueba de indicios³¹.

Se puede comprobar, pues, cómo efectivamente el art. 42 del ET no regula todos los supuestos de subcontratación empresarial, tan sólo se refiere a las subcontratación de propia actividad. Y en relación a este tipo específico de subcontratación no se regulan todos los aspectos jurídico-laborales, sino la responsabilidad en la que puede incurrir el empresario principal ante incumplimientos en materia laboral y de Seguridad Social, los deberes de información de la empresa contratista-subcontratista tanto a sus trabajadores, a los representantes legales de los trabajadores de su empresa, y a la Tesorería General de Seguridad Social, así como la obligación de la empresa principal de informar a sus representantes de trabajadores de la realización de subcontratación, pues lógicamente va a afectar de algún modo a los trabajadores de su empresa.

Hay que tener en cuenta que el art. 42 del ET no realiza, desafortunadamente, un tratamiento completo del régimen jurídico laboral de la subcontratación, lo que plantea ciertos problemas de coherencia y de dispersión normativa en el tratamiento iuslaboral de la subcontratación de actividades o servicios. Además de haber limitado el campo de aplicación, reduce su regulación a las responsabilidades que en materia “salarial” y de Seguridad Social pueden incurrir el empresario principal, así como algunas obligaciones de la empresa principal y el contratista. Por otra parte, hay un supuesto de imputación *preventiva* de responsabilidad de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, en el marco de la lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social. Se establece que: “De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores [el “empresario principal”] responderá solidariamente *durante el año siguiente a la finalización del encargo*” objeto de la subcontratación (art. 42.2, párrafo 2º, del ET), conforme a la redacción dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social). De este modo, el empresario principal, no queda liberado por completo de corresponsabilidad respecto de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas/subcontratistas. La norma refuerza la tutela del crédito salarial, pero también tiene la finalidad preventiva de evitar supuestos de fraude o abuso de derecho en las operaciones de subcontratación. En materia de Seguridad Social se impone, además, un deber de comprobación del cumplimiento de las obligaciones de alta

³¹ Rodríguez Escanciano, S.: “Externalización y empleo público en régimen laboral”, en VV.AA.: *Crisis y externalización en el sector público: ¿Solución o problema?*, Ortega Álvarez, L. (Dir.), Madrid, INAP, 2011, págs. 231 y sigs.

en la Seguridad Social de los trabajadores en los supuestos de subcontratación (art. 5 del RD.-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido). Preside aquí, igualmente, la finalidad de lucha contra el fraude a la Seguridad Social (Véase Ley 13/2012, de 26 de septiembre).

Ahora bien, otro tipo de responsabilidades (como es en materia de Prevención de Riesgos Laborales), están reguladas en su normativa específica. Así, los artículos 24 (“Coordinación de la actividad empresarial”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y el art. 8 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, que regula aspectos de la prevención de riesgo laborales, y entre ellas señalando las obligaciones de coordinación en materia preventiva (art. 8.3) e indicando que las empresas que contraten con trabajadores la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas, y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por estos trabajadores (art. 8.4)³².

En todos estos casos, el contratista o subcontratista debe ejercer efectivamente sus poderes directivos (artículos 1 y 20 del ET) respecto de sus propios trabajadores, sin que este poder directivo pueda ser substraído y asumido fácticamente por el empresario principal (empresario privado o ente público), a riesgo de que se incurra en el distinto supuesto de cesión ilegal de trabajadores ex art. 43 del ET. El tenor de este último precepto es contundente al incorporar los criterios indiciarios consolidados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, SSTS de 25 de octubre de 1999, rcud, 1792/1998, de 16 de junio de 2003, rcud, 3054/2001, de 15 de abril de 2010, rcud, 2259/2009, de 27 de septiembre de 2011, rcud, 4095/2010; ATS de 11 de febrero de 2016, rcud, 700/2015), a saber: “En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en este artículo cuando se produzca algunas de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario” (art. 43.2).

³² Véase García Murcia et altri: “Prevención de riesgos laborales”, en VV.AA.: *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2009, págs.123 y sigs., y ampliamente Olarte Encabo, S.: *Prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos*, Granada, Ed. Comares, 2009; Aguilar Martín, M.C.: *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Granada, Ed. Comares, 2015.

El art. 42 del ET se aplica tanto a las contrataciones mercantiles como a las concesiones administrativas, como negociados jurídicos que instrumentan la gestión indirecta de actividades o servicios de titularidad propia o de competencia el empresario o ente público que realiza la descentralización de la actividad o del servicio objeto de la contratación para su gestión indirecta. El mismo cambio de la rúbrica del precepto (“subcontratación de obras o servicios”) facilita esa inclusión por su carácter genérico y amplio (aparte de permite otros tipos contractuales). Ahora bien, dentro de los mecanismos de colaboración en el marco de la Administración Pública y sus entes instrumentales presenta un singular protagonismo la encomienda de gestión³³, en la que la colaboración en la prestación de servicios no se articula entre Administración y empresa privada, sino *entre dos entes públicos*. (Véase contratos de gestión de servicios públicos o contratos de servicios en los arts. 8 y 10 del TRLCSP). La diferencia de este supuesto de externalización respecto de las contrataciones y subcontratas del art. 42 del ET viene determinada por la común naturaleza pública de las instituciones participantes y por las especiales características de la relación entre ellas, lo que supone una mayor dificultad para diferenciar entre la existencia de un negocio jurídico válido y una típica cesión ilegal de trabajadores, atendiendo ante todo a la estrecha vinculación y dependencia de las partes contratantes (v.gr., STSJ Murcia de 4 de mayo de 2015, CENDOF). Esa encomienda de gestión está regulada en el art. 15 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precepto en el que se contempla la posibilidad de que los órganos administrativos o las entidades de Derecho público encomienden la realización de actividades que son de su competencia a otros órganos o entidades de la misma o distinta Administración por razones de eficacia o cuando no posean los medios técnicos idóneos para desempeño; el mismo precepto concreta que la encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia (la regulación se completa con la TRLCSP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). De su caracterización técnico-jurídica debe realizarse la configuración de “*medio propio*”³⁴, toda vez

³³ La encomienda de gestión es una técnica de externalización diferenciada respecto a la técnica típica de la subcontratación o el recurso a los negocios jurídicos de contrataciones o subcontratas, aunque su régimen de responsabilidad se podría incluir en el art. 42 del ET, si más allá de que estamos ante la conexión entre dos entes públicos, se atiende al hecho de que lo que se materializa es un negocio jurídico entre entes públicos para instrumentar la descentralización de actividades o servicios públicos bajo la subordinación y control –y no simple coordinación– de la entidad pública principal o encomendante.

³⁴ Cfr. Arts. 8 del TRLCSP; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en ella se delimita el sector público y en particular el sector público institucional (art.2), se regulan los “convenios” (Cap. VI, arts. 47 y sigs.) y, en particular, el art. 86, que hace referencia a los “medios propios y sector técnico”.

que la entidad adjudicataria o encomendada ostenta tal posición en relación con la entidad pública que encomienda, poniendo de relieve que se inserta en la esfera del penetrante poder de control de la misma. El hecho del control y el ejercicio de facultades directivas sobre los trabajadores de la entidad adjudicataria por parte de la entidad pública principal ha planteado serios problemas respecto a la posible aplicación del art. 43 del ET por concurrir el supuesto de hecho, a diferencia de los supuestos de descentralización típica delimitados ex art. 42 del ET de utilización muy frecuente en el sector público³⁵.

En no pocos casos el problema suele reconducirse –dentro de una línea oscilante– que no se estaría ante un auténtico supuesto de descentralización, sino ante la realidad jurídica de una cesión ilegal basándose exclusivamente en el criterio de dependencia estricta en relación a la entidad pública principal (empresario real) (STS de 19 de febrero de 2014, CENDOJ). Ahora bien, no se adopta ese criterio de modo definitivo, pues en otros pronunciamientos se justifica esas prácticas de encomienda como forma legítima de gestión no especulativa entre entidades del sector público, pasando a un segundo plano la confusión entre plantillas y el control real de la actividad por la entidad principal (STS de 14 de febrero de 2014, CENDOJ). De este modo, la cesión ilegal quedaría circunscrita a la constatación de que se han superado los límites de la encomienda por las tareas efectivamente desarrolladas (STS de 16 de septiembre de 2014, CENDOJ, con la consecuencia iuslaboral de asumir las responsabilidades que impone el art. 43 del ET y entre ellas que derecho de opción del trabajador que podrá optar por permanecer en la plantilla de la entidad pública principal y no en la de la empresa instrumental. Lo que conduciría a que el trabajador adquiriera la condición de indefinido no fijo³⁶.

³⁵ Vila Tierno, F.: “Descentralización productiva: contratas y subcontratas”, en VV.AA.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos Administrativos y Laborales*, Castillo Blanco, F.A. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015, págs.325-327; y en una perspectiva más amplia, Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral, en la misma obra colectiva, *passim*, y respecto a las irregularidades en la contratación y la apreciación y sus consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores, 244 y sigs. También, Soto Rioja, S.: “Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”, en *El Impacto de la Negociación Colectiva sobre la Segmentación Laboral* (J. Cruz, Coord.), Tirant lo Blanch, 2015, págs., 602-674.

³⁶ Por cierto, el Tribunal Supremo ha declarado que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva RPT, supuesto en que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos estatutarios. Cfr. STS de 7 de julio de 2016, rec. 2536/2014, ROJ: STS 3867/2016 –ECLI:ES:TS: 2016: 3867.

Precisamente para evitar la incurrir en cesión ilegal de trabajadores a través distintas vías de externalización de la gestión de servicios admitidas por el TRLCSP, la Disp. Ad. 1ª del RDL 20/2012 en los fenómenos de externalización se había previsto que antes de 31 de diciembre de 2012 se deberían dar las instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externos que se hubieran contratado³⁷. En todo caso, se debería garantizar que la encomienda de gestión cumple con la finalidad propia de una externalización o descentración funcional *interna* entre entes públicos dotada de *lege ferenda* -frente a la ambigüedad actual- de garantías laborales equiparables a las previstas en el art. 42 del ET.

En tales supuestos de cambio de titularidad (absorción de entes instrumentales; desaparición y asunción de funciones por un organismo público; “fusión de municipios”; absorción de Fundaciones y sociedades mercantiles o de consorcios. Se aplica el art. 44 del ET, como regla general. Primero, por la previsión expresa de las normas de reestructuración del sector público (v.gr., RD 122/2015, de 27 de febrero, que impone la sucesión legal de la entidad de Derecho público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo respecto del personal laboral –y también funcional- del extinguido Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo); y segundo, por el mismo sometimiento directo de la Administración absorbente a la legislación laboral, aun respetando los principios contenidos en los artículos 23 y 103 del texto constitucional. Y, finalmente, si se integra el supuesto de hecho del art. 44 del ET, los convenios colectivos – que puedan regular estas situaciones a efectos iuslaborales- han de respetar su aplicación y actuar regulativamente en los términos previstos en el propio art. 44 del ET, el cual establece un sistema integrado de garantías jurídicas (sucesión legal del empleador en los contratos de trabajo vigentes; responsabilidad solidaria por deudas entre los empleadores implicados; garantías colectivas de información, consulta-negociación y garantías institucionales de permanencia de las instituciones representativas; a lo que cabe añadir las garantías prevista a efectos de la Seguridad Social ex art. 168 (“Supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones”), apartado 2, y Art. 142 (“Sujeto responsable”) del TRLSS/2015)³⁸.

En primer lugar, el art. 120 TRLCSP de 2011, hace referencia a la “Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”, estableciendo, al efecto, que “En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación

³⁷ Vila Tierno, F.: “Contratas y subcontratas en la Administración Pública...”, cit., págs. 334-341.

³⁸ Véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: “Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, E. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2014, y la bibliografía allí citada.

de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”.

Respecto a la externalización por el cauce jurídico de las contrataciones típicas, cabe dejar constancia de que en el art. 227 RD.-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), se regulan principalmente los aspectos administrativos de las prácticas de “Subcontratación” pública³⁹, a través de una detallada regulación⁴⁰.

³⁹ Véase la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE, en cuyo art. 71 se regula la subcontratación pública. Cfr. Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, en VV.AA.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Castillo Blanco, F.A. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015, págs. 211- 283, en particular págs. 241 a 244.

⁴⁰ Estableciendo: “1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos o el anuncio de licitación hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a), los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta

Desde el punto de vista laboral a la subcontratación pública resulta aplicable en sus propios términos el art. 42 del ET y norma concordantes, salvo que

que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b), salvoque con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

3. La infracción de las condiciones establecidas en el apartado anterior para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato.

4. Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

5. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 60.

6. *El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.*

7. Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 y 223.f)

excepcionalmente se integre un fenómeno constitutivo de cambio de titularidad empresarial (incluida la doctrina jurisprudencial de la “sucesión o asunción de que plantillas”) en cuyo caso se aplicaría en principio el régimen de sucesión laboral previsto en el art. 44 del ET. El art. 42 del ET contiene una regulación precisa de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, y establece además un conjunto de garantías de responsabilidad solidaria entre el empleador principal y los contratistas y subcontratistas⁴¹. El art. 42 impone un sistema de garantías jurídicas reforzadas que, entre otras, comprende derechos de información y consulta (en relación con el art. 64 del ET) y un sistema de responsabilidades de solidarias por deudas entre los empresarios implicados. Igualmente los art. 24 (“Coordinación de actividades empresariales”) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales dispone de normas específicas de carácter preventivo. El art. 24 LPRL afronta la problemática de la concurrencia de empresarios responsables de la observancia de normas y medidas de prevención de riesgos profesionales; esto es, los supuestos en los que en un mismo lugar de trabajo coincidan trabajadores que forman parte de la plantilla (o personal) de diversas empresas que cooperan entre sí. No es baladí el hecho de que gran parte de los accidentes laborales tienen lugar en actividades de coordinación y de coexistencia de empresarios en un mismo lugar o centro de trabajo, entendido en sentido amplio, esto es, cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo. De manera que se mantiene una concepción funcional o instrumental del centro de trabajo a

8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos.

9. Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas, si bien la referencia a las prohibiciones de contratar que se efectúa en el apartado 5 de este artículo debe entenderse limitada a las que se enumeran en el artículo 60.1”.

⁴¹ Puede consultarse al respecto, Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994; *Ibid.*: “La subcontratación en el proceso de reforma laboral. Especial referencia a los instrumentos de control colectivo”, Aranzadi Social, núm. 5, (2006); Monereo Pérez, J.L. y Álvarez Montero, A.: *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Granada, Ed. Comares, 2002; Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Madrid, Fundación Alternativas, 2010; Montoya Medida, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004; Nures Torres, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de “contrata de propia actividad”*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004; Soriano Cortés, D.: *Las contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, CARL, 2007; Kahale Carrillo, D.T.: *Descentralización productiva. Un estudio sobre la contratación de actividades descentralizadas*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2011; García Blasco, J. y De Val Tena, A.L. (Dirs. y Coords.): *La subcontratación en el sector de la construcción*, 2ª ed., Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2009; Falguera Baró, M.A.: *La externalización y sus límites*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2015.

efectos de la predisposición y de la aplicación de normas de prevención de riesgos del trabajo. La concurrencia de empresarios y de trabajadores en un mismo lugar de trabajo constituye en sí un factor de riesgo.

La interrelación entre los supuestos del art. 42 del ET y 44 del mismo cuerpo legal ha planteado siempre problemas de gran complejidad, como después se indicará. En el caso de cambio de adjudicataria en la concesión de la gestión para que exista subrogación es preciso que la empresa saliente proporcione a la entrante la documentación prevista en el convenio colectivo, sin que baste comunicar al titular del servicio (Ayuntamiento) tan sólo la relación de personal (STS. ROJ: 5432/2014, de 19 de noviembre de 2014).

Como se puso de relieve la multiplicación de las actividades de las Administraciones Públicas ha propiciado las políticas de gestión privada de servicios públicos en todos los niveles administrativos (central, autonómico y local). Esas prácticas se han extendido y más que desaparecer, como resulta visible, se vienen produciendo flujos y reflujos, es decir, de atribución de gestión indirecta por entidades privadas, y de ésta a su retorno o reversión a manos públicas (fenómeno de republicación institucional de la gestión –en el ámbito local, remunicipalización de la gestión de servicios municipales–; no de la titularidad del servicio público que siempre ha sido pública). La recuperación de la gestión del servicio público se puede instrumentar a través de la integración directa en la Administración Pública actuante, o a través de entes instrumentales (como es el caso de las sociedades mercantiles)⁴². Todo ello bajo el presupuesto de que no necesariamente la eficacia es un atributo *per se* de la gestión directa pública o indirecta privada, sino que dependerá de las circunstancias concurrentes.

La externalización comporta numerosos problemas en la esfera iuslaboral, y de mayor envergadura cuando se trata de supuestos en los que estén implicados alguna Administración Pública o un ente público instrumental, porque, entre otras cosas, entra en juego directamente el interés público en el mantenimiento en condiciones de eficiencia del servicio público, los entes públicos tienen que respetar las garantías de acceso a los empleos públicos, existen límites presupuestarios, etcétera). La reversión de la gestión del servicio es con mucho el más problemático.

⁴² Sobre estos la problemática iuslaboral de los entes instrumentales, véase Monereo Pérez, J.L.: “Las reestructuraciones en el sector público y su incidencia en el empleo público laboral”, VV.AA.: *Reestructuración de las Públicas: Aspectos administrativos y laborales*, Castillo Blanco, F.A., y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2015, págs. 211 y sigs.

En los supuestos de reversión de contratas o concesiones administrativas siempre se han suscitado arduos problemas y con muchas oscilaciones en la doctrina judicial y, desde luego, científica, en lo que se refiere a las transmisiones de empresas, despidos colectivos, etcétera. En el momento actual respecto a transmisión de empresa (Directiva 2001/23/CE; y art. 44 del ET), cabe diferenciar dos supuestos:

1. En primer lugar, que la transmisión actualice el supuesto de hecho de la norma aplicable, a saber: Que haya transmisión de elementos instrumentales o infraestructura necesaria para el ejercicio o continuidad de la empresa u organización productiva (la integración de la noción de entidad económica). Su concurrencia determina la aplicación *ope legis* del art. 44 del ET (incluidos los supuestos de contratas o concesiones materializadas que implica traspasos de infraestructura empresarial. Así, por ejemplo, STJCE de 20 de noviembre de 2003, Abler C-340/01, relativa a los cambios de titularidad del comedor de un hospital).

2. Que pese a ello –al no existir transmisión de elementos instrumentales necesarios para el ejercicio de la actividad o servicio- estemos ante una entidad económica donde lo relevante no sea la infraestructura sino la mano de obra adscrita a la actividad organizada, y entonces podría concurrir la doctrina de la *sucesión o asunción de plantillas* con el mismo resultado de aplicar la normativa sucesoria laboral legal en la transmisión de empresa [(en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra –y no tanto en los elementos de activo, materiales o inmateriales- la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla (véase, en este sentido, la sentencia TJUE, CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 41, y antes, SSTJCE de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal, C-127/1996, 24 de enero de 2002, Temco, entre otras muchas)⁴³, y SSTs 27 de octubre de 2004, RJ 7202, de 25 de enero de 2006, RJ 2006, 2687, de 12 de julio de 2010, rec. 2300/09, y de 7 de diciembre de 2011, rec. 4665/10, entre otras]. En tal caso, se aplica también el art. 44 del ET, al considerarse que

⁴³ STJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto C-463/09), entiende que la Directiva 2001/23/CE “no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que había encargado la limpieza, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal”. También nuestro Tribunal Supremo, entiende que la reversión al Ayuntamiento de una Escuela de Música por abandono del concesionario no hay sucesión empresarial ex art. 44 del ET, porque el Ayuntamiento no continúa la actividad: no hay sucesión de empresa ni subrogación de los contratos de los trabajadores. En tal caso la empresa contratista o concesionaria podrá proceder a extinguir por la vía del art. 51 o 52.c) del ET (STS ROJ 5440/2014, de 17 de noviembre de 2014).

existe que el cambio de titularidad ha tenido por objeto una “entidad económica”. Este criterio aporta tan sólo una cobertura muy limitada y condicionada la decisión voluntaria y discrecional de la empresa o entidad cesionaria o a quien revierte la actividad o servicio objeto de contratación, pues, en última instancia, de ella depende la opción unilateral de asumir un número esencial o sustancialmente relevante del personal laboral de la empresa contratista o concesionaria. Y a sabiendas de que ello supondría la aplicación *ex lege* del conjunto de garantías previstas en el art. 44 del ET y demás normas del grupo regulador de las garantías sociolaborales en la sucesión de empresas. Por ello convendría realizar una interpretación extensiva de la noción de “entidad económica” que permitiera incluir a los supuestos de cambio de titularidad en contratos cuyo objeto son actividades o servicios desmaterializados (En este sentido el camino seguido por la Jurisprudencia del TJUE es insuficiente y se ha quedado a medio camino para extraer todas las consecuencias respecto a las empresas desmaterializadas del sector terciario; o, en otro caso, *de lege ferenda* incluir expresamente estos cambios de titularidad en el art. 44 del ET dotándolos de las peculiaridades que se estimen pertinentes. Y en ambos casos, prescindiendo del criterio de la sucesión o asunción voluntaria por el nuevo titular de una parte esencial de la plantilla como *conductio iuris* para la aplicación automática e *ipso iure* del sistema de garantías sociolaborales en la transmisión de empresa⁴⁴.

En todo caso, convendría matizar reflexivamente que la “entidad económica” como objeto de la transmisión (es decir, como objeto de actos o negocios jurídico-económicos dentro del tráfico jurídico) se entiende en sentido amplio y flexible, atendiendo a las características de la “forma empresa” en los sectores y subsectores del sistema económico. Ello se resuelve en una concepción iuslaboral de “entidad económica”. La “entidad económica” se configura como tipo normativo flexible –de textura abierta– capaz de modularse atendiendo a las distintas formas de empresa contemporánea. Es así que este concepto jurídico es capaz de abarcar tanto el modelo clásico e industrial –materializado– como potencialmente el modelo postindustrial –desmaterializado– de empresa transmisible⁴⁵.

⁴⁴ Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999. Id.: “Dimensión laboral de la transmisión de empresa y nuevas formas de organización productiva”, en *Tribuna Social*, núms. 238-239-240 (2010); Vicente Palacio, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Madrid, Ed. Atelier, 2016.

⁴⁵ Monereo Pérez, J.L.: “Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales”, en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Monereo Pérez, J.L. y Sánchez Montoya, J.E. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2010, pág. 131.

3. Que no se esté en ninguno de los dos supuestos anteriores, y en tal caso, haya todavía la posibilidad de una subrogación convencional o contractual (vía convenio colectivo –normalmente de ámbito sectorial y no generalizada, pues, para todos los ámbitos de las contratas desmaterializadas cuyo elemento esencial es la actividad y mano de obra organizada por la empresas contratista⁴⁶ como opera como fuente de Derecho objetivo realizando un tratamiento singular del supuesto de hecho de la subrogación laboral y sus consecuencias jurídicas y siempre que la Administración actuante esté incluida en su ámbito de aplicación –lo que no debe confundirse con la exigencia de una necesaria firma de la norma colectiva por el ente público concernido–; o pliego de condiciones administrativas en la contratación pública⁴⁷; para este último supuesto de subrogación o sucesión laboral por acto de autoridad contractual instrumentando a través de las condiciones generales de la contratación en las que se resuelve técnicamente los pliegos de cláusulas administrativas, véase STS 30 de abril de 2014, rec. 1416/2013, y en relación a ello discutiendo la obligación de subrogación sin apoyo legal o en las condiciones generales de la contratación administrativa (pliegos de cláusulas de contratación, STS 16 de marzo de 2015, rec. 1009/2014). En todo caso –y sin perjuicio de lo que se indicará después– hay que tener que el

⁴⁶ De ahí sus límites intrínsecos, a saber: condicionamiento a que exista un convenio colectivo –expresión formal de un acuerdo entre las partes negociadoras–, y a que ese acuerdo sea efectivamente aplicable a la empresa o entidad cesionaria, y con la salvedad que el régimen jurídico de la subrogación o sucesión convencional para empresas desmaterializadas (a las que se aplica esta solución convencional) será el previsto en el propio convenio colectivo y no en la normativa pública. Puede consultarse Monereo Pérez, J.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, 1986/Tomo II.; id.: “Dimensión laboral de la transmisión de empresa y nuevas formas de organización productiva”, en *Tribuna Social*, núm. 239 (2010); y Rodríguez Escanciano, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas en el sector público*, Madrid, Iustel, 2013, págs. 328 y sigs.

⁴⁷ La sucesión laboral del empleador público puede venir impuesta por convenio colectivo aplicable o en el pliego de condiciones. En ambos casos se configura una “subrogación por vía convencional” o “contractual administrativa”. La cuestión no está exenta de litigiosidad (v.gr., la problemática del convenio aplicable a los trabajadores afectados; la vinculación de la Administración al convenio colectivo). Pero ante una subrogación o sucesión convencional que la imponga la Administración o ente público administrativo actuante ha de atenerse al cumplimiento de la normativa laboral aplicable (art. 7 del EBEP, relativo a la “Normativa aplicable al personal laboral”, a cuyo tenor: “El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”). Esta subrogación o sucesión empresarial de origen contractual contenida en las cláusulas subrogatorias contractuales ha sido también relevante a efectos de la apreciación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la normativa laboral ex art. 44 del ET ya de antiguo. Véase, por ejemplo, SSTs de 7 de noviembre de 1991 (Ar. 813), de 5 de abril de 1993 (Ar. 2907), de 29 de diciembre de 1997 (Ar. 9641)... SSTs de 20 de septiembre de 2010, Rec. 17/2010, y de 4 de junio de 2013, Rec. 58/2012, etcétera.

art. 85 del TRLCSP contempla los “supuestos de sucesión de contratista”, y que deja bien nítidamente que “la obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro en ella, *no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales*, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate”. En tal caso, resulta obvia la remisión implícita del art. 85 del TRLCSP al sistema legal de garantías laborales previsto en el art. 44 del ET, norma de transposición en Derecho interno de la Directiva 2001/23/CE y que, por tanto, ha de interpretarse con arreglo a ella, sin perjuicio de poder incluir una normativa más favorables (art. 8 de la Directiva).

En todo caso la regulación que pueda contener los pliegos de contratación administrativa no son ilimitadas. Por un lado, no pueden impedir la aplicación *ex lege* de las garantías previstas en la normativa laboral (señaladamente, organizadas alrededor de su eje, el art. 44 del ET). Por otro lado, se plantea el problema de si los pliegos de contratación pueden imponer la subrogación al margen de la normativa legal en lógicamente en supuestos que no son subsumibles en el art. 44 del ET. Aquí parece existir una solución contrapuesta desde la doctrina administrativista y la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. Desde aquélla se afirma que de no existir convenio colectivo, el pliego de cláusulas administrativas no podría, en principio, establecer la obligación de subrogación *ex novo*, toda vez que – se afirma- afectaría a terceros (trabajadores de la empresa saliente), y excedería del ámbito administrativo y de la relación jurídica entre la Administración y el contratista. Sin embargo, para la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, es posible establecer este tipo de subrogación independiente y fuera de los supuestos típicos ex art. 44 del ET, pues la experiencia jurídica de la contratación administrativa contempla la realidad de su establecimiento en el pliego de condiciones aunque no sea muy frecuente (SSTS de 20 de septiembre de 2010, Rec. 17/2010, y de 4 de junio de 2013, Rec. 58/2012)⁴⁸.

⁴⁸ Sobre esta tensión subyacente entre las lógicas administrativa y laboral de percepción de la cuestión controvertida, véase la nítida exposición al respecto de Castillo Blanco, F.: “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios públicos”, en Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 58-59, Iustel, febrero-marzo (2016), apartado IV (“Las previsiones contenidas en la legislación contractual publica y su alcance”). Ahora bien, este autor por afirma que, en principio, la exigencia y consiguiente aceptación de subrogación no puede considerarse como un criterio de adjudicación válido. Ello “no es posible ni se ajusta a los criterios que pueden establecerse en un procedimiento de adjudicación contractual. Por otra parte, “el incumplimiento de la subrogación de los trabajadores en los mismos derechos y obligaciones que disfrutaban con la anterior empresa contratista no es causa de resolución del contrato por parte de la Administración contratante porque no está establecida como tal ni en el TRLCSP, salvo de que se hubiese contemplado en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (Informe de la JCCAE 63/2011, de 17 de julio de 2012) o se previeran penalidades en

4. Que no estándose ante ninguno de los supuestos anteriores, concorra la sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET (ni exista, pues, convenio colectivo o pliego de cláusulas administrativas que la imponga, ni tampoco “sucesión de plantillas”). Se trata de una subrogación o sucesión laboral que opera una *cesión de contrato* de Derecho común, cuya validez ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señaladamente en relación a las empresas de handling (STS 29 de febrero de 2000, RJ 2000, 2413, entre varias sobre el mismo asunto), que constituye una modificación subjetiva de los contratos de trabajo por cambio del empleador y que exigiría necesariamente el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación modalizada del art. 1205 del Código Civil.

5. Que no existiendo ni transmisión de empresa por vía legal, convencional o contractual, al final la empresa concesionaria o contratista se vea obligada a realizar despidos por causas empresariales, y en particular por causas productivas, rigiéndose –al tratarse de una empresa privada- por el régimen laboral general del ET, es decir, básicamente, los artículos 51 o 52.c) del ET.

En este sentido, la STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto C-509/14, resulta clarificadora de la posición actual del Alto Tribunal comunitario respecto a la identificación y delimitación de lo objeto de la transmisible que actualiza el supuesto de hecho de la normativa sucesoria laboral, pues distingue entre reversión de actividad que se basa esencialmente en el equipamiento o infraestructura material y reversión de actividad sin ese equipamiento. En el primer supuesto entiende que se ha de aplicar la Directiva 2001/23/CE y la correspondiente normativa de transposición interna. El artículo 1.1 de la Directiva 2001/23, acota su ámbito de aplicación indicando que se aplicará a de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. Precisando que se considerará transmisión a efectos de la Directiva la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio, por un lado, y por otro, que será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro (precisando, que la “reorganización administrativa” de las autoridades públicas administrativas y el

los mismos. La obligación de subrogación de los trabajadores incluida en el Pliego de Cláusulas Administrativas se limitan a regular las relaciones entre la Administración y el Contratista, por lo que, en este caso, corresponderá a los órganos de la jurisdicción laboral la competencia sobre la no subrogación material y, asimismo, corresponderá a la jurisdicción laboral conocer el recurso sobre, en su caso, el despido de los trabajadores”.

traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán una transmisión a efectos de la presente Directiva). El Preámbulo de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, deja constancia de las razones socio-económicas que subyacen a su promulgación, a saber: “la evolución económica implica, en el plano nacional y comunitario, modificaciones de las empresas, que se efectúan, entre otras formas, mediante traspasos a otros empresarios de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, como consecuencia de fusiones o cesiones”, por un lado, y por otro, que “son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos” (Preámbulo, apartados 2 y 3).

La normativa de transposición en el Derecho interno establece que se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria (art. 44.2 del ET). En el sistema del art. 44 del ET el objeto de la transmisión puede quedar integrado por la empresa como organización socioeconómica de una actividad productiva determinada (o complejo de actividades productivas), siendo lo transmitido una unidad organizativa empresarial apta para el ejercicio de la actividad productiva después de consumarse el acto productor del cambio de titularidad. A efectos del art. 44 del ET no interesa meramente la empresa, según el modelo clásico, como explotación, negocio o industria, es decir, como objeto del Derecho en términos de complejo de bienes organizados, sino, más complejamente, como unidad de trabajo susceptible de tener vida propia en la realización de determinados fines técnicos (de producción, de cambio o de servicios para el mercado)⁴⁹.

Pues bien, en el caso planteado –resultante de una cuestión prejudicial– ADIF es una empresa pública titular del servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal en la terminal de Bilbao. Este servicio se presta a Renfe Operadora. Mediante un contrato de gestión de servicios públicos, ADIF *externalizó* la gestión de dicho servicio, adjudicándola a la empresa Algeposa. Algeposa prestaba este servicio en las instalaciones de ADIF con grúas propiedad de esta última. Ulteriormente, ADIF comunicó a Algeposa que no deseaba prorrogar la contrata, ya que prestaría ella misma con su propio personal el servicio de que se trata en el litigio principal. ADIF comunicó también a Algeposa su

⁴⁹ Monereo Pérez, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999, págs. 60 y 66, *passim*.

negativa a subrogarse en los derechos y obligaciones de ésta frente a su personal. Como consecuencia de esta situación, Algeposa procedió a un despido colectivo por causas productivas de varios trabajadores, entre ellos el Sr. Aira Pascual, que antes estaba adscrito a la ejecución de la contrata celebrada con ADIF.

Aira Pascual interpuso una demanda contra ADIF, el Fondo de Garantía Salarial y Algeposa ante el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, basándose en que, al extinguirse la contrata celebrada con Algeposa, ADIF estaba obligada a subrogarse en la relación laboral de ésta con su personal. Según el Sr. Aira Pascual, la reversión a ADIF, como gestonaria directa, del servicio examinado en el litigio principal constituía una sucesión de empresa a efectos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Por consiguiente, el Sr. Aira Pascual solicitó que se declarase el despido nulo o, en su defecto, improcedente y que se condenara a ADIF a readmitirle. Dicho Juzgado estimó la demanda del Sr. Aira Pascual declarando improcedente el despido y condenando a ADIF a abonarle una indemnización pertinente. El mencionado Juzgado consideró que, al negarse a reemplazar a Algeposa en la relación laboral que ésta mantenía con el Sr. Aira Pascual, ADIF había infringido la obligación derivada del art. 44 del ET, en su interpretación conforme con la Directiva 2001/23/CE. A su juicio, se había producido una transmisión de empresa, ya que el servicio de que se trata en el litigio principal seguía prestándose con los mismos medios materiales esenciales para su prestación, para el mismo cliente y en las mismas instalaciones. ADIF recurrió esta sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En estas circunstancias, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «El art. 1.[1.]b) de la Directiva 2001/23, en relación con su art. 4.1, ¿se opone a una interpretación de la legislación española destinada a darle efectividad, que excluya del deber de subrogación por el hecho de que una empresa del sector público, titular de un servicio inherente a su propia actividad y que precisa relevantes medios materiales, que ha venido realizando mediante contrata, imponiendo al contratista el uso de esos medios de su propiedad, decide no prorrogar la contrata y asumir directamente su realización, valiéndose de personal propio, excluyendo al que la contratista empleaba, de tal modo que el servicio se sigue llevando a cabo sin más cambio que el que proviene de la sustitución de los trabajadores que desarrollan la actividad y su sujeción a un empresario diferente?».

En el proceso de decisión de la cuestión prejudicial el TJUE, parte de la premisa constituida por los antecedentes pronunciamientos del propio TJUE, indicando que ha declarado que la circunstancia de que el cesionario sea un

organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE (véase, en este sentido, la sentencia CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 26 y jurisprudencia que allí se cita). Por tanto, el hecho de que la persona jurídica de que se trata en el litigio principal sea una empresa pública titular de un servicio público no la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE. En segundo lugar, atiende al alcance de la normativa sucesoria ex art. 1 de la Directiva 2001/23/CE y de la normativa nacional aplicable, precisando que a este respecto, de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que el ámbito de aplicación de esa Directiva abarca todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que por este motivo asume las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (véanse las sentencias Abler y otros, C340/01, EU:C:2003:629, apartado 41, y CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 30). El TJUE ha considerado asimismo que la Directiva 2001/23/CE es aplicable a una situación en la que una empresa que confía a otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma esas tareas (véase, en este sentido, la sentencia CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 31). Es así que se desprende que no cabe excluir que la Directiva 2001/23/CE sea aplicable a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato y explotar ella misma esa actividad con su propio personal (fjs. 25-30).

Por otra parte, en una situación como la del litigio principal, procede señalar, en primer lugar, que la actividad económica de que se trata, a saber, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, no puede considerarse una actividad esencialmente basada en la mano de obra, ya que *requiere un equipamiento importante* (por consiguiente, no es un problema de sucesión de plantillas en supuestos de cambio de titularidad, en el sentido de la STJUE 20. 1. 2011, asunto CLECE, C463/09, EU:C:2011:24, apartado 41), sino un típico supuesto de cambio de titularidad de una entidad económica de *base material, donde resulta fundamental la infraestructura material, equipamiento e instalaciones*. Por lo demás, la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23. En este sentido, observa reiterando pronunciamientos anteriores, que. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario

no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C340/01, EU:C:2003:629, apartado 42). En una situación como la del litigio principal, procede señalar, en primer lugar, que la actividad económica de que se trata, a saber, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, no puede considerarse una actividad esencialmente basada en la mano de obra, ya que *requiere un equipamiento importante*: ADIF puso a disposición de la contratista grúas y locales, que se revelan elementos importantes para llevar a cabo la actividad de que se trata en el litigio principal. Por lo tanto, insiste, esta actividad económica y laboralmente organizada objeto de externalización contractual se basa esencialmente en el equipamiento material. De ello se infiere que, como ha señalado significativamente la propia Comisión Europea en sus observaciones escritas, una interpretación del art.1.1, letra b), de la Directiva 2001/23 que excluyera del ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trate no hayan dejado de pertenecer al cesionario en ningún momento privaría a la Directiva de una parte de su efectividad (ff. 36-40). Finalmente, y en relación a ello, por lo que se refiere al hecho de que ADIF no se hiciera cargo del personal de Algeposa, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23, en un sector como el del litigio principal, en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento. Una interpretación diferente iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aun en contra de la voluntad del cesionario (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C340/01, EU:C:2003:629, apartado 37). Por consiguiente, el hecho de que ADIF no se hiciera cargo de los trabajadores de Algeposa no basta para excluir que la entidad económica de que se trata en el litigio principal haya mantenido su identidad y no permite negar, por tanto, la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la citada Directiva. En definitiva, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, si ha existido o no una transmisión de empresa en el litigio principal ff°. 41-43).

Pero inequívocamente el fallo –que expresa la decisión del Alto Tribunal sobre la cuestión prejudicial planteada- no deja sombra de duda (por su misma

fisonomía clásica) respecto a la pertinente aplicación de la normativa sucesoria. En efecto, el TJUE declara que “en virtud de todo lo expuesto”: “El art.1.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, *debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación* de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal”. Es difícil expresarse más nitidamente respecto a la cuestión de fondo objeto de la cuestión prejudicial planteada. Eso se por respecto a la jurisdicción nacional será está la que deberá apreciar las circunstancias concurrentes (“En definitiva, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, si ha existido o no una transmisión de empresa en el litigio principal”; fjº. 43), pero en realidad el problema suscitado era precisamente si se aplicaba o no en estos casos de reversión de una entidad económica dotada de infraestructura material e instalaciones la normativa sucesoria en cuestión. En suma, el tribunal nacional lo tiene sumamente fácil.

Se podría pensar que esta importante Sentencia es totalmente innovadora, pues bien aunque pueda parecerlo, en realidad no lo es tanto, porque está extrayendo las consecuencias lógicas de la concurrencia del supuesto de hecho de la normativa sucesoria en su sentido interpretativo y tipológico general y **clásico** (art. 1 de la Directiva 2001/23/CE). En primer lugar, hay transmisión de una entidad económica materializada (ni era el caso de aplicar la doctrina de la “sucesión de plantillas” porque el objeto del cambio de titularidad –la entidad económica- no residía exclusiva o principalmente en la mano de obra en torno a la actividad económica y laboralmente organizada, sino justamente en los elementos esenciales indispensables para el ejercicio de la actividad pública gestionada indirectamente en régimen de contrata o concesión administrativa); en segundo lugar, es irrelevante la propiedad o titularidad de los bienes e instalaciones afectos al ejercicio de la actividad; en tercer lugar, la normativa sucesoria se aplica en los supuestos en que el cesionario sea una Administración Pública o un ente público en conexión con empresas o entes privados con los cuales se contrate la gestión de un servicio público. A mayor abundancia de argumentos, la reversión

del servicio se realiza precisamente para continuar su ejercicio pero en régimen de gestión directa por la entidad pública a la cual revierte la actividad, lo cual es una consecuencia necesaria de que el servicio público objeto de la contratación de gestión (sucesión constitutiva) no desaparece, sino que ha de continuar dado su carácter esencial para la comunidad.

Toda esta problemática de la reversión o recuperación de concesiones administrativas ha venido inquietando desde hace tiempo a la doctrina científica y jurisprudencial. Así, en supuestos de reversión producida en el ámbito de la gestión indirecta que venía realizándose por medio de concesiones administrativas (todas relativas a la gestión del servicio de recaudación de contribuciones e impuestos), las SSTS 10 junio 1991 (A/5141), 13 marzo, 9 julio 1991 (A/5879), 24 julio de 1990 (A/2069) -que crearon, inicialmente, jurisprudencia en este supuesto de hecho- exigieron para que la asunción directa por la Administración genere normalmente la aplicación del art.44 del ET que, además de la transferencia o recuperación de la actividad (en virtud del acto de concesión), lo entregado al concesionario -y que recibe posteriormente el ente público concedente- fuese la infraestructura u organización básica para la explotación del servicio; único supuesto en el cual el cambio de concesionario o la asunción del servicio por la administración, daría lugar a la sucesión laboral del empleador prevista en el art.44 del ET. Frente al distinto criterio que habían sentado, por ejemplo, en las SSTS 19 junio 1989, 9 octubre 1988, 26 mayo 1988, 24 noviembre 1987, 30 octubre 1987, STSJ.Murcia, 5 noviembre 1991 (AL, nº.9/1992)⁵⁰, STSJ. C.Valenciana, 11 octubre 1991 (A/5847) -que contempla un supuesto de sustitución entre empresas concesionarias de servicios y estima la aplicación al caso del principio sucesorio previsto en el art.44.1 del ET- y las muchas posteriores, porque éste ha sido, y continúa siéndolo, uno de los supuestos de más intensa controversia judicial⁵¹. Un giro importante se plantea con

⁵⁰ Por ejemplo, según esta Sentencia la recaudación de los recursos económicos municipales constituye una actividad permanente y propia de los Ayuntamientos que pueden ser gestionados de forma directa por la propia entidad local, organismo autónomo local o sociedad mercantil cuyo capital pertenezca a la entidad local, o de forma indirecta por tercero, de modo que si el Ayuntamiento del caso adjudicó por un tiempo de 5 años el servicio de recaudación municipal a una persona para que llevase a cabo tal actividad con el personal adecuado, al término de dicha concesión o adjudicación, tratándose de un servicio permanente municipal, la gestión del mismo revierte a dicho Ayuntamiento, por lo que, de conformidad con los arts.44 del ET y 59 de la Ordenanza Laboral para la recaudación de impuestos y exacciones municipales, la rescisión de la adjudicación o concesión no puede determinar la extinción de los contratos de trabajo del personal afecto a la recaudación, sino que los mismos pasan a depender del Ayuntamiento al asumir dicha gestión.

⁵¹ Para el posicionamiento originario de la doctrina judicial al respecto, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Editorial Ibidem, 1994; *Id.*: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”,

la STJUE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95 Süzen, que instauró la doctrina denominada de la “sucesión de plantillas”⁵². La dirección expansiva del supuesto de hecho de la Directiva se consolida con la importante STJUE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco, que asumiendo dicha doctrina de la “sucesión de plantillas” (apartado 26) declara que la Directiva sobre transmisión de empresa “debe interpretarse en el sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato”. Por otra parte, la STJUE de 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98 Collino y Chiappero (TJUE 2000, 195), considera aplicable la Directiva sobre transmisión de empresa en los supuestos en los que una entidad que presta servicios públicos, gestionada por un organismo público integrado en la Administración del Estado, es transmitida a título oneroso en régimen de concesión administrativa, por decisión de los poderes públicos, a una sociedad de Derecho privado, de manera que los empleados públicos quedan amparados por las garantías previstas en la Directiva sobre transmisión de empresas. En esa secuencia de evolución –no siempre diacrónica, ni por supuesto lineal- del TJUE, se da un paso en un dirección más estricta con la STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C463/09 CLECE, rechazando la sucesión laboral del empleador público

en *Relaciones Laborales*, Tomo 2, Ed. La Ley, 1986, págs. 55 y sigs.; *Id.*: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ed. Ibidem, 1999, espec., págs. 106 a 122 (Sobre la problemática de “La identificación de la empresa en el sector terciario a efectos del art. 44 LET: la ‘empresa-organización’ y ‘empresa-actividad’”, y las oscilaciones jurisprudenciales al respecto), y la bibliografía allí citada.

⁵² En ella se afirma que “en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable” (apartado 21, de la Sentencia e Süzen).

en un supuesto de reversión cuando no hay “sucesión de plantillas” (apartados 41 a 44), que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla.

Interesa subrayar que conforme a la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo (pero también la más reciente doctrina del TJUE⁵³), que asumió la doctrina de la “*sucesión de plantillas*” (especialmente a partir de la STS de 27 de octubre de 2004, RJ 2004, 7202, y mantenida después, por ejemplo, en STS de 17 de junio de 2008, RJ 2008, 4229), la contrata o la concesión administrativa no son en sí mismas unidades productiva o entidades económicas en el sentido de la Directiva y del art. 44 del ET (núcleo de la normativa de transposición en el Derecho interno), salvo que no encontremos como elementos adicionales al hecho mismo de la contrata o concesión (el tipo contractual que formaliza la relación jurídica entre la entidad adjudicante o comitente y la entidad adjudicataria), a saber: transmisión de infraestructura material necesaria para el ejercicio de la actividad o bien que el nuevo titular de la contrata o concesión o la entidad pública en reversión de la actividad gestionada indirectamente se haga cargo de ella y de ocupación a un número significativo de trabajadores si la contrata o concesión tiene por eje fundamental la mano de obra (doctrina de la “sucesión de plantillas”, postulada primero por el propio TJUE y después por imperativo del principio de primacía del Derecho social comunitario por el TS ante todo a partir del año 2004). Aunque en un supuesto peculiar resulta de interés

⁵³ La argumentación de la STJUE de 20 de enero de 2011, asunto C463/09 CLECE es muy expresiva respecto a esa posición del Tribunal comunitario: “Ahora bien –observa–, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta *también* de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Süzen, apartado 15; Hernández Vidal y otros, apartado 30, e Hidalgo y otros, apartado 30). En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla” (apartado 41). Añadiendo seguidamente, en consecuencia, que “de ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 (apartado 42). “Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal” (apartado 43 y fallo apartado 44).

lo declarado en la STS 17 de julio de 2016, (Sentencia 644, rec. 349/2015, ROJ STS 3880/2016 –ECLI:ES:2016: 3380). En ella se mantiene el criterio de que no existe sucesión de empresa en el supuesto en que el Liceo Politécnico SLU tenía suscrito un contrato de servicios con la empresa recurrente, Aramark Servicios Catering SLU, para que dos empleadas llevaran a cabo funciones de monitoras en el comedor del Centro, mientras los alumnos consumían los alimentos que se preparaban en las cocinas centrales de Aramark. La propia empresa de servicios Aramark comunicó al Liceo su decisión de dar por terminado el contrato con efectos de 23 de enero de 2014, pretendiendo que por el Centro de enseñanza que se asumieran los contratos de las dos monitoras de comedor, a lo que se negó el Liceo, porque pasaría a realizar el servicio con empleados propios y personas voluntarias, como efectivamente ocurrió.

Tampoco se pueden oponer sin más preceptos como el art. 301.4 del RD.-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) (“A la extinción de los contratos *de servicios* [no de gestión del servicio público], no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”), si su aplicación contraviene de alguna manera la Directiva 2001/23/CE, pues habría que entender que cedería paso en su aplicación en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario y su carácter inderogable frente a la legislación del Derecho nacional⁵⁴. La del art. 301.4 TRLSP se trata de una prohibición explícita de la consolidación de trabajadores que haya prestado servicios objeto del contrato de servicios par aun ente del sector público en la entidad contratante. Pero los preceptos no pueden ser objeto de aplicación e interpretación aislada en el ordenamiento jurídico. Basta reparar también en la prohibición del art. 43 del ET, y es obvio que el art. 43 del ET concede un derecho de opción de los trabajadores afectados consistente en que “los trabajadores sometidos a tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria” (que puede ser un ente público). Añadiendo además una prefiguración *ex lege* del estatuto jurídico-protector del trabajador afectado, a saber: “Los derechos y obligaciones del trabajador en la

⁵⁴ Como estima C. Alfonso Mellado: “La afirmación del art. 301 TRLCSP no puede, ni impedir la aplicación del art. 44 del ET, que deviene imperativa en atención a las normas comunitarias cuya interpretación siempre ha considerado que la Administración Pública no queda eximida de las obligaciones en materia de sucesión de empresas (STCE 26/09/2000, C-175/99, asunto Mayer; STUE 29/07/2010, C-151/09, asunto UGT/FSP), ni tampoco debe entenderse como una prohibición absoluta de que la Administración asuma el personal con ciertos condicionamientos” (“La reversión a la gestión directiva de servicios públicos. Problemas laborales”, en *RDS*, núm. 73 (2016), pág. 37).

empresas cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto, sin bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”⁵⁵. Lo que, como bien se apunta, podría chocar con los principios que regulan el acceso al empleo público (art. 23 CE)⁵⁶. Ello no obstante, la Administración y en general los entes del sector público no se puede substraer de la aplicación de la legislación laboral en su condición de empleadores. Como es sabido la cuestión se ha resuelto de manera harto insatisfactoria –sin duda- a través de la creación judicial de la figura del “indefinido no fijo” (que después pasaría a consagrarse en el art. 8.2.c) del EBEP, que incluye entre los empleados públicos al “personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal”)⁵⁷. En todo caso, la falta de una regulación legal más adecuada del personal laboral que presta servicios en la Administración que precisara en concreto su estatuto jurídico, está contribuyendo a la creación de conflictos jurídicos de relevancia. Se trataría de un estatuto reforzado que, reclamando la razonabilidad jurídico-social garantista del Derecho del Trabajo clásico, sea efectivamente disuasorio de las prácticas irregulares y de las anomalías en la contratación laboral efectuadas por las Administraciones Públicas con manifiesto incumplimiento de las ordenamiento laboral. Por lo demás, ello viene impuesto expresa y concretamente por la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, que incorpora el Acuerdo Marco CE-UNICE-CEEP sobre el trabajo de duración determinada y su correcta y autorizada interpretación por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 4 de julio de 2006, TJUE 2006, 181, asunto Adeneler, C-212/04, y 7 de septiembre de 2006, TJUE 2006, 224, asunto Cristiano Marrossu y Sardino, C-53/04)⁵⁸. Ya en sí la

⁵⁵ Véase la STC 196/2000, de 24 de julio, relativa al despido de trabajadores después de la declaración judicial de vinculación contractual como trabajadores de la empresa cedente.

⁵⁶ Castillo Blanco, F.: “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios públicos”, en Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, número 58-59, Iustel, febrero-marzo (2016), epígrafe IV.2 y apartado V (“La situación jurídica de los trabajadores que se incorporan a la Administración y de aquellos que se decida prescindir de la prestación del servicio de que se trate”).

⁵⁷ Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, en Revista de *Derecho Social*, núm. 67 (2014), apartado 2 (“Irregularidades en la contratación laboral: Fraude de Ley en la contratación laboral y cesión ilegal de trabajadores. La problemática de la adquisición de la condición de personal laboral indefinido no fijo”), págs. 16 a 29, y la bibliografía allí citada.

⁵⁸ Basta reparar –y dando por reproducido aquí todo el texto del Acuerdo- en las “Medidas destinadas a evitar la utilización abusiva (Cláusula 5)” del Acuerdo Marco, a cuyo tenor: “1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos,

misma figura de los indefinidos no fijos resulta controvertida y con problemáticas consecuencias jurídicas⁵⁹, porque no resuelve correctamente el problema: los trabajadores indefinidos mantienen una posición jurídicamente precaria y marcada por la inseguridad jurídica, su situación es existencialmente conflictiva determinando la “judicialización”. Y es que la figura jurídica del “indefinido no fijo” en las Administraciones Públicas, por actuaciones jurídicamente irregulares de la Administración actuante (art. 8.2. c) del EBEP), constituye en sí una anomalía jurídica que ha tratado de escapar a la lógica específica del Derecho del Trabajo creando una categoría jurídica contractual (y de tipo de trabajador) situada en un espacio vacío de intersección entre el trabajador indefinido y el trabajador temporal. Todo ello implica acudir al cauce de extinción indemnizada previsto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Ello no obstante, esta figura “legal” del indefinido no fijo” tampoco tiene la virtualidad de disuadir o de persuadir eficazmente a la Administración de las malas prácticas y de la utilización de las fórmulas irregulares de contratación o de cesión ilegal de trabajadores, permitiendo una gran discrecionalidad a la Administración actuante al disponer de modo unilateral sobre las condiciones de trabajo y de extinción del vínculo jurídico-laboral: su misma debilidad contractual comporta una mayor disciplina y adhesión a las decisiones adoptadas unilateralmente por la dirección administrativa⁶⁰.

No se olvide que la sucesión o subrogación legal ex art. 44 del ET comporta, en principio el mantenimiento del estatuto regulador aplicable a los trabajadores y que el cambio de titularidad en sí mismo no se puede aducir como justificado

introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación e tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determina; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”. Todo ello partiendo de la premisa de que la partes sociales firmantes del Acuerdo Marco “reconocen que los contratos de duración determinada son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. También reconocen que los contratos de duración determinada responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores” (Preámbulo del Acuerdo Marco). Importa retener esta doctrina por ella incumbe a todos los poderes públicos nacionales, tanto al legislador como a los órganos judiciales en su respectiva labor garantista de los derechos laborales.

⁵⁹ Véase, por ejemplo, las SSTs de 6 de octubre de 2015, Rcud 2592/2014, y de 27 de octubre de 2015, Rcud 2244/2014.

⁶⁰ Monereo Pérez, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia, cit., págs. 27-29, con una reflexión crítica y propositiva al respecto. Reclamando igualmente una regulación específica de carácter especial cuya necesidad se impone ante la confusión e inseguridad que genera la insuficiencia y aporías del marco normativo vigente, apartado Castillo Blanco, F.: “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios públicos”, cit., apartado VI.

motivo para la extinción del contrato de trabajo (Capítulo II. “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores”, artículos 3-6, de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo; y art. 44 del ET, norma nuclear de transposición de la misma al ordenamiento jurídico interno).

En todo caso, esto no resuelve los problemas planteados una vez admitida, en su caso y con las puntualizaciones indicadas, la sucesión laboral del empleador público. En tal caso habría que distinguir dos supuestos:

1º. El primero, que se trata de una reversión para la gestión directiva por la propia Administración Pública o entes públicos instrumentales, en cuyo caso el problema que se plantea es si los trabajadores fijos de plantilla de la contratista o concesionaria originaria pasarían como tales trabajadores en esa condición. En principio se podría dar la respuesta afirmativa conforme al principio sucesorio ex art. 44 del ET, esto es, el mantenimiento de la condición de fijos. Ahora bien, la adquisición de la condición de personal fijo puede entra en colisión con las normas que al amparo del art. 23 CE exigen en el acceso al empleo público el concurso de méritos y capacidad en condiciones de igualdad. Ante lo cual podría resolverse el problema reclamando la figura del trabajo indefinido no fijo, que los coloca en una situación provisionalidad a la espera de la convocatoria de las plazas de que se trate, de manera que si la obtienen no hay problema, pues consolidan su derecho, pero si no la obtienen verían extinguido su contrato de trabajo con el abono compensatorio del importante de la indemnización prevista para los contratos temporales (STS 4 de febrero de 2016, rec. 2638/2014) [Lo cual no deja de ser discutible ya que estamos ante trabajadores “indefinidos” –aunque no fijos–, en cuyo caso lo más coherente sería garantizar el abono de una indemnización no inferior a los veinte días de salario por año de antigüedad...]. Por otra parte, esta solución hermenéutica no deja de ser problemática desde la lógica de la normativa sucesoria contenida en la Directiva 2001/23/CE y en el art. 44 del ET, como norma de transposición de aquélla, y que conduciría a la consolidación de trabajadores fijos en la Administración Pública o ente público actuante. Por lo demás, no se olvide que las propias reversiones no son irreversibles, pues siempre puede tomarse una válida decisión de re-privatizar (externalizar) la gestión del servicio público a través de entes privados, no incluidos en el sector público (ni siquiera en el sector público empresarial o fundacional).

2º. El segundo supuesto consiste en que se trate de una reversión no hacia la Administración Pública o la Entidad de naturaleza pública-administrativa (sector público administrativo), sino de una sociedad mercantil pública (sector público empresarial), rigiéndose en lo principal por el Derecho privado en general (art. 106 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre); y en lo laboral por el ET

(artículos 2 y 7 del EBEP, y art. 1 del ET, señaladamente el apartado 3.a) de dicha disposición estatutaria). En tal caso, no habría problemas jurídicamente relevantes para entender que la sucesión legal comportaría la asunción del personal laboral en las mismas condiciones de fijeza ostentadas con la empresa contratista o concesionaria (sosteniendo ese criterio las SSTS 18 de septiembre de 2014, rec. 2320 y 2323/2013)⁶¹ y el mantenimiento del estatuto jurídico aplicable a las relaciones laborales en curso. En todo caso no son pocas las normas de racionalización del sector público general (v.gr. Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, artículos 3, 5, 8 y 9), autonómico (v.gr., Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía) y local (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local) las que –con buen criterio en esto– establecen expresamente el principio de sucesión legal del empleador del sector público.

Una vez admitida la sucesión de empresas en el caso de la reversión de un servicio organizado para su gestión, dejando a salvo la concurrencia efectiva de los requisitos necesarios para la integración del supuesto de hecho de la normativa aplicable, el imperativo legal y la coherencia con la Directiva 2001/23/CE y el art. 44 del ET (y atendiendo al art. 7 del EBEP), obliga a aplicar el régimen jurídico laboral de garantías generales previstas en ese grupo normativo regulador que integra el Derecho social comunitario y el Derecho nacional; en definitiva en las mismas condiciones legales y convencionales que se venían aplicando en la empresa contratista o concesionaria en la cual prestaban servicios con adscripción a la actividad o servicio público objeto de contrata o concesión.

⁶¹ En este sentido Alfonso Mellado, C.: “La reversión a la gestión directiva de servicios públicos. Problemas laborales”, cit., pág. 40.

GESTIÓN PRIVADA DE LO PÚBLICO: ESTRUCTURA Y CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Negociación colectiva, contenidos, contratas y subcontratas, sector público, reversión de servicios público

En términos generales, es escaso el tratamiento en la negociación colectiva de la específica materia de las contratas, subcontratas y sucesión de empresas. Las insuficiencias al respecto se trasladan con mayor relevancia al ámbito de la negociación en la subcontratación y subrogación empresarial en el sector público, sin que se contemple, además, la especialidad de su problemática, en particular en el supuesto de creciente reflejo judicial de la reversión de la gestión de servicios a la Administración. El estudio aborda esta temática describiendo los límites jurisprudenciales y los problemas derivados de los límites de la legislación presupuestaria y de empleo público. Finalmente, el estudio se completa, en el plano de los contenidos de la negociación, con los efectos negativos de las previsiones de los convenios sectoriales sobre equiparación de condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas concesionarias con los empleados públicos de la Administración en el actual contexto legal de reducción de derechos económicos y laborales, cuyo tratamiento judicial dista de ser satisfactorio.

ABSTRACT

Key words: Collective bargaining, contents, contractors and subcontractors, public sector, reversal of services public

Treatment in collective bargaining for the specific matter of outsourcing (contracts and subcontracts) and succession of companies is, in general, insufficient. Shortfalls are transferred to the scope of bargaining in outsourcing and business subrogation in the public sector, without that it provides, in addition, the specialty of their problems. In particular, the growing course of the reversal of the management of services to the public administration. The study addresses this topic describing the jurisprudential limits and the limits of the budgetary legislation and public employment-related problems. Finally, the study was completed, at the level of the contents of the negotiation, with the negative effects of the provisions of the sectoral conventions on equal treatment in working conditions between workers of the companies with public employees in the Administration, in the current legal context of reduction of economic and labour rights, whose judicial treatment is far from being satisfactory.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS
3. EL RÉGIMEN CONVENCIONAL SOBRE SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS
4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE APLICACIÓN DE CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE SUBROGACIÓN A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
 - 4.1. La administración como tercero ajeno al convenio que impone la subrogación
 - 4.2. La reversión como supuesto ajeno a las previsiones de las cláusulas de subrogación
5. LA INEXISTENCIA DE UNA REGULACIÓN SINGULAR COMO CUESTIÓN DE FONDO EN LA INOPERANCIA DE LAS CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN
6. LA SUBROGACIÓN DESDE LOS ACUERDOS DE CONDICIONES DE TRABAJO EN LAS AA.PP.
7. LA PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE EQUIPARACIÓN SALARIAL DE LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS CONCESIONARIAS CON EL PERSONAL LABORAL DE LOS ENTES PÚBLICOS ADJUDICATARIOS
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la negociación colectiva en la temática objeto de comentario es complejo al sobreponer la problemática de los efectos de la descentralización productiva y de la subcontratación en el sector público.

Como se sabe la descentralización productiva implica procesos de segmentación de la negociación colectiva y de diversificación y degradación de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la descentralización¹. Un aspecto conocido de la negociación en los nuevos contextos de descentralización se refiere a la redefinición de ámbitos funcionales de convenios sectoriales o la creación de nuevos ámbitos (telemarketing, contact center), que facilite la cobertura sectorial a estas nuevas realidades. En estos procesos son importantes las características de la negociación, en particular el papel de la negociación sectorial en el establecimiento de reglas de articulación negocial, que pueden resultar efectivas en los supuestos típicos en los que las empresas implicadas se sitúan en el mismo ámbito funcional. Además, en estos casos, desde la perspectiva de los contenidos de la negociación, se revaloriza la negociación sectorial como vía para neutralizar la utilización de la subcontratación como medio de degradación de las condiciones laborales².

¹ Remito como estudios generales a Escudero Rodríguez, pág. 47 y sigs.; Soriano Cortés; Menéndez Calvo, pág. 263 y sigs.; Kahale Carrill; Cruz Villalón.

² En el ámbito de las concesiones administrativas conviene tener en cuenta que la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, otorga relevancia como criterios para la adjudicación de concesiones, el cumplimiento por los candidatos de las obligaciones laborales o sociales, incluyendo aquí las obligaciones fijadas en convenio colectivo. El artículo 18, apartado 2, de la directiva indica que “se podrán tomar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución

Pero el papel de la negociación cuenta con límites en los supuestos cada vez más frecuentes de segmentación convencional (con convenios de empresa y distintos convenios sectoriales en función de la actividad subcontratada), donde pueden darse problemas de concurrencia de convenios o de imposibilidad de imponer los contenidos normativos del convenio a empresas que escapen al ámbito funcional del convenio. El problema específico de la negociación en el ámbito de la subcontratación en el sector público radica en que afecta a entes públicos y empresas que se sitúan en ámbitos funcionales distintos, haciendo entrar en juego, además, regímenes jurídicos singulares donde se combinan normas laborales y administrativas.

En términos generales, lo llamativo es que, frente a la creciente relevancia de esta problemática, es escaso el tratamiento en la negociación colectiva de la específica materia de las contrata, subcontratas y sucesión de empresas³. En el terreno de las reglas convencionales sobre determinación de los ámbitos funcionales de los convenios y su articulación, las insuficiencias destacadas en los estudios doctrinales se trasladan con mayor relevancia al ámbito de la negociación en la subcontratación y subrogación empresarial en el sector público, sin que se contemple, además, la especialidad de su problemática. Vamos a describir este escenario no tanto en relación con el fenómeno conocido de la externalización de servicios por la Administración⁴, sino centrándonos en la problemática novedosa y de creciente reflejo judicial de la reversión de la gestión de servicios a la Administración en diversas actividades: parques y jardines, limpieza viaria, ayuda a domicilio, escuelas infantiles.

El estudio se completa, en el plano de los contenidos de la negociación, con los paradójicos efectos negativos de las previsiones de los convenios sectoriales sobre equiparación de condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas concesionarias con los empleados públicos de la Administración en el actual contexto legal de reducción de derechos económicos y laborales, cuyo tratamiento judicial dista de ser satisfactorio.

de los contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral”. Esta Directiva es por el momento más novedosa en lo que nos interesa que las previsiones del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Véase, Larrazabal, pág. 302 y sigs.

³ Soriano Cortés, pág. 309 y sigs.; Menendez Calvo, págs. 102 y sigs.; Salcedo Beltrán; Alvarez Del Cuillo, pág. 78 y sigs.; De Soto Rioja, págs. 661 y sigs.

⁴ Rodríguez Escanciano, 2011, pág. 214 y sigs.

2. REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS

A los fuertes procesos de externalización de la gestión de servicios por parte de las AAPP en los años 80 y 90 ha seguido en los últimos años un proceso inverso de reversión de servicios, en el marco de las exigencias legales desde 2012 de estabilidad presupuestaria y de reordenación y racionalización del sector público. El fenómeno de la reversión de la gestión de servicios públicos es más notorio en la Administración municipal (lo que se ha dado en llamar la “remunicipalización” de la gestión), apoyándose en factores como la necesidad de contención y reducción del gasto público⁵, el mayor coste público de los servicios privatizados y el deterioro en la calidad de los servicios externalizados. Además, este fenómeno está animado por una nueva voluntad política en los entes locales de recuperar la dirección, control y gestión de servicios públicos externalizados⁶.

La doctrina administrativista ha observado que hoy la reversión de la gestión de servicios públicos, y particularmente la “remunicipalización” de servicios públicos, a diferencia de otros procesos que acontecen de reestructuración de dichos servicios, en lo atinente a su impacto sobre el personal está carente de la más mínima regulación específica de carácter administrativo o de normas laborales de carácter especial⁷. Ello es igualmente predicable del papel de la negociación colectiva, cuya regulación resulta inadecuada o directamente inaplicable a la hipótesis de asunción directa por las entidades públicas de la gestión del servicio mediante la fórmula de la reversión.

El fenómeno de nuestro interés es el de la reversión de servicios prestados por empresas privadas (al margen por ello de los supuestos de empresas públicas concesionarias), para su gestión por la Administración pública (que en la experiencia práctica se centra en la administración autonómica y en la EE.LL.), directamente o a través de organismos autónomos, entidades públicas empresariales o sociedades públicas mercantiles.

Como se sabe, la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la adjudicataria saliente tiene lugar bien por aplicación del art.

⁵ El Plan de Ajuste de la Orden HAP/537/2012 recoge medidas que prevén la reversión de servicios, remunicipalizando el servicio público si económica y financieramente es posible (medida 7).

⁶ Castillo Blanco, págs. 72 y sigs.; Sande Perez-Bedmar, págs. 97 y sigs.; Revilla Esteve, pág. 87 y sigs.; CC.OO., Federación de Servicios a la Ciudadanía, 2012.

⁷ Castillo Blanco, pág. 95.

44 ET, bien porque así lo impongan la norma sectorial o el pliego de cláusulas administrativas particulares⁸.

Vamos a referirnos sintéticamente al primer supuesto, esto es, la subrogación legal conforme al art. 44 ET para centrarnos después en el supuesto de nuestro interés. Pues bien, en este caso es necesario que la contrata o concesión administrativa sea considerada una unidad productiva autónoma, para lo cual debe producirse la transmisión de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, porque no se considerarán en cuanto tales “salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación; de forma que en general en las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET (STS 16-10-2013, Rec. 1640/12).

No obstante, se estima la existencia de una sucesión ex art. 44 ET, aunque no haya habido transmisión de activos patrimoniales, si el nuevo empresario entrante no sólo continúa con la actividad de que se trate, sino que también se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores del anterior empresario, esto es, si tiene lugar una “sucesión de plantilla”, en sectores cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra⁹. Este segundo criterio es relevante en ciertas actividades como las de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos.

Sobre este esquema básico de partida, y sobre la premisa de que la jurisprudencia comunitaria viene considerando desde antiguo que las Administraciones Públicas quedan sometidas al régimen de la Directiva 2001/23/CE, con la excepción del art. 1.1 c) de la misma¹⁰, tanto la jurisprudencia del TJUE como

⁸ La jurisprudencia desde antiguo distingue la sucesión empresarial ex art. 44 ET y la subrogación en los contratos de trabajo “en aquellos casos en que la autonomía colectiva, en su ámbito de aplicación, establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad de la empresa, o en aquellos otros en que el pliego de condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista”. Véase, STS 29-2-2000, Rec. 4949/98, STS 11-7-2011, Rec. 2861/10, STS 24-7-2013, Rec. 3228/12, STS 9-2-2016, Rec. 400/14.

⁹ Para un balance de la jurisprudencia comunitaria y nacional: De Soto Rioja, págs. 633 y sigs.

¹⁰ El art. 1.1c) dispone que “la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva”.

nuestra jurisprudencia interna contemplan la posible aplicación del art. 44 ET a los supuestos de reversión de servicios públicos. En el ámbito comunitario son una referencia reciente las SSTJUE 20-01-2011 (asunto CLECE, SA, C- 463/09) y 26-11-2015 (Asunto Aira Pascual y otros, C-509/2014).

En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en el caso de autos un Ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (STJUE 29-7-2010, Asunto UGT FSP, C-151/09). En segundo lugar, no cabe excluir la aplicación de la directiva cuando el ente público rescata la gestión del servicio. La STJUE 26-11-2015, observa que “no cabe excluir que la Directiva 2001/23 sea aplicable a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato y explotar ella misma esa actividad con su propio personal”¹¹.

Este criterio es el mantenido también para las Administraciones Públicas por nuestra la jurisprudencia. En este sentido, se entiende aplicable el art. 44 ET a una reversión de un servicio público al Ente público desde una empresa concesionaria, porque la Administración acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa¹².

Por el contrario, el criterio jurisprudencial general es que es inaplicable el art. 44 ET cuando la empresa que venía gestionando un servicio propio mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir dicho servicio y realizarlo por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir

¹¹ Con anterioridad, la STJUE 20-01-2011 entiende aplicable la directiva a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza, contratando para ello nuevo personal.

¹² Ejemplos los tenemos en las SSTSJ Castilla y León 17-9-2015, Rec. 1280/15, 1-10-2015, Rec. 1341/15; 19-10-2015, Rec. 1342/15, 29-10-2015, Rec. 1726/15, en supuestos de reversión del servicio de explotación de piscinas municipales; STSJ Canarias 16-1-2009, Rec. 129/08; STSJ Andalucía 9-7-2014, Rec. 1123/14; STSJ País Vasco 2-2-2016, Rec. 2409/15, en un supuesto de servicio de limpieza viaria; SSTSJ País Vasco 21-7-2015, Rec. 1300/15; 2-2-2016, Rec. 2409/15; en supuestos de reversión de servicios de limpieza.

responsabilidad alguna a la principal (STS 19-5-2015, Rec. 358/14). Aunque como hemos comentado la STJUE 26-11-2015 matiza que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial de la plantilla del empresario anterior no es necesariamente excluyente de una transmisión de una entidad que mantiene su identidad, “en un sector como el del litigio principal, en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento”. Es decir, cuando la entidad económica viene dada por la infraestructura u organización básica para la explotación, éste será el dato decisivo a efectos del concepto legal de sucesión de empresas, al margen de que tenga o no lugar una transmisión de plantilla. El mero hecho de que la Administración rescate la gestión del servicio y decida prestarlo con personal propio no es excluyente de un supuesto de transmisión de empresa y de la obligación de asumir la plantilla de la concesionaria.

Este criterio se aplicable a la sucesión de empresas en contratas administrativas. Son abundantes los ejemplos de inaplicación del art. 44 ET respecto de reversión a la Administración de concesiones donde no se da la transmisión de elementos materiales, ni transmisión de plantilla, esencialmente referidos a la Administración municipal¹³.

En el ámbito de la sucesión *ex lege* de contratas o empresas concesionarias, conviene recordar que también el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011) (TRLCSPP) contiene previsiones específicas, como los arts. 85 y 120, pero centradas en el supuesto de sucesión de empresas concesionarias¹⁴.

¹³ Los encontramos en la STSJ Andalucía 8-10-2015, Rec. 1175/15; STSJ Andalucía 7-5-2014, Rec. 603/14; STSJ Madrid 2-6-2014, Rec. 102/14; STSJ Castilla La Mancha 20-10-2014, Rec. 601/14, respecto de un servicio de limpieza; STSJ Castilla La Mancha 27-6-2014, Rec. 524/13, respecto de un servicio de recogida de residuos.

¹⁴ Así, el art. 85 TRLCSPP prevé la sucesión de empresas contratistas, indicando que “en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato”. Por su parte, el art. 120 del mismo texto legal prevé obligaciones de información de la cesionaria saliente al órgano administrativo de contratación “en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”.

3. EL RÉGIMEN CONVENCIONAL SOBRE SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS

Como hemos anunciado la segunda posibilidad de subrogación, no siendo aplicable el régimen de sucesión de empresas del art. 44 ET, tiene lugar porque así lo imponen la norma sectorial o el pliego de condiciones. Es necesario constatar que uno de los problemas de partida, y que como vamos a ver se refleja en el alcance de las cláusulas de los convenios, es que ni el pliego de condiciones, ni la norma convencional han sido concebidos para la hipótesis de que las entidades públicas se hiciesen caso de la gestión directa del servicio mediante la fórmula de la reversión; el supuesto clásico ha sido el de subrogación de las sucesivas adjudicatarias de contratos públicos respecto de un mismo servicio. Sin embargo, los convenios colectivos de sector comienzan a reflejar un campo más amplio de este supuesto típico de subrogación.

Obviamente pensamos en sectores de actividad donde es relevante tradicionalmente la concesión de servicios públicos¹⁵. Nos hemos servido para nuestro estudio de los siguientes:

- I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales de 2013 (CCLEL).
- Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (2013-2019) (CCSP)
- Convenio colectivo estatal de jardinería para el periodo 2015-2016 (CCJ).
- III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios de 2014 (CCID)
- XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil de 2010 (CCCA).
- V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (2015-2017) (CCIC)
- V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (2015-2019) (V ALEH).
- XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil DE 2010 (CCEI).

¹⁵ Para un acercamiento general al tratamiento convencional de la sucesión de empresa: Menendez Calvo, págs. 178 y sigs.; Aragón Gómez; Rizzo Lorenzo.

Algunos convenios parten de la oportuna distinción entre el régimen de la sucesión del art. 44 y la subrogación prevista en el convenio. Con claridad lo indica el V ALEH, una de las regulaciones más completas, en su art. 57, que establece: “La absorción del personal entre quienes se sucedan mediante cualquier título en las actividades que se relacionan en el presente capítulo, se llevará a cabo en los términos y condiciones aquí indicadas, de acuerdo con lo siguiente: a) Cuando resulte de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, se estará al régimen y efectos que le son propios. b) Cuando el cambio de titularidad no se encuadre en el ámbito de aplicación citado del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, los efectos subrogatorios, en atención a las peculiares características de la actividad definida en el ámbito de aplicación, vendrán condicionados a los supuestos y reglas válidamente previstos en esta norma paccionada”¹⁶.

Por otro lado, en las reglas sobre estructura y articulación de competencias negociadoras entre los niveles de negociación, el convenio colectivo sectorial de ámbito estatal se reserva la regulación, con criterios de exclusividad, entre otras materias, de las normas sobre subrogación empresarial en el ámbito del sector (art. 10 CCLEL, art. 5 CCSP, art. 10.1 CCIC, art. 10.3 V ALEH). Es llamativo, no obstante, que algunos convenios estatales, a pesar de regular la materia con detalle, no contienen referencia a ella en las reglas de articulación y distribución de materias entre niveles de negociación (CCJ, art. 5; CCEI, art. 26). Este aspecto es relevante en la medida en que la reserva de regulación debería facilitar la articulación entre convenios sectoriales en actividades donde es frecuente la convivencia del convenio sectorial estatal con convenios provinciales que pueden o no contar con una regulación propia en la materia.

En un acercamiento general a la regulación de estos convenios se puede decir que su régimen se organiza sobre tres elementos: una garantía de la estabilidad en el empleo y las condiciones laborales del personal al servicio de quienes se sucedan en alguna de las actividades reguladas en el ámbito funcional del convenio; una delimitación amplia del término “contrata”, que se refiere a cualquier modalidad de contratación e identifica una actividad que pasa a ser desempeñada por una empresa, sociedad u organismo público; el establecimiento de un régimen de obligaciones de documentación para la empresa saliente.

¹⁶ Igualmente, el CCSP encabeza la regulación de la subrogación en el sector con su art. 49, que considera “de especial trascendencia” regular “la subrogación de personal, como figura diferenciada y distinguible de la sucesión empresarial, no ... establecida por vía legal, sino exigida a través de la negociación colectiva”.

Siguiendo este esquema normativo, los convenios colectivos de sector mencionados suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo: “los miembros de la plantilla de la entidad saliente pasarán a estar adscritos a la nueva entidad que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que viniesen disfrutando en aquella” (CCSP, art. 50.2). Esta previsión se subordina al cumplimiento de ciertos requisitos y obligaciones previstos en las normas sectoriales con un esquema normativo común. Por un lado, se establecen los requisitos que deben cumplir los trabajadores para beneficiarse de la subrogación convencional (en general: mínimo de antigüedad en la contrata –los cuatro últimos meses, como regla-, incluyendo al personal con suspensión de contrato y con derecho a reserva del puesto de trabajo, con contrato de interinidad en sustitución de los anteriores, personal de nuevo ingreso por exigencia de la empresa cliente, o que hayan sustituido a otros trabajadores en los meses de referencia para la antigüedad mínima).

Por otro lado, se establecen obligaciones documentales consistentes en la entrega por la empresa saliente de la documentación sobre el personal vinculado a la prestación del servicio con sus datos laborales y de Seguridad Social. Conviene recalcar la importancia de esta previsión normativa de los convenios sobre obligación de documentación a cargo de la empresa saliente. La jurisprudencia interpreta que, conforme a dicha norma, si ésta no hubiera cumplimentado de manera suficiente los deberes que le impone el convenio colectivo, no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante, “siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente”¹⁷.

El asunto que resulta de nuestro interés es el de la delimitación del supuesto de “contrata” a los efectos de determinar el ámbito de la subrogación prevista en los convenios. Ello se concreta, en primer lugar, vinculando dicha previsión

¹⁷ Esta consolidada doctrina jurisprudencial la refleja la STS 16-10-2013, Rec. 1640/12, en referencia a la obligación de la empresa contratista saliente de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante la entrega de la documentación pertinente, puntualizando que, “aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa”, ello no ocurrirá si se trata de «documentación imprescindible», como puede serlo la información sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de Seguridad Social. Con cita de las precedentes SSTs 11/03/03, Rec. 2252/02; y 28/07/03, Rec. 2618/02.

a los cambios de entidad prestataria del servicio en cualquier actividad de las reguladas en el ámbito funcional del convenio (CCSP art. 50.1, CCLEL, art. 17). En segundo lugar, los convenios se centran en delimitar conceptualmente la “contrata” y concretar el negocio jurídico que hace entrar en juego el mecanismo subrogatorio.

En términos generales hay una coincidencia en el concepto de contrata como “conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional” del convenio (CCSP art. 50.1). Aunque también los convenios proceden a una adaptación del concepto de contrata tomando en consideración las actividades donde, más que los elementos materiales, es central la prestación de servicios por los trabajadores¹⁸.

Respecto del negocio jurídico hay una coincidencia en remitirse a “cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, realizada por una determinada empresa, sociedad u organismo público” (CCSP art. 50.1). A diferencia de algunos convenios que se mantienen en el concepto clásico de contrata (como sucesión de empresas en la prestación de un servicio para la principal, mediante negocios de traspaso, transmisión, venta, arrendamiento o cesión: V ALEH, art. 59), la tendencia de los convenios sectoriales estatales es hacia una delimitación abierta de los negocios jurídicos que conllevan la subrogación, abarcando “cualquiera de las modalidades de gestión de servicios públicos, contratos o concesiones para la explotación de los mismos, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo”; previéndose que la subrogación se producirá “en todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga el cambio de entidades, personas físicas o jurídicas que llevan a cabo la actividad de que se trate” (CCSP art. 50.1; CCLEL art. 17; CCJ art. 43.1 A).).

La singularidad de los convenios que nos sirven de referencia es la introducción de negocios jurídico-públicos en el concepto de contrata y a efectos de la subrogación, en particular el supuesto de reversión de contratas a cualquier administración u organismo público (CCSP, art. 50.1; CCJ, art. 43.1; CCEI, art. 26.2). Nos sirve de ejemplo, el art. 25.I del CCID, que establece que “la absorción del personal será de obligado cumplimiento para las empresas, siempre

¹⁸ Así, el CCJ, art. 42.1 define el término contrata “como el conjunto de medios organizados (fundamentalmente mano de obra) con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional del Convenio, ya fuere esencial o accesoria, que mantiene su identidad con independencia del adjudicatario del servicio”. También el V ALEH, en su art. 60, puntualiza que su regulación “será de aplicación en todos los supuestos de sucesión o sustitución de empresas, en los que no exista, transmisión patrimonial”.

y cuando se de alguno de los siguientes supuestos: (...) b) Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión por parte del titular tanto público como privado de las instalaciones deportivas o del promotor de actividades socio-deportivas, de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento”.

Estos convenios cuentan con dos datos normativos relevantes a nuestros efectos. En primer lugar, como acabamos de ver, incluyen a las Administraciones Públicas en el ámbito funcional de sus convenios, imponiéndoles, por tanto, obligaciones de subrogación en caso de reversión de los servicios. En segundo lugar, a diferencia de las previsiones del art. 44 ET, en su interpretación jurisprudencial, estos convenios prevén que la subrogación se producirá incluso en el caso de que la Administración proceda a la reversión del servicio para prestarlo con empleados propios. Los convenios diferencian los supuestos de que sean con personal ya en plantilla o de nueva contratación para la prestación del servicio rescatado. Así, a modo de ejemplo, el art. 50.6 del CCSP dispone que “en caso de rescisión de la contrata por cualquier causa, de forma que pase a realizarse el servicio de forma directa con personal propio, sea o no de nueva contratación, el personal afectado de la empresa saliente que venía prestando el servicio tendrá derecho a ser subrogado por la entidad que realice el servicio”. Otros convenios limitan el alcance de esta previsión de subrogación al supuesto de rescate y prestación con empleados propios, pero de nueva contratación. Así, art. 43.1 D) CCJ: “En el caso de que el propósito del cliente, al rescindir el contrato de adjudicación del servicio, fuera el de realizarlo con personal propio pero de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores afectados de la empresa de jardinería hasta el momento prestadora de dicho servicio” (igualmente, art. 17.6 pár. 3º CCLEL).

Los problemas que plantean estas previsiones de los convenios sectoriales son de dos tipos. Por un lado, no prevén reglas para adaptar la previsión general de la subrogación al supuesto de reversión de la gestión de servicios públicos. Por otro lado, las escasas reglas de previsión de la subrogación para el supuesto de reversión del servicio encuentran dificultades para su aplicación, debido a que se han previsto dando la espalda a una jurisprudencia firme en este asunto.

4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE APLICACIÓN DE CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE SUBROGACIÓN A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los tribunales vienen rechazando como regla general la aplicación de las cláusulas convencionales de subrogación de los convenios sectoriales a las AA.PP.. Así, las SSTs 17-6-2011, Rec. 2855/10, 11-7-2011, Rec. 2861/10, y 26-

7-2012, Rec. 3627/11, revocan las de Suplicación de Castilla La Mancha por entender inaplicable el convenio estatal de limpieza viaria a la reversión de los servicios municipales de limpieza y recogida de basuras; las SSTS 19-5-2015, Rec. 358/14, y 21-4-2015, Rec. 91/14, estiman inaplicable el IV Acuerdo laboral de ámbito estatal de hostelería a los supuestos del servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid y al servicio de cafetería-restaurante de la Intervención General del Estado, respectivamente¹⁹.

Por tanto, podemos hablar de una jurisprudencia firme en los últimos años²⁰, que ha ido despejando la confusión sobre esta problemática (de lo que era reflejo la serie de pronunciamientos contradictorios de los primeros años de la década), pero que no parece del todo firme en algunos argumentos (la Administración como tercero ajeno al convenio que impone la subrogación) y que resulta insatisfactoria en otros (la reversión como supuesto ajeno a las previsiones de las cláusulas de subrogación).

4.1. La Administración como tercero ajeno al convenio que impone la subrogación

En un supuesto clásico hablamos de sucesión en la concesión de empresas contratistas de un mismo ámbito funcional, y por tanto vinculadas al convenio colectivo sectorial aplicable y a su cláusula de subrogación. Como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/09, de 26 de febrero de 2010, “Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes”: “La obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate. (...) La falta de previsión en los pliegos respecto de tal obligación

¹⁹ Constituyen aplicación de esta jurisprudencia la STSJ Asturias 26-9-2014, Rec. 1632/14: inaplicación del art. 25 del Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios a la reversión de la gestión de la piscina municipal; SSTSJ Castilla y León 3-10-2012, Rec. 1256/12, Castilla La Mancha 14-3-2013, Rec. 1/13, y 27-6-2014, Rec. 524/13, Andalucía 13-5-2015, Rec. 498/15: inaplicación del art. 49 del Convenio Colectivo Estatal de Limpieza Pública, Viaria, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado a la reversión del servicio de limpieza y recogida de basuras; STSJ Castilla La Mancha 20-10-2014, Rec. 601/14, respecto del art. 10 del Acuerdo Marco Estatal del sector de limpieza de edificios y locales; STSJ Canarias 23-7-2014, Rec. 566/2014, respecto del IV ALEH; STSJ Castilla La Mancha 8-3-2011, Rec. 1427/2008, sobre el Convenio de limpieza de edificios y locales (en el caso el art. 14 del convenio provincial de Toledo).

²⁰ SSTS 17-6-2011, Rec. 2855/10, 11-7-2011, Rec. 2861/10, 26-07-2012, Rec. 3627/11, 19-5-2015, Rec. 358/14, 17-9-2015, Rec. 1280/15.

no debe afectar en absoluto a su exigibilidad puesto que ésta deriva de una norma general aplicable a todos los que actúan en el sector”²¹.

La cuestión es que el planteamiento debe ser otro cuando nos referimos a una reversión de la gestión del servicio a la Administración. En estos casos, la jurisprudencia es constante al considerar que carece de eficacia frente a la Administración la cláusula de subrogación contenida en los convenios sectoriales, porque aquella no está incluida en el ámbito del convenio y tampoco ha participado en la negociación ni directamente, ni a través de representación. Tal como lo expone la STS 26-7-2012, Rec. 3627/11, la cuestión que se debate consiste en determinar si el Ayuntamiento debe asumir, por subrogación empresarial, el personal de la empresa que prestaba el servicio de limpieza viaria que le había sido contratado por dicho Ayuntamiento, una vez producida la reversión de dicho servicio, para ser prestado directamente por el ente municipal. Para el Alto Tribunal no es aplicable la subrogación del personal que regula el artículo 49 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria al Ayuntamiento, dado que el hecho de que el mismo asuma esta limpieza pública con sus propios medios, no convierte a la Entidad Local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública.

Aunque se trate de una competencia municipal conforme a la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, tampoco el hecho de que el Ayuntamiento asuma esta competencia con sus propios medios convierte a la entidad local en una empresa dedicada a esa actividad. Este argumento se apoya en la doctrina del TS, referida en concreto al sector de contratas de limpieza, que indica que “el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la “actividad de limpieza de edificios y locales” ajenos, ni le obliga a asumir trabajadores de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaban esa actividad, pues no le vinculan las previsiones del Convenio Colectivo del sector, y es libre, por tanto de contratar a los trabajadores que estime conveniente” (STS 10-12-2008, Rec. 2731/07). Estos criterios constituyen la aplicación de una doctrina jurisdiccional constante y más general que estima que el convenio colectivo no puede, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”²².

²¹ Tomo la referencia del Informe de Castillo Blanco, pág. 86.

²² Es una doctrina consolidada del TS que “el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que

Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica en los casos de reversión. Es necesario traer a colación otro filón jurisprudencial sobre la posibilidad de aplicar el convenio colectivo sectorial que rige la actividad del servicio público revertido en el caso excepcional de que el ente público no cuente con convenio propio. En este terreno se argumenta a partir de una jurisprudencia que, en atención a las singulares circunstancias concurrentes y para cubrir un vacío de regulación, estima posible que en el caso de ayuntamientos carentes de convenio propio se pueda aplicar al personal municipal el convenio sectorial de la actividad que los trabajadores venían realizando.

En el caso de las SSTS 7-10-04, Rec. 2182/03 (dictada en Pleno), y 1-06-05, Rec. 2474/04 (que reproduce la doctrina de la anterior), la cuestión se refiere a si un Ayuntamiento queda o no vinculado a efectos salariales por el VI y VII Convenio Colectivo de Ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, en tanto en cuanto regenta una guardería infantil a cuyo servicio emplea trabajadores asalariados. En ambos casos el Ayuntamiento sostiene la solución negativa, con base en que ni el Ayuntamiento estuvo representado como empresario en la gestación de ese Convenio ni podía legalmente estarlo. Frente a esta argumentación el TS sostiene que “el hecho de no poder formar parte de ninguna organización empresarial relacionada con sus actividades regidas por el Derecho Laboral no constituye obstáculo bastante para que el recurrente deba resultar vinculado por el convenio que nos ocupa”. Con base en el art. 82.3 ET se argumenta que la eficacia normativa de los convenios estatutarios “es una eficacia privilegiada, pues llegan a formar parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que obligan no solo a los negociadores y a los representados por ellos, sino a muchos trabajadores y empresarios que ni participaron en la negociación ni tampoco estaban representados por los negociadores”.

Para el TS cabían dos opciones. Conforme a la primera habría sido posible que el Ayuntamiento hubiera impulsado un convenio colectivo propio para regular las condiciones en las que se desarrollaría la relación laboral con todos sus trabajadores (abarcando así las distintas clases de actividad para las que este empleador necesitara contratar empleados en régimen laboral). Por tanto, no hay cuestión si la Administración tiene convenio propio²³.

sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio”. SSTS 28-10-1996, Rec. 566/96, 14 de marzo de 2005, Rec. 6/04, y 26 de abril de 2006, Rec. 38/04.

²³ STSJ Canarias 23-7-2014, Rec. 566/2014: la Administración autonómica cuenta con convenio propio que hace inaplicable el IV ALEH.

La segunda opción, descartada la primera, es que la relación laboral abordada en el caso quede sujeta al convenio sectorial en cuestión “que, con carácter general, resulta aplicable a todas y cada una de las empresas que se dedican a la misma actividad de Guardería Infantil en la que prestaba sus servicios la demandante de origen. Si así no fuera, se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo de los Ayuntamientos, y quebraría el principio de igualdad que consagra el art. 14 de la Constitución Española y también acoge el art. 17 del ET, resultando indebidamente perjudicados los trabajadores que prestaran servicios para el Ayuntamiento con respecto a los que los prestaran en la misma actividad para otra empresa en la que no concurriera la cualidad de Ente público”.

Considera el TS que en este segundo supuesto, cuando las actividades municipales sean diversas, “ciertamente puede resultar incómodo al Ente público empleador cumplir la normativa resultante de tantos convenios como actividades, pero este inconveniente puede fácilmente obviarse acudiendo a la solución, ya antes apuntada, de gestar un convenio colectivo propio o «de empresa», en el que se regulen las condiciones de trabajo de todos sus asalariados, solución ésta a la que acude un gran número de Ayuntamientos, tal como la experiencia revela”. Lo que no resulta admisible para el Alto Tribunal es que “el empleador decida prescindir de un convenio «de empresa», y a la vez pretenda no someterse a aquél o aquéllos convenios que regulen cada una de las actividades en cuyo desarrollo el empleador contrate trabajadores asalariados”.

Posterioros pronunciamientos en Suplicación se acogen a esta doctrina y concluyen que “careciendo las Corporaciones Locales de una actividad única o prevalente que permita determinar la aplicación de un concreto convenio colectivo, cuando no existe convenio colectivo propio que pueda regular todas y cada una de las actividades a las que atienden aquellas, en relación con el personal a su servicio para su desempeño, se opta por la solución ad hoc únicamente justificada para estos supuestos que permite realizar una aplicación “eclectica” de diversas normas convencionales para salvar el vacío de regulación existente en estos casos”²⁴. En algún supuesto, incluso, se aplica el convenio sectorial existiendo convenio propio del Ayuntamiento, porque éste excluye expresamente de su ámbito de aplicación a un colectivo específico (personal de las escuelas de educación infantil) (STSJ Asturias 22-2-2013, Rec. 85/13).

Esta jurisprudencia de la primera década del 2000 (concretamente las SSTs de 2004 y 2005, que acabo de comentar) plantea un singular problema de regulación

²⁴ SSTSJ Cataluña 17-1-2006, Rec. 8579/04 y 25-4-2007, Rec. 2017/06.

de condiciones de trabajo en las entidades locales, al situarlas en el ámbito de aplicación de cualquier convenio sectorial al que se pueda vincular el múltiple campo de actuación de las Corporaciones Locales, que se expone genéricamente en el artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. En lo que nos interesa, esta doctrina no parecía contemplar la problemática de los supuestos de reversión y las cláusulas de subrogación, y lo que parece claro es que entra en contradicción con la doctrina jurisdiccional que acabamos de exponer sobre la inaplicación del convenio sectorial basándose, como uno de sus argumentos fuertes, en que el convenio colectivo no puede, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.

Ahora bien, la STS 17-6-2011, Rec. 2855/10, que sintetiza esta jurisprudencia, parece corregir implícitamente la doctrina de las sentencias del TS de 2004 y 2005 sobre posible aplicación del convenio sectorial a un municipio sin convenio propio. En la STS de junio de 2011, la sentencia de suplicación del TSJ Castilla La Mancha revocada mantenía, entre otros argumentos, que “no consta que el Ayuntamiento tenga Convenio propio”, por lo que la aplicación del convenio estatal del sector debía imponerse a efectos de la cláusula de subrogación en consideración precisamente de la doctrina contenida en las SSTS de 2004 y 2005. Sin embargo, este argumento no será tenido en cuenta por la STS de junio de 2011 en un razonamiento jurídico que conducirá a revocar la sentencia de suplicación.

Precisamente la STSJ Extremadura 31-5-2012, Rec. 144/12, se hace eco en su argumentación de este sutil cambio doctrinal en el TS para rechazar la pretensión del trabajador del Ayuntamiento que reclama diferencias salariales por aplicación del convenio colectivo de industrias siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz, al no tener el Ayuntamiento convenio propio. La sentencia se apoya en la jurisprudencia sobre inaplicación de las cláusulas de subrogación de convenios sectoriales de actividad a las Administraciones Públicas con la argumentación expuesta²⁵.

²⁵ Esta línea argumental se reitera en las SSTSJ Extremadura 2-10-2012, Rec. 352/12, 22-1-2013, Rec. 555/12, y 21-5-2013, Rec. 120/2013. La STSJ Extremadura 2-10-2012, sin embargo, llega a un pronunciamiento favorable a la aplicación del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Cáceres y Provincia al trabajador del Ayuntamiento, porque en el supuesto las partes pactaron en el contrato la aplicación del convenio referido, además porque en el supuesto la Entidad local carece de convenio colectivo que regule las relaciones del personal a su servicio, y finalmente porque se interpreta que el pacto contractual no es lesivo de las previsiones sobre determinación de las cuantías y de los incrementos retributivos del art. 27 EBEP, en relación con el art. 21 del mismo cuerpo legal.

Por tanto, sin que la contradicción jurisprudencial quede resuelta expresamente puede afirmarse que el TS hace prevalecer en todo caso su doctrina de que frente a la Administración la cláusula de subrogación contenida en los convenios sectoriales es inaplicable por ser aquella un tercero en relación con el convenio sectorial de referencia.

Distinta podría ser la respuesta jurídica si se parte de que la Administración no puede considerarse un tercero ajeno al convenio. Con base en este argumento, la STSJ Andalucía 11-4-2012, Rec. 2508/11, interpreta que en la reversión del servicio público al Ayuntamiento es aplicable la cláusula de subrogación del Convenio Colectivo Estatal de Limpieza Pública, Viaria, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado. En el caso, la gestión indirecta del servicio público tiene lugar a través de una sociedad pública creada por una mancomunidad de municipios de la provincia de Huelva. Con posterioridad algunos de los municipios deciden rescatar el servicio y prestarlos directamente. La sociedad mercantil cuenta con un convenio propio que establece que se estará a lo dispuesto por el Convenio General para Limpieza Pública en lo referente a la cláusula de subrogación del personal en el caso de que alguno de los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad rescata el servicio, y estará obligado a asumir la cuota de trabajadores que le corresponda. Para la sentencia el Ayuntamiento afectado no puede sustraerse de la previsión del convenio colectivo de la sociedad, porque, sin perjuicio de ser suscrito entre la representación de la empresa y la de sus trabajadores, la empresa fue constituida por la Mancomunidad vinculando a cada uno de los Ayuntamientos que componían la Mancomunidad, por lo que se puede mantener que era empresario, ya que formaba parte de la mancomunidad propietaria de la empresa y no puede negarse que mancomunadamente se conformaba su voluntad. Argumenta la sentencia además que en caso de sostener que el Ayuntamiento era un tercero al convenio, tal convenio a ese respecto es de aplicación, no solo en atención a lo dispuesto a las exigencias de buena fe, por el art. 7.1 del Código Civil, sino porque el mismo nunca resultó impugnado, por quien pudo, ya que si el Ayuntamiento que formaba parte de la Mancomunidad, propietaria de la empresa, entendía que el convenio no le debía afectar, bien pudo acudir al cauce que le brinda el art. 163 de la LPL (lo que no deja de ser un argumento en contradicción con la jurisprudencia sobre la consideración de la Administración como tercero, en la que en ningún caso se exige a la misma la impugnación del convenio sectorial).

Esta última observación del TSJ de Andalucía nos lleva a otra consecuencia importante derivada de la tesis jurisprudencial de la consideración de la Administración como tercero ajeno al convenio sectorial que establece la cláusula

subrogatoria como contenido normativo. Al considerarse tercero ajeno al convenio queda abierta a la Administración la posibilidad de impugnar el convenio no sólo por incluirla ilegalmente en su ámbito normativo, como ocurre con las cláusulas de subrogación, sino por lesividad cuando la Administración entienda que el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista implica una afectación grave de sus intereses. Es el caso de la STSJ Extremadura 31-3-1992, Rec. 91/92, en un caso donde la empresa concesionaria formaliza una subida salarial conforme al convenio colectivo con sus trabajadores en el momento de denuncia por la Administración de la concesión. La variación salarial se sitúa por encima de la subida del IPC, alterando las condiciones de la prórroga de la concesión administrativa (subidas salariales limitadas a la subida del IPC) y obstaculizando con ese pacto colectivo la sucesión de contratistas al obligar a alterar los contenidos del pliego de condiciones en lo referente a las condiciones que deben ofrecer las empresas que concurran al concurso (que debe suponer asumir los costes salariales pactados a última hora en el convenio). Sin entrar en la existencia de lesión grave del interés de la Administración, la sentencia se apoya en la consideración de la misma como tercero que tiene legitimación para la impugnación del convenio, revocando la sentencia de instancia.

4.2. La reversión como supuesto ajeno a las previsiones de las cláusulas de subrogación

Un segundo argumento jurisprudencial para rechazar la aplicación de las cláusulas de subrogación consiste en interpretar que con el establecimiento de estas cláusulas convencionales los negociadores de los convenios sectoriales están pensando en las empresas contratistas del sector y no en las AA.PP.. Tradicionalmente estas cláusulas identifican el concepto de contrata con “cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad u organismo público” (art. 10 del Acuerdo marco estatal del sector de limpieza de edificios y locales de 2005 o art. 29 del Convenio General del sector de limpieza pública, viaria, etc. de 1996) que prevén la absorción del personal solamente entre las empresas que se sustituyan mediante “cualquiera de las modalidades de contratación, de gestión de servicios públicos o privados, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio Colectivo”. Para el TS es evidente que cuando los Ayuntamientos rescinden la adjudicación y asumen directamente la ejecución del servicio público, no actúan como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación, ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior.

Esta doctrina se deduce claramente, por ejemplo, de las cláusulas de los sucesivos Acuerdos Laborales Estatales del Sector de Hostelería (STS 26-7-2012, Rec. 3627/11). La STS 21-4-2015, Rec. 91/14, observa que “en realidad los negociadores del ALEH y del Convenio Colectivo en manera alguna pretendieron -como corresponde a la representatividad de sus negociadores- que las previsiones pactadas alcanzasen a las Administraciones Públicas contratantes, sino tan sólo a las empresas del sector, aunque en este caso cualquiera que fuese el ámbito -público o privado- en el que la contrata tuviese lugar”. Igualmente, la STSJ Castilla La Mancha 14-3-2013, Rec. 1/13, entiende que la reversión del servicio a la Administración o empresa “no constituye un supuesto de sucesión empresarial, ni tampoco de subrogación si se trata de un mecanismo convencional de continuidad de las relaciones laborales”.

Esta argumentación jurisprudencial, sin embargo, se debilita si observamos que los convenios sectoriales más recientes introducen, como hemos descrito, cambios en las cláusulas de subrogación a efectos de incluir este supuesto de subrogación. Nos ilustran los convenios de los sectores que acabamos de tomar como ejemplo. El art. 17 del I Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales suscrito en 2012 (que sustituye al Acuerdo marco estatal de 2005) indica que la contrata a la que se refiere la previsión de subrogación “engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad, o entidad de cualquier clase, siendo aplicable la subrogación aún en el supuesto de reversión de contratas a cualquiera de las administraciones públicas”. En la STSJ Castilla La Mancha 20-10-2014, Rec. 601/14, en un supuesto de reversión del servicio de limpieza por la diputación de Ciudad Real, se toma en consideración que el I Convenio Colectivo sectorial de limpieza, contempla expresamente la subrogación de las Administraciones Públicas aun en casos de reversión del servicio o actividad (art. 17), pero la sentencia entiende que no es de aplicación al supuesto porque no estaba en vigor a la fecha de la presunta subrogación por terminación de la contrata, siendo aplicable el anterior Acuerdo Marco Estatal del sector de limpieza de edificios y locales que prevé en el artículo 10, apartado 6, que este convenio “será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador/a”, obviando toda mención a la Administración Pública. Aunque en todo caso, se reitera en la Sentencia el argumento de que la cláusula del I Convenio carecería de cualquier eficacia frente a quien no está incluido en el ámbito del convenio y que tampoco ha participado en la negociación ni directamente, ni a través de representación.

Por su parte, el actual art. 50 del Convenio General del sector de limpieza pública, viaria, etc. suscrito en 2013 (que sustituye al convenio de 1996) establece que “el término contrata se refiere, con carácter genérico al conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional del presente Convenio, mediante cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, realizada por una determinada empresa, sociedad u organismo público, siendo aplicable la subrogación aún en el supuesto de reversión de contrata a cualquier administración u organismo público”.

Un claro ejemplo del cambio en la negociación colectiva lo encontramos en la modificación introducida en el XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil. En principio, el art. 2 refiere su ámbito funcional a “los Centros privados de Educación Infantil no integrados, Preescolar no integrados y Parvularios no integrados, cualesquiera que sea la nacionalidad de la Entidad titular, así como aquellos cuya entidad gestora tenga carácter privado”. Por su parte, el art. 26 en su apartado único disponía hasta su reforma de 2015 que “en lo relativo a la sucesión de empresas se estará a lo establecido en los artículos 42, 43 y 44, y concordantes, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Pues bien, en mayo de 2015 se aprueba una nueva redacción del artículo 26 del XI Convenio colectivo (BOE 19 junio 2015) para incluir los fenómenos de reversión. Su nuevo apartado 2º indica que “para las empresas privadas que gestionan centros de titularidad pública, en los supuestos en los que se produzca la adjudicación de la concesión a una nueva empresa, por finalización de la concesión y concurso posterior, rescate del servicio por la entidad titular o cualquier otra modificación en el sistema de gestión del servicio, se estará ante un supuesto de subrogación...”. Precisamente, en aplicación de esta modificación algunos ayuntamientos han aplicado la cláusula de subrogación en supuestos de reversión de escuelas infantiles, como el de Barcelona²⁶.

5. LA INEXISTENCIA DE UNA REGULACIÓN SINGULAR COMO CUESTIÓN DE FONDO EN LA INOPERANCIA DE LAS CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN

La cuestión de fondo en la aplicación de las cláusulas de subrogación contenidas en los convenios sectoriales es que no están contemplando que la subrogación de la plantilla adscrita al servicio tiene que darse en un marco normativo singular, sometido a específicos principios, reglas y limitaciones de contratación

²⁶ La web de la Federación de empleados de los Servicios Públicos de UGT da cuenta de la noticia: “La subrogación defendida por UGT da sus frutos”.

laboral, vinculantes para la Administración y los entes públicos empresariales, contenidas en el EBEP y aplicable a todas las entidades de derecho público (art. 2.1 EBEP; en el caso de la LBRL: art. 91)²⁷.

En términos generales, hay que contar también con las limitaciones sobre tasas de reposición e incremento del gasto establecidas en la legislación presupuestaria, en particular las previstas en la DA 15ª Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que afecta a todo el sector público, incluyendo también a las sociedades públicas mercantiles²⁸.

Este marco de regulación se plasma en la ejecución del plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012) mediante la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, que establece en su apartado Quinto que “en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo en ejecución de este Acuerdo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica. En cualquier caso, de la ejecución de las actuaciones autorizadas en este Acuerdo no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en las entidades afectadas”. En términos semejantes se expresa el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el del sector público estatal fundacional y empresarial y a la que se remite la DA 9ª de la Ley 15/2014²⁹.

Cabe puntualizar que la DA 15ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, refiriéndose a la contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales en 2016, matiza que las limitaciones y requisitos establecidos en dicha DA “no serán de aplicación cuando se trate de contratación de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que, respectivamente, esté incluida la correspondiente entidad pública empresarial o sociedad mercantil”. Además, añade en su párrafo 2º que “las sociedades mercantiles públicas y

²⁷ Un tratamiento diferente tiene el supuesto de sociedad pública empresarial que se rigen por el ordenamiento jurídico privado, aunque están vinculadas a ciertos principios rectores establecidos en materia de contratación por el EBEP (art. 55 en relación con la DA 1ª).

²⁸ Alfonso Mellado, págs. 29 y sigs.

²⁹ Remito a Castillo Blanco, págs. 74-75.

las entidades públicas empresariales que hayan tenido beneficios en dos de los últimos tres ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100 por ciento de su tasa de reposición”. Lo cual podría interpretarse como una vía de escape favorable a la subrogación de personal (de interpretarse que no estamos ante nuevas contrataciones) en supuestos de reversión de servicios a través de entes públicos empresariales.

Por otra parte, el artículo 85 LBRL impone la necesidad de justificar la opción entre gestión directa o indirecta en base a los criterios de eficiencia y sostenibilidad. El legislador estatal, y para los servicios de titularidad estatal, reitera los criterios expuestos (art. 86.2 de la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público). La opción por la gestión directa (con un medio propio) debe fundarse en una demostración de su mayor eficacia respecto a la contratación con un tercero privado, por lo que parece introducirse una especie de principio de subsidiariedad ³⁰.

Al margen de estos límites generales existen obstáculos legales específicos a la aplicación de estas cláusulas de subrogación, como es el art. 301.4 TRLCSP, para el que, en “la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”. Hay que tener en cuenta que esta norma no es oponible a la subrogación cuando ésta es consecuencia de la aplicación del supuesto legal del art. 44 ET. Como observa la STS 30-12-2013, Rec. 3633/2012, “no se debe pasar por alto que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaba el anterior en sus contratos de trabajo no es una innovación normativa, sino una aplicación de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores)”.

De la misma forma existen otras previsiones legales de subrogación de plantillas, tanto de la AGE como de las CC.AA., respecto de los procesos de reestructuración administrativa con supresión o fusión de entes u organismos públicos³¹. Por poner un ejemplo, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, prevé, en forma expresa, la subrogación en las relaciones laborales mantenidas por el personal de fundaciones que se integran en otros organismos públicos (art. 4). Aunque en estos supuestos de subrogación legal, su legalidad viene determinada porque el personal subrogado ya tenía la condición de empleado

³⁰ Tornos Mas, pág. 41 y sigs.

³¹ Castillo Blanco, págs. 76-78.

público, de forma que el proceso de reordenación del sector público no cambia su estatus jurídico (STS 30-12-2013, Rec.3633/2012).

Pero la interpretación de la jurisprudencia respecto de las cláusulas convencionales no es la misma que los supuestos de subrogación *ex lege*, porque “se oponen frontalmente a contundentes -e imperativas- previsiones legales”, debiendo prevalecer esta regla legal (el art. 301.4) sobre la convencional en base al principio de jerarquía normativa (STS 21-4-2015, Rec. 91/14). Dicho esto, también hay que contemplar que esta previsión del art. 301.4 TRLCSP tiene sus matices³².

Por una parte, hay que tener en cuenta que la norma se circunscribe a los contratos de servicios y no de gestión de servicios públicos (los supuestos que nos sirven de ejemplo a lo largo de este estudio abarcan ambas modalidades contractuales públicas). Por otro lado, la prohibición de “consolidación” no necesariamente es incompatible con la subrogación del personal laboral adscrito al servicio, dado que su incorporación a la Administración lo sería en su condición de trabajadores indefinido no fijo (presuponiendo que los trabajadores temporales vinculan la duración de su contrato a la vigencia de la contrata o concesión), llegándose en su caso a la cobertura reglamentaria de los puestos de trabajo o a la amortización de los puestos de trabajo vía art. 51 o 52 c) ³³. Este encaje jurídico es acogido en suplicación³⁴.

Una cuestión adicional radica en la determinación del convenio aplicable a los trabajadores vinculados al servicio revertido. Si la subrogación entra en juego ex art. 44 ET, resultarían aplicables sus previsiones del apartado 4º, de manera que será necesario que los trabajadores subrogados por la Administración sigan rigiéndose por el convenio sectorial de la actividad correspondiente hasta la fecha de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo, que será normalmente el convenio para el personal laboral

³² Véase, Alfonso Mellado, págs. 37 y sigs.; De La Puebla Pinilla, pág. 118 y sigs.

³³ Sande Perez-Bedmar, págs. 110 y sigs.

³⁴ STSJ Canarias 12-4-2010, Rec. 298/10) y STSJ Andalucía 13-5-2015, Rec. 498/15. Esta última entiende aplicable el art. 44 ET en un supuesto de reversión del servicio de limpieza y recogida de residuos, observando que “no puede ser óbice para esta extensión de responsabilidad el invocado art 91 de la LBRL que según alguno de los recurrentes e impugnantes impide el acceso al empleo público sufragado con presupuesto público si no es a través de los procedimientos de concurso reglamentarios tasados y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, o los límites de control presupuestario impuestos, pues ello implicaría también dejar sin efectividad por ejemplo la consolidada figura del trabajador indefinido no fijo, de sólida construcción jurisprudencial, también predicable respecto a los ayuntamientos”.

de la Administración subrogada, o llegarse a un pacto entre la Administración y los representantes de los empleados públicos laborales en la misma estableciendo la aplicación anticipada del convenio vigente de la Administración a aquellos trabajadores. Pero esto tiene lugar en el marco de las previsiones del art. 44 ET y del art. 3 párrafo 2º de la Directiva 2001/23³⁵. La cuestión es que al tratarse de una subrogación en aplicación de la cláusula convencional debe ser ésta la que prevea el marco convencional de aplicación en cada momento a estos casos singulares de reversión.

6. LA SUBROGACIÓN DESDE LOS ACUERDOS DE CONDICIONES DE TRABAJO EN LAS AA.PP.

Ya se ha indicado que, al margen de la vía del art. 44 ET, la subrogación podría operar cuando el propio pliego de condiciones así lo prevea. Como ya hemos comentado, haciendo referencia al Informe 58/09 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, el pliego no puede, en principio, establecer la obligación de subrogación *ex novo*, sino porque se dé el supuesto de hecho del art. 44 ET o lo imponga un convenio; en otro caso, no sería posible puesto que afecta a terceros (trabajadores de la empresa saliente), y excedería del ámbito administrativo y de la relación entre la Administración y el contratista³⁶. Por otra parte, en los últimos años las instrucciones sobre buenas prácticas en la gestión de contrataciones por parte de las AA.PP. recomiendan no incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios cláusulas de subrogación empresarial que puedan implicar compromisos sobre los empleados del adjudicatario de servicio³⁷.

Lo cierto es que el establecimiento de cláusulas de subrogación es práctica en los pliegos de condiciones en relación con el supuesto de sucesión de concesionarias en la prestación del servicio, bien por responder al supuesto legal del art. 44 ET o por imponerlo una cláusula convencional³⁸. De hecho, el art. 120 TRLCSP prevé en estos casos la inclusión en el pliego de condiciones de información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo. La cuestión es que estas previsiones no están pensadas para los supuestos de reversión del servicio.

³⁵ STSJ Canarias 12-4-2010, Rec. 298/10; STSJ Andalucía 9-6-2014, Rec. 1123/14.

³⁶ Castillo Blanco, págs. 87-88.

³⁷ La referencia está en las “Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones administrativas de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores”, dictadas por la Secretaría de Estado de Administraciones del MHAM de 28-12-2012.

³⁸ Rodríguez Escanciano, 2016, págs. 11 y sigs. del texto original.

Sin embargo, se abre paso una vía específica que se configura desde la negociación colectiva dentro de las AA.PP.. Tampoco aquí se está contemplando el caso estricto de la reversión de servicios externalizados, pero el supuesto podría hipotéticamente ser resuelto por esta vía. Así, por ejemplo, atendiendo a los procesos de reestructuraciones administrativas, el art. 12 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, prevé una cláusula de subrogación referida al personal laboral de la propia AGE afectado por procesos de reorganización administrativa³⁹.

Más interesantes son, en este sentido, los supuestos donde la negociación colectiva, bajo la cobertura del art. 36 EBEP, impone cláusulas de subrogación a incluir en los pliegos de condiciones, tanto para supuestos clásicos de contratos de gestión de servicios públicos con previsión de sucesivas adjudicaciones, como para el supuesto de relevancia más reciente de reversión de servicios a la Administración, al margen del convenio sectorial que resulte aplicable. Un ejemplo claro, aunque contemplando el supuesto de la sucesión de empresas concesionarias, lo tenemos en el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios y del personal laboral de las instituciones locales vascas, de 2006, que dedica el art. 171 a la “Subrogación de trabajadores y trabajadoras de empresas adjudicatarias”. En él se estipula que se garantizará en los pliegos de condiciones que en las sucesivas adjudicaciones de contratos públicos de servicios las empresas adjudicatarias se subrogarán en los trabajadores empleados, al margen de que exista previsión en el convenio de sector. (apartado 1º). Se añade en su apartado 2º condiciones de antigüedad de los trabajadores y colectivos excluidos de la subrogación.

La jurisdicción contencioso-administrativa otorga validez a tales cláusulas como contenido obligatorio de los pliegos de condiciones, llegando a anular las convocatorias y pliegos de condiciones aprobados por la Administración por contravenir las mismas. En el caso de la STS 30-4-2014, Rec. 1416/13, el debate gira en torno al alcance del art. 17 del Acuerdo regulador de Condiciones de Empleo de Personal de la Diputación Foral de Guipúzcoa para el período 2009-2011, que prevé en su apartado 1º: “A fin de hacer posible la estabilidad de la plantilla de personal, en los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos prestados por trabajadores o trabajadoras cuyo centro de trabajo sea un centro de

³⁹ Indica la norma que “Si durante la vigencia de este Convenio se produjera, por reestructuración administrativa, algún cambio en la dependencia orgánica de los actuales centros de trabajo, dicha modificación garantizará las relaciones jurídico-laborales con respeto a las diferentes condiciones individuales expresamente reconocidas al personal afectado”.

la Diputación Foral y respecto de los que exista previsión de sucesivas adjudicaciones, en el supuesto en que se produzca un cambio de empresa adjudicataria, se garantizará por parte de la nueva empresa, la subrogación de los trabajadores o trabajadoras -adscritos/as al contrato- existentes en el centro de trabajo o unidad productiva autónoma en el momento de cada adjudicación. La presente cláusula de subrogación deberá recogerse expresamente en la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que excepcionalmente se justifique su inaplicación". Sin embargo, la Diputación recurrente considera que dicho Acuerdo no puede regular las condiciones de empleo de terceros ajenos al ámbito de negociación como son los trabajadores e las empresas que celebran contratos administrativos con la Administración Pública.

La sentencia parte de la consideración de que "para que la Administración pudiese exonerarse de lo que pactó, debiera, en su caso, comenzar por haber declarado la lesividad del acto unilateral por el que aprobó, después de pactado el convenio regular, e impugnarlo a continuación ante este orden jurisdiccional contencioso-administrativo; lo que no hizo". La sentencia considera "excesivamente reduccionista" el posible contenido de la negociación, y en relación con el argumento de que "el pacto en cuestión se refiere a condiciones de empleo de terceros ajenos a la negociación", la sentencia argumenta que "hay que partir así de la base de que, vencido un contrato de adjudicación de un servicio público del que es titular la Administración, dicho servicio revierte jurídicamente en la Administración, con lo que operará respecto de ella la obligación legal de subrogarse en los contratos de los trabajadores empleados por la adjudicataria en el servicio. Sobre esa base, cuando en un posterior contrato de adjudicación del mismo servicio establece la cláusula de subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo de los trabajadores que el adjudicatario anterior tuvo empleado en el servicio, como establece el apartado 17 del Acuerdo regulador, no puede decirse en rigor que la Administración sea un tercero ajeno a esos contratos, sino que está directamente concernida en la posición del empleador en el mecanismo de la subrogación".

Y concluye que "la idea de «terceros ajenos al ámbito de la negociación», sobre la que asienta el planteamiento de la recurrente, no resulta por tanto correcta". De este modo "la interpretación sistemática de los art. 44 LET, 104 Ley 30/2007 y 37.1 de la Ley 7/2007, debe llevar a la conclusión de que un pacto como el que aquí se cuestiona tiene plena cabida en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas; por lo que no es aceptable que el tan citado apartado 17 del Acuerdo regulador infrinja los preceptos de la Ley 7/2007 que en el motivo se aduce".

También las SSTSJ País Vasco C-A 11-3-2014, Rec. 1088/2011, y 26-10-2015, Rec. 337/14, anulan la Convocatoria y Pliegos objeto de recurso por no respetar el Acuerdo regulador de las Condiciones de Empleo del Personal de la Diputación Foral de Gipuzkoa para el período 2.009-2.011. La primera de las citadas concluye que “dado que el referido Acuerdo regulador impone a la Diputación Foral que lo aprueba y promulga, que la cláusula de subrogación se recoja “expresamente en la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que excepcionalmente se justifique su inaplicación”, el siguiente paso consiste en constatar que, en efecto, el apartado 8 del pliego de condiciones administrativas particulares, (folios 77-78 del expediente), acoge una versión inferior y limitada de dicha cláusula, (a la que ni siquiera cita ni toma como referencia), que no satisface el estándar del reiterado artículo 17, y del que conceptual y objetivamente se aparta sin aportar esa “excepcional justificación”, que, como se sostiene en fase de Conclusiones por la recurrente, no puede consistir en la simple discrecional y unilateral variación de su contenido por la Administración convocante del procedimiento concurrencial”.

Quizá esta vía de los acuerdos de condiciones de trabajo en las Administraciones como vía de fijación de cláusulas convencionales de subrogación, como digo, puede ser una forma de eludir el principal reproche jurisprudencial de la consideración de la Administración como tercero ajeno al convenio, pero en todo caso su introducción debería igualmente contemplar los problemas derivados de los límites de la legislación presupuestaria y del EBEP sobre contratación laboral, que ya hemos apuntado.

7. LA PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE EQUIPARACIÓN SALARIAL DE LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS CONCESIONARIAS CON EL PERSONAL LABORAL DE LOS ENTES PÚBLICOS ADJUDICATARIOS

Un tema final controvertido se refiere a la problemática de las empresas adjudicatarias de los servicios de limpieza de centros hospitalarios dependientes de gobiernos autónomos, cuyos convenios colectivos relacionan las retribuciones de sus trabajadores con las del personal funcionario, estatutario o laboral de esos mismos centros. La cuestión que se ha suscitado es si las retribuciones de los trabajadores de las empresas concesionarias pueden ser revisadas a la baja con ocasión de las reducciones salariales de los empleados públicos por el ajuste salarial del 5% aprobado por el Gobierno por el Decreto-Ley 8/2010 de 20 de mayo.

Los procesos de conflicto colectivo cuentan todos con un mismo perfil: las empresas tienen como objeto social, entre otros, la limpieza de edificios privados

y públicos, y su personal laboral, que presta servicios en centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud autonómico, percibe la misma retribución que el personal laboral de dicho Organismo con la misma categoría y con las mismas funciones. Las empresas concesionarias, en aplicación del convenio colectivo, donde se contiene una cláusula de equiparación salarial, proceden a imponer a su personal que trabaja en los centros sanitarios la misma reducción que la CC.AA. impone a sus empleados laborales en los centros sanitarios. En todos los supuestos se parte de que el RD-L 8/2010 no resulta directamente aplicable porque afecta sólo al personal de la Administración, del que no forman parte los trabajadores de las concesionarias, radicando el problema en el alcance de la cláusula convencional aplicable a éstas.

Contamos con dos sentencias del TS en el asunto, con matices diferenciados. En la STS 20-7-2012, Rec. 196/11, la cuestión se examina a partir del art. 2.2 del convenio colectivo del sector de «Limpieza de Centros Sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de la Salud» de la Comunidad Autónoma de Aragón, que establece que “Cualquier pacto alcanzado en materia salarial, así como cualquier modificación relativa a jornada y vacaciones entre los representantes de los sindicatos y la DGA en la Mesa General de la Función Pública o en la Mesa Sectorial de Sanidad de la CCAA que afecta al personal estatutario de la misma categoría o similar, se aplicará al personal recogido en el ámbito funcional del presente Convenio Colectivo en el plazo no superior de un mes a contar desde la firma del Acuerdo.”.

La sentencia considera que del tenor literal de las normas del convenio colectivo se desprende que la extensión al personal laboral de las condiciones salariales reconocidas al personal estatutario “es sólo de las logradas en virtud de “pacto”, cual corrobora el hecho de entren en vigor a partir “de un mes a contar desde la firma del Acuerdo””. De esta manera concluye, “Como la reducción salarial fue impuesta por Ley, no por acuerdo, a funcionarios públicos, personal estatutario y personal laboral de ciertas empresas públicas, no cabe aplicar el recorte al personal laboral de empresas privadas”. En esta sentencia, por tanto, es relevante que la norma convencional se remite a los salarios “pactados” para los empleados públicos.

En esta sentencia el TS admite que, en la interpretación de este tipo de cláusulas convencionales de equiparación salarial, cabe entender posible “la transposición de las mejoras y también de las posibles reducciones de derechos”. Pero también debe ser subrayado que, para el TS, es importante el espíritu de este tipo de norma convencional, que es el de “ampliar las conquistas salariales del personal estatutario al personal laboral, máxime cuando en aquél momento

no era imaginable una crisis financiera que obligara a recortes salariales de los empleados de la función pública”.

Por su parte, la STS 17-7-2012, Rec. 36/11, se construye esencialmente sobre una interpretación literal de la cláusula, amparando la tesis de la equivalencia del concepto de equiparación salarial a equiparación absoluta respecto a la retribución de los trabajadores de la empresa concesionaria. La cuestión gira en torno al artículo 30 del Convenio Colectivo para las empresas de limpieza de Edificios y locales de Asturias, que dispone: “Equiparación salarial de los trabajadores adscritos a los servicios de limpieza de los centros sanitarios dependientes de la Seguridad Social. Las empresas concesionarias de las contratas para la limpieza de los Centros Sanitarios dependientes de la Seguridad Social; abonaran a los trabajadores adscritos a dichos servicios, la diferencia existente, en cada momento, entre el salario anual fijado por este Convenio y las retribuciones aprobadas oficialmente para el personal de igual categoría de la plantilla de la Seguridad Social, para el mismo periodo de tiempo”.

En el supuesto, el Acuerdo de 21 de julio de 2010 del Principado de Asturias, dictado en aplicación del RD Ley 8/2010, procedió a reducir las retribuciones del personal que presta servicios en régimen laboral en Instituciones Sanitarias del SESPA en un 5% de las retribuciones mensuales como media. La empresa concesionaria, a partir de septiembre de 2010, procede a reducir las retribuciones de su personal en aplicación del artículo 30 del Convenio Colectivo.

La Sentencia estima que no hay modificación de condiciones salariales irregular por parte de la empresa, porque “no ha quedado acreditado por los recurrentes que esta reducción suponga que van a percibir un salario inferior al que percibe, tras la reducción del 5%, el personal laboral de la misma categoría que presta servicios en Instituciones Sanitarias del SESPA, ni que vayan a percibir cantidad inferior a la fijada en el Convenio Colectivo aplicable, teniendo en cuenta la interpretación que ha de darse al artículo 30”.

La doctrina de suplicación muestra caminos divergentes. Las diferencias interpretativas se amparan en diferencias muy sutiles, a veces apoyadas en el cambio de un término. Las consecuencias son relevantes, como comprobamos en que justifica la inadmisión o desestimación del recurso de unificación de doctrina esencialmente por la diferencia en el redactado de las cláusulas convencionales, lo que produce “una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción”⁴⁰.

⁴⁰ STS 12-12-2013 Rec. 167/13; AATS 10-3-2015, Rec. 2538/14, 16-9-2015, Rec. 2825/13.

Por una parte, tenemos la tesis del rechazo de una interpretación del convenio en términos que legitime una equiparación salarial a la baja. Es el caso de la STSJ Madrid 24-9-2012, rec. 4228/12, que tiene como norma de referencia el art. 24 del convenio colectivo de la empresa Valoriza, para los trabajadores de limpieza del centro Hospital Universitario Príncipe de Asturias, que indica: “Los trabajadores afectados por este convenio percibirán su retribución en igual cuantía bruta anual dividida en catorce pagas que los trabajadores del Grupo E - Nivel 13 del IMSALUD”. A partir de la reducción salarial impuesta legalmente al personal laboral de la CAM, la empresa procede a imponer a sus trabajadores una reducción equivalente en aplicación de la norma del convenio.

La empresa recurre la decisión contraria a sus intereses del Juzgado por estimar que la redacción del precepto colectivo “es clara y no admite ninguna duda interpretativa, en el sentido de que la voluntad de las partes es y ha sido en todo momento la equiparación retributiva del personal a su servicio con la del personal laboral de la CAM”. Sin embargo, el TSJ de Madrid rechaza su pretensión en base a dos consideraciones. La primera es que la interpretación literal no debe ofrecer ningún género de dudas, es decir, debe ser inequívoca. Así, observa la sentencia que del tenor literal de la norma del convenio “no cabe desprender, sin lugar a duda, y de forma inequívoca, que lo pretendido por ambas partes fuese modificar, también a la baja, las retribuciones del personal afectado por el convenio”.

Por otro lado, la sentencia atiende al espíritu de la norma, que conduciría a rechazar esta hipótesis. Es interesante resaltar que la sentencia trae en su apoyo, aunque el supuesto no es idéntico, y a efectos meramente interpretativos, los criterios jurisprudenciales sobre las cláusulas de revisión de los convenios, referidas a las variaciones habidas del IPC. Conforme a esta jurisprudencia “para que se produjera el efecto de revisión a la baja, sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión (...). Pero pasar de una cláusula de revisión solo al alza a otra de doble dirección y mucho más desfavorable para los trabajadores habría exigido una redacción mucho mas clara y contundente”⁴¹.

En el caso de la STSJ Galicia 19-11-2012, Rec. 4389/12, el conflicto gira en torno al art. 4º del Convenio colectivo del sector de la limpieza del Complejo Hospitalario de Pontevedra, que bajo el título de “equiparación”, dispone: “Los trabajadores afectados por este convenio tendrán una equiparación a las categorías equivalentes del personal no sanitario, grupo E y D, del SERGAS, o grupos que

⁴¹ En el mismo sentido, STSJ Madrid 8-4-2013, Rec. 773/13.

los sustituyan en el Complejo Hospitalario de Pontevedra, y toda mejora que repercuta en este personal será de inmediata aplicación a los trabajadores que se rigen por este convenio”. El TSJ interpreta que “lo que se pacta es la equiparación con el personal del Sergas, de forma que se les aplique toda mejora que se produzca, y por mejora ha de entenderse cualquier situación que establezca una condición en la prestación de servicios más favorable que la anterior, pero no cabe deducir que las que reduzcan aquellas condiciones sean igualmente aplicables de forma automática”. De manera que la cláusula de equiparación salarial hay que interpretarla como “una garantía de mínimos con el citado personal, pero sin que ello impida incluso condiciones superiores”; es decir, el art. 4º del convenio “no lleva a cabo una equiparación absoluta de los trabajadores afectados por el conflicto, en más o en menos, con el personal del Sergas”.

La tesis contraria es defendida por otro bloque de sentencias de suplicación⁴². Y es oportuno comenzar refiriéndonos a la STSJ Galicia 30-5-2014, Rec. 986/14, porque se formula contraponiendo la redacción de la cláusula del convenio que se cuestiona en la sentencia con la de la STSJ Galicia 19-11-2012 que acabamos de comentar. Se trata de cláusulas aplicables al mismo colectivo de trabajadores adscritos a los centros de trabajo del complejo hospitalario de Pontevedra, pero con distintas concesionarias.

Pues bien, el art 7 del Convenio Colectivo de los Trabajadores del Hospital Provincial de Pontevedra, adscritos a la empresa Mediterránea de Catering, S.L 2011-2012, dice: “los/las trabajadores afectados por este Convenio quedan equiparados/as al personal estatutario del SERGAS (grupo C1, C2, agrupación de profesionales)”. De esta manera a partir de esta equiparación, toda modificación que repercuta en el personal estatutario del Sergas se aplicará de igual forma a los trabajadores afectados por este convenio”. La sentencia de instancia considera que es evidente que lo que trataron de buscar las partes con la cláusula de equiparación fue una mejora en los derechos reconocidos y rechaza la interpretación de la parte empresarial, esto es, que esa equiparación lo es tanto al alza como a la baja. El TSJ estima la pretensión empresarial. Considera la sentencia de suplicación que, mientras en el convenio de la STSJ Galicia 19-11-2012 se habla de equiparación y "mejora" en su caso, en ésta el convenio habla de equiparación y "modificación" en su caso. Y este término no puede circunscribirse a la "mejora".

Quiero llamar la atención de que el convenio colectivo 2014-2015, ha modificado la redacción de la norma aclarando ahora: "art. 7 Equiparación ..De

⁴² A parte de las que se pasa a comentar, STSJ Madrid 29-7-2013, Rec. 1585/13; STSJ Madrid 9-6-2014, Rec. 320/14; SSTSJ Galicia 22-1-2015, Rec. 3235/14, y 26-1-2015, Rec. 2947/14.

esta manera a partir de esta equiparación, toda modificación *en cualquier sentido* que repercuta en el personal estatutario del Sergas se aplicará de igual forma a los trabajadores afectados por este convenio” (cursiva nuestra). La aclaración permite deducir que la interpretación de la cláusula del convenio anterior no era evidente.

También admite la pretensión de la parte empresarial la STSJ Madrid 6-5-2013, Rec. 1274/13, en una normativa convencional semejante a la comentada (arts. 9 y 26 del Convenio Colectivo de los Trabajadores de Limpieza del Hospital Clínico San Carlos, de Madrid). El art. 9 prevé que “todos los trabajadores tendrán la misma subida salarial que los trabajadores del Instituto Nacional de Seguridad Social, pertenecientes al Grupo E, Nivel 14 (según lo dispuesto en el artículo 26 del presente Convenio)”. Y el artículo 26 del Convenio establece: “A) La empresa retribuirá a los trabajadores afectados por este Convenio, en igual cuantía bruta anual que lo que perciban los trabajadores del Insalud, Grupo E, nivel 14 (celador con atención directa), en la forma establecida en el artículo 9 del presente Convenio.... B) La empresa se compromete a aplicar de forma automática los aumentos o mejoras económicas y sociales que sean concedidas a los trabajadores del Insalud, grupo E, nivel 14, en la misma fecha que éstas les sean concedidas”.

De ello, la sentencia deduce dos conclusiones: “la equiparación total entre limpiador-celador de atención directa, y la segunda es que aun no recogido expresamente se pacta que todos los aumentos (y por ende disminuciones) de retribución también le resultarán de aplicación”. Es llamativo que en el convenio se habla de equiparación y “subida salarial”; probablemente si seguimos la argumentación de la STSJ Galicia 30-5-2014, Rec. 986/14, que acabamos de comentar, la conclusión sería la inversa (en los términos de la STSJ Galicia 19-11-2012, Rec. 4389/12).

Como vemos las claras discrepancias en suplicación tienen su apoyo en los criterios interpretativos de las cláusulas convencionales. La STS 20-7-2012, Rec. 196/11, que hemos comentado al inicio, subraya que en la solución de esta problemática hay que estar a la jurisprudencia sobre interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, donde “debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes cuyo criterio -por objetivo- ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”.

Las sentencias que amparan la pretensión empresarial de reducciones salariales lo hacen argumentando formalmente la necesidad de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes. Aunque en última instancia se acogen al criterio de que si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los pactantes habrá de estarse al sentido literal de las cláusulas, conforme al artículo 1281 Código Civil. Como se observa en la STSJ Galicia 22-1-2015, Rec. 3235/14, las normas del convenio hablan de “una equiparación salarial” y “si ésta lo es para los incrementos, también lo debe ser en una situación -como la presente- para las disminuciones”; el TSJ deduce de la norma convencional “la voluntad de los negociadores -sin precisar acudir a otros parámetros hermenéuticos- que la equiparación salarial al personal del Sergas es para todos los efectos, positivos y negativos, y al cuadro retributivo; por lo que alterado ése, automáticamente y sin necesidad de ninguna actividad adicional ha de repercutir sobre el de los trabajadores” de la concesionaria.

Sin embargo también es doctrina jurisprudencial que “la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo” (ATS 10-3-2015, Rec. 2538/14). Recordemos, por otra parte, la jurisprudencia sobre la interpretación que debe darse a las cláusulas de revisión salarial (STS 21-2-2012, Rec. 855/11): “la escueta literalidad del precepto y la realidad social contemplada por los firmantes del convenio -en que para los negociadores era absolutamente impensable que se llegase a la situación de crisis actual (...) - no es lógico entender que su intención fuese establecer una posible revisión a la baja (...). Lo lógico es entender que la previsión de revisión se pactó solamente al alza, demostrativa solamente de la intención de que en ningún momento los trabajadores percibieran una cuantía inferior a la resultante, en el caso de autos, de la mencionada equiparación retributiva”.

De hecho las sentencias de suplicación contrarias a las reducciones salariales con base en el convenio argumentan a partir del espíritu de la norma, que no contemplaba la excepcional bajada de salarios de los empleados públicos impuesta legalmente (como confirma el cambio posterior en la redacción de los convenios, recogiendo expresamente esta posibilidad de bajada de salarios), y de una interpretación sistemática (por ejemplo, porque junto a la equiparación salarial se regula la subida o mejora de salarios). Y frente a las dudas que permite

albergar la aplicación de estos criterios, una interpretación literal sólo puede imponerse si no ofrece ningún género de dudas en cuanto a la voluntad de las partes, es decir, en palabras del TS, para que pueda imponerse “sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto”.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alfonso Mellado, C.L.: *“La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público”*, Revista de Derecho Social, núm. 73, 2016.
- Álvarez del Cuvillo, A., *“Las condiciones de trabajo en las empresas auxiliares”*, en *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Ricardo Escudero (Coord.), Tirant lo Blanch/Comisiones Obreras, 2006.
- Aragón Gómez, C., *“Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”*, en Relaciones laborales, Tomo II, 2006.
- Castillo Blanco, F.A., *“Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”*, en *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, febr-mar 2016, núm. 58-59.
- CC.OO., Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO., Informe encargado por la federación sindical europea de los servicios públicos a la unidad de investigación internacional de servicios públicos de la universidad de Greenwich (psiru) mayo 2012.
- Cruz Villalón, J (Coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, 2015.
- De la Puebla Pinilla, A., *“Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos”*, en *Trabajo y Derecho*, núm. 17, 2016.
- De Soto Rioja, *“Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”*, en Cruz Villalón, J (Coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, 2015.
- Escudero Rodríguez, R., *“Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”*, en *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2002.
- Kahale Carrillo, D.T., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre contratación externa de actividades descentralizadas*, Aranzadi, 2011.

- Larrazabal Astigarraga, E., “*La influencia de la nueva regulación sobre contratación pública en materia de cláusulas sociales*”, en RGDTS, núm. 42, 2016.
- Menéndez Calvo, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, CES, 2009.
- Rizzo Lorenzo, G. “*La subrogación convencional en los convenios colectivos estatales de los sectores más representativos: análisis transversal de algunos parámetros especialmente significativos*”, en *Información Laboral*, núm. 5, 2015 (Aranzadi, BIB 2015/1868).
- Revilla Esteve, E.: “*Problemas actuales del régimen de personal en contratas de obras y servicios de las Administraciones Públicas*”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016,
- Rodríguez Escanciano, S., “*Externalización y empleo público en régimen laboral*”, en *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Luis Ortega Alvarez, (dir.), Instituto Nacional de Administración Pública, 2011.
- Rodríguez Escanciano, S., *Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos*. Texto original, Santiago de Compostela, 16 de junio de 2016.
- Salcedo Beltrán, M.C.: *La regulación legal y convencional de la subrogación de contratas*, Bomarzo, 2005.
- Sande Pérez-Bedmar, M. de: “*La prestación de servicios públicos por las Administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas*”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016.
- Soriano Cortés, D., *Las contratas en el derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, 2007.
- Tornos Mas, J., “*La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*”, *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, febr-mar 2016, núm. 58-59.

GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA SALARIAL

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Administración pública, descentralización, responsabilidad salarial, extensión

La contratación por las administraciones públicas con sujetos privados no es solo una fórmula organizativa que permite a éstas prestar servicios de una forma más ágil, eficiente y eficaz, sino que tiene un componente económico y político muy complejo. El punto de partida de este trabajo ha sido el estudio, en términos más generales, de la extensión de la garantía salarial de los trabajadores insertos en fenómenos de descentralización productiva empresarial, su significado y posibilidades de mejora y reforma. En estos casos, lo relevante ha sido siempre determinar cuando estamos ante una situación de subcontratación de la propia actividad, teniendo en cuenta los complejos matices y la amplitud de lo que constituye "propia actividad" para una administración encargada de la prestación de un determinado servicio público. Los casos recientes aclaran una importante cuestión: la aplicación del sistema de responsabilidad salarial previsto por el art. 42 ET no se ve obstaculizado por la encomienda de la Administración a una empresa pública de la gestión de un servicio de su competencia. Del mismo modo destaca también la extensión de esta garantía en los casos de un empresario plural, extendida por la jurisprudencia a los supuestos lícitos de colaboración en el marco del sector público, en los que la negación de un fenómeno de cesión ilegal no impide afirmar la existencia de una posición plural (ex art. 1.2 ET).

ABSTRACT

Key words: Public administration, decentralization, wage responsibility, extension

Procurement by public administrations with private subjects is not only an organizational formula that allows these services in a more agile, efficient and effective way, but it has a very complex economic and political component. The starting point of this work has been the study, in more general terms, of the extension of the wage guarantee of workers inserts in phenomena of business productive decentralization, its meaning and potential for improvement and reform. In these cases, the relevant has been always determine when we are faced with a situation of subcontracting of the activity, taking into account the complex nuances and the breadth of what constitutes "own activity" for an administration responsible for the provision of a public service. The recent cases cleared up an important issue: the application of wage responsibility system provided by article 42 ET is not hampered by the entrustment of Administration to a public company from the management of a service of your competition. In the same way also highlights the extent of this warranty in cases of a plural businessman, extended by case law to legitimate cases of collaboration within the framework of the public sector, in which the denial of a phenomenon of illegal transfer does not affirm the existence of a plural position (ex art. 1.2 ET).

ÍNDICE

1. EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
2. GARANTÍA SALARIAL DE LOS TRABAJADORES ANTE LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA EMPRESARIAL
 - 2.1. Garantía salarial en la subcontratación de obras y servicios
 - 2.2. Garantía salarial en los casos de cesión de trabajadores ex art. 43ET
3. GARANTÍA SALARIAL EN LOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
 - 3.1. Subcontratación por la Administración Pública
 - 3.2. Subcontratación de la “propia actividad” de la Administración Pública
 - 3.3. Especial referencia a los supuestos de contratación en cadena, en el ámbito público
 - 3.4. Alcance sustantivo y temporal de la garantía salarial de los trabajadores en casos de contratación y subcontratación
4. GARANTÍA SALARIAL EN LOS CASOS DE CESIÓN DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO
 - 4.1. Garantía salarial en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores
 - 4.2. Garantía salarial en los supuestos de cesión de trabajadores y colaboración en el sector público

1. EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Las administraciones públicas no han sido ajenas a la dinámica de extensión del fenómeno de la descentralización productiva acontecido en el ámbito de la economía privada. Como es bien sabido, en las últimas décadas se ha producido una generalización de la denominada “externalización” en las administraciones públicas, fundamentalmente en la Administración Local, que excede del tradicional ámbito de la contratación administrativa y de las correspondientes potestades autoorganizatorias de la Administración. Hablamos de externalización cuando la Administración encarga a un sujeto privado la prestación de servicios o la realización de actividades que forman parte de la actividad administrativa, de lo que se ha denominado giro o tráfico administrativo. En el ejercicio de sus potestades de autoorganización, la Administración pueda decidir realizar una determinada actividad o prestar un servicio público, bien directamente o bien de forma indirecta a través de cualquiera de las modalidades de gestión de servicios que permite la normativa sobre contratación administrativa¹.

¹ Fuera de este concepto estaría el recurso a las fórmulas de colaboración entre Administraciones Públicas y a la denominada encomienda de gestión, esto es, aquellos supuestos en que la Administración recurre a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración (tal como contempla el art. 11 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público) pues la cesión de funciones se va a realizar siempre entre órganos y entidades públicas. También quedarían, en puridad, fuera de este concepto los casos en que la Administración, en virtud de los principios de descentralización funcional y especialización, decide crear un nuevo organismo, al que dota de personalidad jurídica propia, para que sea éste el encargado en exclusiva

Por tanto, una primera aproximación al fenómeno de la externalización nos lleva directamente al terreno de la contratación administrativa, donde la participación de los sujetos privados en la prestación de servicios públicos constituye un fenómeno antiguo. La externalización no supone sustancialmente nada nuevo, sino que nos sitúa directamente en el ámbito de la gestión de los servicios públicos, consistente en encomendar la realización de las correspondientes actividades prestacionales a terceros ajenos al organigrama de la Administración Pública, por lo que la novedad que aparentemente representa este concepto no es tal para el Derecho Administrativo². Sin embargo, resultan enormemente significativas, aunque faltan cifras, la extensión y la especial intensidad que la contratación administrativa está adquiriendo en las últimas décadas³. En el contexto de crisis económica, hace ya algunos años, la contratación con sujetos privados no es solo una fórmula organizativa que permite a las administraciones prestar servicios de una forma más ágil, eficiente y eficaz, sino que tiene un componente económico y político muy complejo. Las razones que están en el origen son como se sabe la mayor eficacia, eficiencia y especialización unidas a exigencias de determinación de la extensión del empleo público y la definición del papel de las administraciones públicas en la sociedad.

Pues bien, lo anterior debe a su vez insertarse en la importancia que la descentralización productiva empresarial ha adquirido, en términos más generales. La externalización productiva empresarial se caracteriza hoy por su intensidad, generalización y universalidad⁴. Sin embargo, bajo el fenómeno de la externalización productiva conviven realidades muy dispares, pues cuando algunas prácticas de externalización reflejan los modos más eficientes de producir bienes y servicios, otras son el resultado de una explícita estrategia empresarial para huir de las leyes laborales y de los derechos/beneficios de los trabajadores. Y así diversos estudios de campo evidencian que cambios organizativos operados por empresas que actúan en sectores de servicios con bajos salarios, a través de procesos de externalización, tienen como consecuencias la rebaja de

de realizar una determinada labor o de prestar un determinado servicio público. Sin embargo, en este último caso si se aplica, como después se verá el art. 42 ET.

² Cfr., Fernández Farreres, G., “La Administración Pública y las reglas de la externalización”, *Justicia Administrativa*, n° 33, 2006, pp. 7 y 13. Bassols Coma, M., “La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español”, en *Le Esternalizzazioni, Atti del XVI Convegno degli amministratori italo-spagnoli*, Genova, 2006, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 254.

³ Cfr., Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública, (presidente: Francisco Uría Fernández)

⁴ Cfr., Cruz Villalón, J., “Derecho del trabajo y descentralización productiva”, XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 2006.

condiciones de trabajo y la falta de responsabilidad empresarial. Tras la última crisis la externalización en el sector servicios (de más baja remuneración) está determinando precariedad y pobreza⁵.

En el contexto de un intenso proceso de externalización productiva empresarial, la descentralización en la actividad de las administraciones públicas ha de tener un significado propio pues no se fundamenta, como en el caso de las empresas privadas, en la libertad de empresa ex art. 38 de la Constitución Española, debiendo recordarse que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE).

Ante la importancia del fenómeno de la externalización productiva y su radical incidencia sobre las relaciones laborales⁶ existe un generalizado consenso en torno a la afirmación de que las respuestas legales han sido inadecuadas, insuficientes y parciales⁷. Las respuestas normativas han sido sin embargo diversas, destacadamente más avanzadas en relación con el sector de la construcción y en materia de prevención de riesgos laborales. La norma general de referencia sobre garantías de los trabajadores en casos de contratación y subcontratación sigue estando contenida en el art. 42 ET y en casos de cesión en el art. 43 ET.

En las próximas páginas nos centraremos en el estudio de las garantías salariales de los trabajadores frente a las administraciones públicas, tanto en los supuestos de contratación y subcontratación de obras y servicios como en los casos de cesión de trabajadores. Fuera del trabajo quedan los problemas relativos a la externalización y a la reversión de los servicios públicos y la aplicación del régimen de la sucesión o transmisión de empresa prevista en garantía de los derechos (salariales, entre otros) de los trabajadores por el art. 44 ET⁸.

⁵ Cfr., Who's the boss: Restoring accountability for labor standards in outsourced work, NELP (National Employment Law Project) 2014.

⁶ Cfr., Valdés Dal-Ré, F., "Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo", en Revista Universitaria de la Facultad de Ciencias del Trabajo, 2/2001, p46 y ss.. Valdés Dal-Re, F. cita la sentencia de Spiro SIMITIS "la nueva organización del trabajo está produciendo una desorganización del Derecho del Trabajo".

⁷ Cfr., por todos Cruz Villalón, J., Derecho del trabajo y descentralización productiva, op. cit., p. 7 y ss. Gómez Gordillo, R., El impacto de los procesos de descentralización productiva sobre la eficacia de la norma laboral, en Cruz Villalón J., (Coordinador) Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Tirant lo Blanch, 2011.

⁸ Cfr., sobre externalización y aplicación del art. 44 ET, la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 93/2011, de 10 de febrero y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Granada, núm. 722/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 10 noviembre.

Previamente, abordaremos, en términos más generales, la extensión de la garantía salarial de los trabajadores insertos en fenómenos de descentralización productiva empresarial, su significado y posibilidades de mejora y reforma.

2. GARANTÍA SALARIAL DE LOS TRABAJADORES ANTE LA EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA EMPRESARIAL

Entre las respuestas normativas al fenómeno de la externalización productiva en garantía de los derechos de los trabajadores hemos de situar la extensión de la responsabilidad por deudas salariales (y de Seguridad Social) en los supuestos de subcontratación de obras y servicios. En el Estatuto de los Trabajadores la única regulación general relativa a la descentralización o externalización productiva sigue contenida en el art. 42 del ET donde se instaura para los supuestos de subcontratación la responsabilidad solidaria entre empresas por deudas salariales y (de Seguridad Social⁹). En los supuestos de cesión de trabajadores del art. 43 ET también se establece la responsabilidad solidaria entre las diversas empresas, con el objeto más extenso de las deudas laborales (y de Seguridad), además de reconocer la existencia de una posición empresarial plural, por ello su estudio se abordará después forma separada.

2.1. Garantía salarial en la subcontratación de obras y servicios

De partida, hemos de recordar que esta respuesta normativa a la descentralización productiva empresarial prevista por el art. 42 ET se realiza, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, a través de una regulación insuficiente para la tutela de los derechos de los trabajadores¹⁰. Centrándonos en su aplicación, en relación con esta norma la doctrina del Tribunal Supremo establecería como es sabido que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores¹¹. Igualmente, esta tribunal aclararía que la finalidad del art. 42 ET es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador¹².

⁹ Cfr., también el art. 127 LGSS sobre responsabilidad subsidiaria si estamos fuera del 42 ET.

¹⁰ Cfr., En relación con el derecho de huelga: SSTs 75 y 76/2010, de 19 de octubre y 98 a 112/2010 de 16 de noviembre. El art. 42 ET constituye, en efecto, una regulación de las contrataciones y subcontratas que no es acorde con la realidad de la organización del tejido productivo actual.

¹¹ Cfr., STS de 27/10/1994 (Rec. 3724/1993).

¹² Cfr., STS de 17/5/1996 (Rec. 1902/1995).

Ahora bien, la relación entre empresas que genera la responsabilidad por deudas salariales no es cualquier relación de colaboración productiva, sino que ha de ser, atendiendo a esa finalidad del art. 42 ET, una relación especial de descentralización productiva o subcontratación sobre la propia actividad entre una empresa principal y una empresa auxiliar o subsidiaria¹³. De partida, quedarían fuera del marco protector del art. 42 ET las actividades accesorias, como limpieza o seguridad¹⁴. El TS incluso fijaría el criterio de limitar la propia actividad a la actividad inherente al núcleo central de la actividad de la empresa principal, excluyendo el resto de las actividades indispensables¹⁵. Sin embargo, este criterio judicial no fue claramente seguido pues el propio Tribunal Supremo, que en muchos supuestos elude la diferenciación entre actividad indispensable e inherente, asimilando actividad indispensable con propia actividad, en ocasiones también alude a actividades absolutamente indispensables. En todo caso, dada la complejidad de los fenómenos de externalización, que englobarían realidades bien distintas, será difícil en muchos casos diferenciar entre actividades indispensables y actividades inherentes.

Siguiendo los criterios hermenéuticos del TS, la doctrina judicial de los Tribunales de Justicia de las comunidades autónomas también ha utilizado un criterio finalista, encuadrando dentro del art. 42 ET aquella contrata que de no haber existido hubiera producido un perjuicio productivo, es decir que el producto o servicio no hubiera podido hacerse efectivo¹⁶.

Por tanto, de la doctrina del TS se deduciría solo de forma clara la exclusión del manto protector del art. 42 ET de las contrataciones referidas a las llamadas actividades accesorias y por ello no puede dejar de criticarse la expulsión del 42 ET de las contrataciones de actividades accesorias como limpieza y seguridad tradicionalmente con bajas condiciones de trabajo, y tal vez más necesitados de tutela por el Estatuto de los Trabajadores. En sus orígenes, la redacción de la norma tenía como finalidad proteger a los trabajadores de empresas auxiliares de otras empresas. Como ha sido destacado¹⁷, no deja de ser paradójico que

¹³ Cfr., STS de 29/10/1998 (Rec. 1213/1998).

¹⁴ Cfr., STS 18/1/1995, (Rec. 150/1994).

¹⁵ Cfr., STS 24/11/1998 (Rec. 517/1998).

¹⁶ Cfr., ampliamente sobre esta doctrina judicial Falguera Baró, M. A., *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Bomarzo, 2015, p.26

¹⁷ Ciertamente desde una perspectiva histórica la redacción del art. 42 ET pensaba en una realidad distinta, pues esta norma tiene su origen en el Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre por el que se establecen normas para prevenir y sancionar actividades fraudulentas en la contratación

la expresión “correspondiente a su propia actividad” en el contexto actual de externalización productiva totalmente distinto al existente en aquellos años, en su interpretación actual por los Tribunales laborales, haya terminado excluyendo de la norma precisamente la realidad prevista por la misma a efectos de su protección. En definitiva, podría concluirse que ciertamente el fin perseguido por el art. 42 ET, según el TS y que cabe configurarlo como esencial, no ha sido desarrollado en toda su amplitud, pues no ha primado una interpretación finalista del citado art. 42 ET, en clave de tutela de los trabajadores.

2.2. Garantía salarial en los casos de cesión de trabajadores ex art. 43ET

La garantía de los derechos salariales en los supuestos de cesión de trabajadores ex art. 43 se inserta en la garantía más amplia, que ofrece la existencia de una posición empresarial plural. En estos casos, además de prever el apartado tercero de la norma que los empresarios, cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores, el apartado cuarto establece que los trabajadores (sometidos al tráfico prohibido) tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

Esta garantía salarial del trabajador frente a empresario cedente y cesionario, comprendida en la existencia de un empresario plural, se reconoce en el art. 43 ET en los casos de cesión ilegal de trabajadores y se ha extendido por la jurisprudencia a aquellos casos lícitos de colaboración, en el marco del sector público, en los que la negación de la existencia de cesión ilegal del art. 43 ET no impide afirmar la existencia de una posición empresarial plural (ex art. 1.2 ET). Ahora nos ocuparemos de la doctrina general sobre la cesión ilegal de trabajadores y después abordaremos esta jurisprudencia y doctrina judicial en el epígrafe cuarto, al estar referida específicamente a la cesión de trabajadores en el sector público.

y empleo de los trabajadores. El referido Decreto desarrollaba la figura de la cesión ilegal de trabajadores y además fijaba que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad deberán exigir a éstas que se hallen en posesión del Carnet de empresa con responsabilidad, en los supuestos en que esté legalmente previsto y que los subcontratistas estén al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, estableciendo que en todo caso la Empresa principal será solidariamente responsable en obligaciones laborales y Seguridad Social. Cfr., FALGUERA BARÓ, M.A. La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación, Bomarzo, 2015.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, como se sabe, la labor judicial de delimitar los supuestos de subcontratación de los casos de cesión ilegal ha sido intensa. La cesión ilegal se admite ya no sólo en los supuestos en los que existe una apariencia de empresa sino también en los casos que tenga entidad real y medios propios la empresa cedente, pero quien ejerce como auténtico empleador es la empresa cesionaria. El vigente art. 43 ET avaló la doctrina judicial, integrando en la letra de la ley indicios establecidos por la jurisprudencia. Así dispone que en su apartado 2 que en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Ahora bien, en este avance de redacción del art. 43 ET, recibiendo la doctrina de los Tribunales faltó un indicio importante para la existencia de una autentica empresa auxiliar, y excluir el fenómeno de la interposición, la autonomía específica de la empresa contratista, su substantividad propia. Téngase en cuenta que se dan supuestos de concurrencia locativa de trabajadores (de la empresa principal y de la contratista) que realizan funciones idénticas con diversas condiciones contractuales. La externalización debe quedar limitada a actividades con substantividad propia y a término. Los fenómenos en los que la prestación de servicios se inserte en la actividad ordinaria de la empresa y sin limitación temporal deben llevar a la solución de la pluralidad de empresas, y ello sin que se incurra en el supuesto de cesión ilegal o de tráfico prohibido y de la aplicación de otras consecuencias sancionadoras, administrativas o incluso penales.

En definitiva podemos concluir que la variedad y complejidad de los supuestos de externalización determina que la labor de distinción entre los supuestos de contrata ex art. 42 y cesión ex art. 43 constituya una ardua labor técnica que, sobre la base de valorar caso a caso todo el conjunto de indicios concurrentes, conllevará finalmente la adopción de soluciones diversas (y trascendentales para la tutela de los trabajadores) para supuestos solo “coyunturalmente” distintos. Superada la configuración como fraude de ley del supuesto de hecho del art. 43 LET, la diferencia de respuesta jurídica prevista en relación con el supuesto de hecho del art. 42, es decir la previsión de la existencia de un empresario plural, puede determinar en algunos casos diferencias sustanciales de protección de los trabajadores sujetos a prácticas de externalización bastante parecidas. Por ello, considero que deberían reformarse estos preceptos. Una nueva redacción debería

establecer esta importante respuesta normativa al fenómeno de la externalización como es la previsión de una pluralidad de empresarios, definiendo un supuesto de hecho de externalización de actividades imprescindibles y de forma permanente. En estos casos, la admisión de la externalización frente a la contratación de trabajadores propios no debe producir efecto perjudicial alguno sobre los trabajadores afectados.

3. GARANTÍA SALARIAL EN LOS SUPUESTOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A la Administración Pública se aplica, en su misma extensión, las consecuencias jurídicas que impone el art. 42 ET sobre las deudas salariales de la subcontratada respecto a sus trabajadores, cuando concurren las circunstancias y requisitos contemplados para ello. Como ha recordado la jurisprudencia y la doctrina judicial social el concepto de empresario a que se refiere el art. 42.2 ET no es otro que el laboral proporcionado por el art. 1.2 ET, como equivalente al de empleador que recibe la prestación de servicios de trabajadores por cuenta ajena, con independencia de su condición pública o privada, la existencia de ánimo de lucro, la forma jurídica o cualquiera otra circunstancia. La apreciación de contrata a efectos laborales no requiere ánimo de lucro en el comitente ni en el contratista y precisamente, la ausencia de ese ánimo de lucro en el comitente estará presente, con frecuencia, en los casos en que éste resulta ser una administración pública, como sucede, típicamente, en los de contratas cuyo objeto es la concesión de la gestión de un servicio público.

Consecuentemente, la noción de contrata y subcontrata del art. 42 ET, que implica la realización de una obra o servicio determinado por el empresario contratista y la obligación correlativa del pago de un precio cierto y determinado por parte del empresario comitente o contratante no es exclusiva de los contratos de obra o servicios de naturaleza privada, ya que pueden referirse también a la esfera pública, siendo titular del servicio una administración cuya prestación se hace en régimen de gestión indirecta, encomendándose, mediante concesión administrativa, a un tercero, tal gestión, imponiéndole la aportación de su propia estructura organizativa y de sus elementos personales y materiales para realizar el encargo, no afectando al «*solidum*» legal examinado¹⁸.

¹⁸ Esta línea interpretativa se inicia en la jurisprudencia unificadora a partir de la STS de 15 julio de 1996 seguida de las sentencias de 26, 27 septiembre, 18 de noviembre, 23 y 31 diciembre 1996, y 18 marzo 1997.

En fin, también se afirma al respecto que la inclusión de las administraciones públicas en el ámbito del precepto debería estimularlas a vigilar con más cuidado la capacidad empresarial y solvencia de los adjudicatarios de las obras y servicios públicos que contratan.

Desde esta perspectiva no cabe hablar de un régimen jurídico diferente para las empresas privadas y para las administraciones públicas. Como recuerda la STS de 3 de octubre de 2008, no hay "obstáculo alguno para aplicar el art. 42 ET a cualquier contratación efectuada por empresas públicas", y esa aplicación "depende de si se considera o no la actividad contratada o externalizada como parte esencial o no de la actividad de la empresa principal o comitente". El problema no reside por lo tanto en que las administraciones públicas no hayan de ser responsables de estas deudas contraídas por las empresas con las que subcontraten, sino de determinar cuando estamos ante una situación de subcontratación de la propia actividad, teniendo en cuenta los complejos matices y la amplitud que en tal aspecto puede presentarse cuando se trata de establecer el alcance de lo que constituye "propia actividad" para una administración encargada de la prestación de un determinado servicio público.

3.1. Subcontratación por la Administración Pública

Centrando ya nuestra atención en el supuesto de hecho de la subcontratación por parte de una administración, la relación que dará lugar a la apreciación de la existencia de una contrata o subcontrata en términos laborales y, por lo tanto, a la aplicación de la aludida responsabilidad salarial, tendente a proteger a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, tendrá su origen en alguna de las figuras contractuales que regula Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF, en adelante). Podrá tratarse de un contrato de obras (art. 6 TRLCSF) que tiene por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I de la citada ley o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante; de un contrato de concesión de obras públicas (art. 7 TRLCSF) que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el citado Anexo I, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos¹⁹. También podrá dar cobertura

¹⁹ Se aplica el art. 42 ET, en un supuesto en el que la empresa adjudicataria había subcontratado la ejecución de la obra objeto del contrato administrativo STJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Octubre de 2006, (Rec. 457/2006).

jurídica a una subcontratación pública el contrato de gestión de servicio público, el contrato de servicios²⁰ y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, regulados por los artículos 8, 9 y 11 del TRLCSP²¹.

Ahora bien, desde el punto de vista de la aplicación de las normas laborales para la consideración de la Administración pública como empresario “principal” resulta indiferente que la contrata constituya el objeto de alguno de los contratos administrativos que regula la LCSP. Así, conducirá también a la aplicación del art. 42 ET la situación en que una administración pública a la que compete un servicio público aparezca gestionando éste mediante la creación *ad hoc* de una entidad de Derecho público o la encomienda de su prestación a una sociedad de Derecho privado cuyo capital social pertenezca en su totalidad a dicha Administración²².

Finalmente, entiendo que la garantía salarial ex art. 42 ET operaría incluso cuando la ley establece imperativamente la gestión indirecta de un servicio público, pues es la naturaleza pública de la prestación competencia de una administración, la que justificaría la responsabilidad de la Administración pública competente, ya sea la gestión indirecta una opción organizativa de la propia administración o una imposición legal²³.

²⁰ Existen casos dudosos de identificación de propia actividad, por no resultar inherente a lo que constituye el ciclo productivo de la Administración, como ocurre cuando un ayuntamiento concierda con una empresa la limpieza de los centros escolares que dependen de él, el mantenimiento o la reparación de bienes, equipos e instalaciones, la confección de programas informáticos, el transporte de mobiliario y documentación, un servicio de cafetería para su personal, el servicio de reprografía o la realización de una encuesta [Sentencias TSJ de Cataluña de 1 de febrero y de abril 1997 (AS 712 y 1994, respectivamente)].

²¹ Muchos han sido los supuestos en relación con un contrato de concesión de servicios públicos concertado por un ayuntamiento y la aplicación del artículo 42 del ET, sentencias TS de 3 de marzo de 1997 (Ar. 2194): “La concesión administrativa es subsumible dentro de la expresión contratas o subcontratos si se atiende a la finalidad del precepto”; y de 15 de julio y de 14, 23 y 31 de diciembre de 1996 (Ar. 5990, 9464, 9844 y 9867); también STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000 (AS 4167) y STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 1998 (AS 1282).

²² Cfr., TSJ de Andalucía, Málaga, de 9 de febrero y de 9 de marzo de 1998 (AS 1242 y 1805).

²³ En contra Gárate Castro, afirma que es preciso que la Administración disponga de libertad para optar entre asumir esa realización con sus propios recursos o descentralizarla mediante su encomienda a un contratista o concesionario. A su juicio, la prohibición legal de la asunción directa de una actividad impide, en rigor, que ésta pueda considerarse propia de las operaciones del ciclo productivo del comitente. Así acontece en relación con la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques, que no admite otra realización que la “indirecta”, a través de “personas naturales o jurídicas mediante contrato”, a las que se identifica como “empresas estibadoras” por lo que no puede incluirse entre las pertenecientes a la propia actividad de la autoridad portuaria que tenga encomendada la gestión del puerto de que se trate (cfr., Algunas cuestiones laborales y de

3.2. Subcontratación de la “propia actividad” de la Administración Pública

Resultando pues clara la aplicación de la garantía salarial ex art. 42 ET a los supuestos de subcontratación por parte de una administración pública, siempre que concurra el supuesto de hecho definido por esa norma, el problema no reside por lo tanto en que las administraciones públicas no hayan de ser responsables de estas deudas contraídas por las empresas con las que subcontraten, sino de determinar cuando estamos ante una situación de subcontratación de la “propia actividad”, teniendo en cuenta los complejos matices y la amplitud que en tal aspecto puede presentarse cuando se trata de establecer el alcance de lo que constituye “propia actividad” para una Administración encargada de la prestación de un determinado servicio público. Sobre este particular, la STS de 3 de octubre de 2008 ha concluido que se trataría de la actividad que “se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función (tesis del ciclo productivo o de las actividades inherentes aplicada al sector público)”.

Pues bien, como se viene afirmando, la noción de propia actividad a que se condiciona la responsabilidad solidaria ex art. 42.2 ET es “*indeterminada, enigmática y circunstancial*” y, en una primera interpretación extensiva, abandonada por la moderna jurisprudencia, abarca todas las labores, específicas o inespecíficas, incluidas las complementarias, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones (así, por ejemplo, incluyendo los servicios de mantenimiento, limpieza y vigilancia) quedando fuera únicamente las obras o servicios contratados que estén desconectados de su finalidad productiva y de las actividades normales de la misma. Como antes se señaló, en una segunda interpretación, más restringida, hoy mayoritaria, (teoría de las actividades indispensables) la norma se refiere solo a las tareas que forman parte de las actividades principales de la empresa y son absolutamente indispensables o inherentes de tal manera que, de no haber mediado la descentralización, deberían realizarse por el propio empresario para no perjudicar sensiblemente su actividad, excluyendo las tareas “*complementarias o no nucleares*”, marginales o convenientes, y que referido a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería

seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la “propia actividad” -referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las administraciones públicas-, Fundación Democracia y Gobierno Local).

cumplida esa función²⁴. Si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deban corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial.

Para la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, la corresponsabilidad solidaria entre el empresario principal y el contratista y, en su caso, los subcontratistas alcanza únicamente a las obras y servicios contratadas pertenecientes a la propia actividad, entendiéndose por tal, en el caso de una actividad pública, a las correspondientes a aquellas prestaciones que se hallen necesariamente integradas en la función que tiene encomendada la Administración y sin cuya actuación no se entendería cumplida esta función²⁵.

Así por ejemplo, entre los criterios que se deben utilizar para imputar a un Ayuntamiento la responsabilidad solidaria por las deudas salariales contraídas por una sociedad mercantil con sus trabajadores, cuando esta presta un determinado servicio por vía de gestión indirecta a través de la concesión administrativa, estará atender a si legalmente corresponde integrar ese servicio entre las funciones que tiene encomendada la corporación local y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función de conformidad con las competencias legalmente atribuidas²⁶.

²⁴ Cfr., SSTs 18 enero 1995, 29 octubre y 24 noviembre de 1998, 22 noviembre 2002, 20 julio 2005 y 23 enero 2008.

²⁵ Cfr., SSTs de 18 de enero de 1995, 18 de marzo de 1997, 29 de octubre y 24 de noviembre de 1998, 23 de enero, 24 de junio y 3 de octubre de 2008 y 5 de diciembre de 2011.

²⁶ Y por tanto se ha aplicado el art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. El referido art 25 LBRL (redacción vigente hasta 2 de octubre de 2016) establece: 1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. 2. El Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias: a) Seguridad en lugares públicos. b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas. c) Protección civil, prevención y extinción de incendios. d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales. e) Patrimonio histórico-artístico. f) Protección del medio ambiente. g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores. h) Protección de la salubridad pública. i) Participación en la gestión de la atención primaria de la salud. j) Cementerios y servicios funerarios. k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. ll) Transporte público de viajeros. m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas: ocupación del tiempo libre; turismo. n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento

En efecto, en muchas sentencias referidas a contrataciones por parte de ayuntamientos el criterio de imputación de responsabilidad a la administración utilizado lleva a identificar “propia actividad” con competencias legales de la referida administración. Ahora bien, en relación con esta cuestión se viene aplicando el art. 42 ET a todos aquellos casos de descentralización por una administración pública de actividades de servicio público que la misma desarrolle, ya sea por mandato legal o por decisión propia²⁷. Por el contrario, sí quedarían fuera del ámbito de aplicación del art. 42 ET, los casos de contrataciones ajenas a la prestación del servicio público por parte de la administración contratante.

En este orden de ideas se ha descartado la noción de propia actividad, dentro de las contrataciones y subcontratas en las que participan como empresas comitentes o principales las administraciones públicas, entre otros casos, el de las contrataciones de vigilancia de las instalaciones de una administración pública²⁸, ni siquiera cuando se realizan bajo la supervisión de miembros de los Cuerpos de Seguridad de tal Administración²⁹, aunque si la contrata, además de las tareas de vigilancia, incluye otras que sí corresponden a la propia actividad del comitente, entra dentro del ámbito del art. 42.2. Tampoco resulta de aplicación el art. 42 ET en los supuestos de impartición de cursos de formación por empresas colaboradoras, aunque estén financiadas por el INEM³⁰. Igualmente queda fuera de la propia actividad la contratación del servicio de cafetería de un club deportivo socio-cultural de la Armada³¹, o la explotación de la cafetería de un Ministerio en virtud de contrata administrativa³². En el ámbito educativo se han excluido, por ejemplo, las actividades contratadas por las AMPAS, como bibliotecas o comedores³³.

de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria

²⁷ Cfr., Falguera Baró, M.A. La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación, Bomarzo, 2015, p. 73.

²⁸ Cfr., STS 18 enero 1995.

²⁹ Cfr., STSJ Navarra 24 octubre 2006.

³⁰ Cfr., STS 29 octubre 1998. Es jurisprudencia consolidada y doctrina generalmente compartida que la programación o financiación por parte de un organismo público de las actividades formativas o educativas de otras empresas o entidades no convierte a aquél en empresario de los empleados de éstas, ni da lugar tampoco por sí sola al supuesto de hecho del art. 42 del ET (sentencias de 3-2-1993, 4-2-1993, 26-4-1993, 28-5-1993, 3-7-1995 y 18-7-1995)» (STS/IV 29-10-1998 -recurso 1213/1998).

³¹ Cfr., STSJ Murcia 11 diciembre 2006.

³² Cfr., STSJ Castilla-La Mancha 14 marzo 2004 (Rc. 1298/2002).

³³ Cfr., Cfr., TSJ Catalunya 19/5/2003 (R.3279/2002); STSJ Andalucía (Sevilla) 17/10/2002 (R. 1947/2002).

Ahora bien, en muchas ocasiones nuestros tribunales sociales han interpretado que concurre la noción de “propia actividad”, en relación con actividades contratadas por las administraciones públicas. Como ejemplos pueden citarse las siguientes: contratas concertadas por un Ayuntamiento para atender la gestión indirecta de los servicios de atención domiciliaria³⁴; contratación para la prestación de servicios sociales en un centro de discapacitados dependiente de una administración autonómica³⁵; contrata de servicios informáticos efectuada por el Ministerio de Medio Ambiente³⁶; gestión de instalaciones deportivas encomendadas por una Administración Local a empresa privada³⁷; la actividad de retirada de vehículos mediante camión-grúa encomendada por un ayuntamiento a una empresa especializada³⁸; gestión de programas de medidas judiciales con menores en medio abierto, para evitar y prevenir conductas delictivas contratadas por un ayuntamiento³⁹; cuando la empresa adjudicataria había subcontratado la ejecución de la obra objeto del contrato administrativo⁴⁰; el transporte del servicio sanitario de urgencia que un Instituto de Salud tenía concertado con una empresa privada⁴¹; gestión de un centro de día de asistencia a personas mayores contratada por un Ayuntamiento⁴²; gestión de la actividad deportiva de la piscina municipal indirectamente a través de un contrato⁴³; o el servicio de ayuda a domicilio⁴⁴.

Por último, hemos de aclarar que resulta indiferente a efectos de aplicar el manto protector del art. 42 ET que la Administración pública competente para la prestación del servicio público contratado por una empresa, haya creado expresamente un organismo autónomo para la gestión del referido servicio. Como ha señalado el Tribunal Supremo el hecho de haber interpuesto dicho organismo no implica que la competencia última sobre prestación del servicio público (competencia que es la que determina la responsabilidad conforme al artículo 42

³⁴ Cfr., STS 15 julio 1996 y 18 marzo 1997.

³⁵ Cfr., STSJ Comunidad Valenciana 9 de marzo 2004.

³⁶ Cfr., STSJ Madrid 23 febrero 2004.

³⁷ Cfr., STSJ Murcia 18 diciembre 2000.

³⁸ Cfr., STSJ Castilla-La Mancha 27 marzo 2001.

³⁹ Cfr., STSJ Comunidad Valenciana 4 mayo 2005.

⁴⁰ Cfr., STJ Illes Balears, de 30 de Octubre de 2006, Rec. 457/2006.

⁴¹ Cfr., STS 23 de enero de 2008.

⁴² Cfr., STS 5/12/2011, rec.4197/2010).

⁴³ Cfr., STSJ Madrid 435/2013 de 17 de mayo de 2013.

⁴⁴ Cfr., STSJ Islas Canaria, (Santa Cruz de Tenerife) 14/2014 de 14 enero. Con la normativa actual, por tanto, ha de concluirse que desde el momento en que para el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife la atención domiciliaria es un servicio que ha de prestar obligatoriamente, sea a través de su propio personal, sea mediante contrataciones administrativas o en otra de las formas autorizadas por la Ley 39/2006, está dentro de la “propia actividad” del ayuntamiento y, en consecuencia, le es aplicable el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

del Estatuto de los Trabajadores) haya dejado de corresponder a la administración, pues lo contrario sería admitir que a través de un acto administrativo se puede eludir la competencia y responsabilidad que vienen impuestas por normas de rango legal⁴⁵. Sobre este tema nos ocuparemos en el siguiente apartado.

3.3. Especial referencia a los supuestos de contratación en cadena, en el ámbito público

El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores establece que en caso de subcontratación de obras y servicios entre empresas correspondientes a la propia actividad, el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores, es decir, se establece un supuesto de corresponsabilidad solidaria entre el empresario principal y el contratista y, a su vez, el contratista incurre en idéntica responsabilidad junto con el subcontratista, de forma que finalmente el empresario principal responde de las obligaciones contraídas por el subcontratista. Hay, por tanto, una responsabilidad solidaria en cadena o cascada.

La responsabilidad solidaria del empresario principal por las deudas de naturaleza salarial cubre también el supuesto de cadena de subcontrataciones, también en el caso de las administraciones públicas pues no parece que las condiciones a las que el TRLCSP supedita la subcontratación tengan la finalidad de introducir una excepción al alcance subjetivo que como se acaba de indicar que corresponde a las aludidas garantías jurídico-laborales del artículo 42 del ET. A estos efectos, resulta indiferente que la subcontratación este prevista legalmente con ciertos límites o se encuentre expresamente prohibida por el clausulado de la contratación administrativa. En el primer caso, podemos incluir los supuestos de subcontratación previstos en materia de los servicios públicos de seguridad y defensa o de formación profesional para el empleo⁴⁶. En el supuesto de que la subcontratación estuviera prohibida de manera expresa por el clausulado de la

⁴⁵ Cfr., Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2011, recurso 4197/2010 en relación con un servicio de asistencia social competencia de un ayuntamiento.

⁴⁶ Cfr., Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad en relación con los supuestos en que se admite la subcontratación, el Artículo 61.1 establece como principio general que “El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquélla haya de ser ejecutada directamente por el adjudicatario”. Por lo que respecta a las limitación a la subcontratación en relación con la actividad de formación profesional en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, cfr., el Artículo 14 sobre impartición de la formación.

contrata administrativa, ello no exonera a la Administración Pública de responder con arreglo al art. 42.2 del ET de la satisfacción de los créditos salariales surgidos a favor de los trabajadores que ejecutaron materialmente la obra por cuenta y al servicio de la empleadora subcontratista. Tal cláusula no puede mermar las garantías de que normas positivas imperativas dotan a derechos de terceros ajenos al contrato, sin perjuicio, como es natural, de las compensaciones y reajustes económicos que luego procedan en la esfera de las relaciones internas entre los sujetos contratantes. Y menos puede mermarlos si se observa que la Administración ostenta facultades de control y de superior dirección de las obras públicas cuya realización delega mediante la técnica de la contrata y que, ello no obstante, lo que acontece en muchas ocasiones es o que no se percató de que los trabajos estaban siendo efectuados por operarios de empresa distinta de la contratista, o, peor aún, consintió la subcontratación en la práctica contra el mandato explícito de las reglas rectoras del contrato administrativo.

Además, como antes se señalara, la aplicación del sistema de responsabilidad salarial previsto por el art. 42 ET no se ve obstaculizado mediante la encomienda por la Administración a una empresa pública de la gestión de un servicio de su competencia, y cuya actividad sea, de forma más amplia, la gestión de diversos servicios públicos. Lo relevante es que la gestión del servicio público sea competencia de la Administración para entender que la contratación es relativa a la “propia actividad”, siendo por tanto responsable solidaria la empresa (pública) de gestión de servicios públicos que contrata con otra empresa (privada) la gestión del concreto servicio, que le había sido adjudicado por la Administración competente⁴⁷.

Atendiendo a la jurisprudencia y a la doctrina judicial debe destacarse la interpretación amplia de “propia actividad” a los efectos de declarar la responsabilidad solidaria de la empresa adjudicataria de una obra pública o de la gestión de un servicio público que subcontrata con otra empresa. Lo relevante será la

⁴⁷ Cfr., STS (Sala de lo Social) 15 noviembre 2012. RJ 2013\181 declara la responsabilidad solidaria de la empresa pública GESTIÓN DE SERVICIOS PARA LA SALUD Y SEGURIDAD EN CANARIAS, S.A. (GSC), que gestiona el servicio público del transporte sanitario por ambulancia del Servicio Canario de Salud que a su vez subcontrata con una empresa privada el transporte sanitario no urgente. Para la Sala de lo Social si el transporte sanitario se considera “actividad propia” del Servicio Canario de Salud por tratarse de una actividad indispensable para prestar una atención sanitaria correcta, al contratarse por el Servicio de Salud ese transporte sanitario con la empresa pública GSC, con facultades para realizarlo por sí misma o encomendárselo, a su vez, a terceros mediante la correspondiente subcontrata, pasa a ser también “actividad propia” de la referida empresa pública, así como de los demás subcontratistas que asumen el transporte sanitario dentro de lo que es su objeto social, dando lugar por tanto a la responsabilidad solidaria de todos ellos conforme a lo dispuesto en el art. 42 ET.

naturaleza de la obra o del servicio de que se trate y su calificación como correspondiente a la “propia actividad” de una administración pública para extender la responsabilidad solidaria ex art. 42 ET a todos los sujetos actuantes en la cadena de contratación hasta llegar al trabajador cuya tutela se pretende. Ello ha llevado a nuestro Tribunal Supremo a realizar, cuando de una obra pública se trata, una interpretación ad hoc de su doctrina sobre la inaplicación al promotor inmobiliario del art. 42 ET y la negación de la responsabilidad solidaria de los promotores con los contratistas constructores⁴⁸.

3.4. Alcance sustantivo y temporal de la garantía salarial de los trabajadores en casos de contratación y subcontratación

Como es sabido, la responsabilidad solidaria en caso de contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad alcanza únicamente a las obligaciones de naturaleza salarial en sentido estricto, por lo tanto, no se incluyen en este concepto las percepciones extrasalariales⁴⁹, ni tampoco los salarios de tramitación, en caso de despido⁵⁰, ni las indemnizaciones por despido improcedente⁵¹ y, en general, por fin de contrato.

⁴⁸ Cfr., Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 3 julio 2012 (RJ 2012\9291). En el supuesto resuelto la cuestión jurídica a resolver consistía en determinar qué debe entenderse por la “propia actividad” que el precepto estatutario exige para que se produzca la responsabilidad solidaria de la empresa principal. La sentencia recurrida en casación llega a la conclusión de que la actividad de construcción no es la actividad propia de INDRA, basándose para ello en la doctrina del Tribunal Supremo sobre la inaplicación al promotor inmobiliario del art. 42 ET pues la actividad del promotor inmobiliario no es una actividad de construcción y que, por lo tanto, no procede la responsabilidad solidaria de los promotores con los contratistas constructores. STS de 20/7/2005 (RJ 2005, 5595) (RCUD 2160/2004) y en la STS de 2/10/2006 (RJ 2006, 6728) (RCUD 1212/2005). Pero para la Sala de lo Social del TS “es claro que INDRA no es ningún promotor inmobiliario y que, a lo sumo, y salvando todas las particularidades de un supuesto como éste en el que el origen de toda la cadena es una decisión administrativa de realizar una construcción y de adjudicarla a una empresa para que la lleve a cabo, se podría considerar que el promotor es dicha Administración Pública, el Ministerio de Defensa, y que el contratista constructor es la empresa INDRA, adjudicataria de dicha concesión que, a su vez, subcontrata con BEGAR la realización de la obra”.

⁴⁹ Cfr., STS de 19 de enero de 1998 que nos recuerda que el art. 42 ET limita la responsabilidad en el ámbito laboral a las obligaciones salariales, frente a la amplitud de la expresión referida de “obligaciones contraídas por los subcontratistas” que contenía el mencionado artículo 19.2, coincidente a su vez con el artículo 4 del Decreto 3.677/1970, de 17 de diciembre, que disponía que “la empresa principal será solidariamente responsables de las obligaciones contraídas por la subcontratista con sus trabajadores y con la Seguridad Social durante el período de vigencia de la subcontrata”.

⁵⁰ Cfr., SSTs de 14 de julio de 1998 y 28 de abril de 1999.

⁵¹ Cfr., STS de 20 de mayo de 1998.

La duda se ha planteado en un supuesto de descentralización de la Administración Pública, en relación con los salarios del periodo de preaviso del despido por causas objetivas. El tenor literal del artículo 53 párrafo 1º letra c) del Estatuto de los Trabajadores parece apuntar a que lo omitido son eso, salarios, y responden a una naturaleza retributiva más que indemnizatoria. Por su parte la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁵² parece corroborar tal postura pues, aunque reconocen que dichos salarios están excluidos de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y que la ley no define su naturaleza, entiende que desde el momento en que se configura como un concepto diferente de la indemnización por despido objetivo "en todo caso tendría un carácter más próximo al salarial, y prueba de ello es que en caso de revocación de la sentencia extintiva de la relación laboral el trabajador tendría que devolver la indemnización, pero no la cantidad que hubiera podido percibir por el preaviso". Por ello, dada la asimilada naturaleza salarial que el Tribunal Supremo asigna a este concepto compensatorio, la doctrina judicial ha incluido esa cantidad en el ámbito de la responsabilidad solidaria que para las deudas salariales, que configura el artículo 42 párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores⁵³.

Por lo respecta al alcance temporal de la responsabilidad salarial de la Administración, el Tribunal Supremo⁵⁴ reitera, en interpretación del art 42.2 ET, que la responsabilidad solidaria del empresario principal, que se extiende, en su caso, a toda la cadena de subcontratistas pero tiene, sin embargo, una limitación temporal expresamente establecida en el propio precepto, consistente en que dicha afectación abarca solamente al "período de vigencia de la contrata", refiriéndose el límite temporal "durante el año siguiente a la terminación del encargo" al plazo de ejercicio de la acción correspondiente, que, en lo que se refiere a los salarios, coincide con el plazo común de prescripción establecido en el art 59.1 ET. Por todo ello, la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las deudas de la contratista o subcontratista - entre las que deben incluirse la parte proporcional de vacaciones- se extiende únicamente a las contraídas por estos durante el periodo de vigencia de la contrata.

4. GARANTÍA SALARIAL EN LOS CASOS DE CESIÓN DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PÚBLICO

Como hemos señalado ya en el epígrafe segundo del presente trabajo, la frontera entre la contrata de servicios y la cesión de trabajadores es ciertamente

⁵² Cfr., Sentencias de 2 y 10 de febrero de 2010 (recursos 1908/2009 y 1587/2009).

⁵³ Cfr., STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social) 14/2014 de 14 enero de 2014.

⁵⁴ Cfr., STS 11-11-2013 (R. 2674/12).

tenue y fue marcada por la jurisprudencia y la doctrina judicial en un número significativo de resoluciones. Por su parte, la Ley del Estatuto de los Trabajadores avala que la diferencia viene dada, en primer lugar, por la existencia o no de un verdadero empresario contratista cuya actividad consista en algo que vaya más allá del mero suministro de mano de obra, debiendo por ello existir (y ser utilizada) una organización productiva de la que sea titular. Lo característico del negocio de la contrata es que el empresario contratista que asume el encargo debe aportar para su ejecución una organización empresarial, en la que se insertan unas prestaciones laborales, y éstas tienen un carácter meramente instrumental para la obtención del resultado final. “Con la contrata no se trata de satisfacer directamente una necesidad de mano de obra, sino de atender requerimientos productivos, que exigen no sólo mano de obra externa sino también una gestión empresarial en sentido amplio, es decir, una actividad ejecutada con medio propios, y organizada, dirigida y coordinada por el empresario contratista”.

Además, es preciso recordar que la naturaleza jurídica privada o pública de las empresas o empresarios real y/o formal no impide la posibilidad de la cesión ilegal, pues también la jurisprudencia ha declarado que las expresiones “contratas o subcontratas” del art. 42 ET, no se refiere solamente a contratos de obra o servicio de naturaleza privado, ya que abarcan también negocios jurídicos de semejante objeto correspondientes a la esfera jurídica pública. De igual modo, no puede ser obstáculo a la posibilidad de apreciar la cesión, el dato de que exista una aparente contratación administrativa o convenio efectuado por un ente público y un ente privado, pues lo relevante es el resultado de la investigación respecto a las condiciones en que realmente se ha ejecutado la prestación de servicios. Ni el artículo 43 del ET ni ninguna otra disposición legal circunscriben la figura de la cesión ilegal al ámbito de las relaciones mantenidas entre sujetos privados; por lo tanto, concurriendo el tipo de circunstancias antes descritas y hoy legalmente fijadas que se oponen a la apreciación de una verdadera contrata, no impide considerar que existe una cesión ilícita de trabajadores el hecho de que la empresa cesionaria sea una administración pública y que entre ella y la cedente medie una contratación administrativa. La determinación de si hay una cesión ilegal de trabajadores es cuestión independiente de la regularidad o no de aquella contratación.

Ahora bien, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores determina la ilicitud de las cesiones de trabajadores salvo cuando el cedente sea una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada y en los términos legalmente previstos. Sin embargo, a pesar de la aparente rotundidad de tal pronunciamiento legal, se ha venido admitiendo jurisprudencialmente que no tienen carácter de cesión ilegal los supuestos de puesta a disposición de trabajadores o circulación

de mano de obra en el seno de un grupo de empresas, en cuyo caso solamente estaremos ante una responsabilidad solidaria de todas ellas en su condición de empleadoras y, de forma análoga, se ha admitido la legalidad de los supuestos de cesión de trabajadores entre Administraciones u órganos administrativos. Se trata de supuestos en los que la jurisprudencia y la doctrina judicial establecen la existencia de una pluralidad empresarial en supuestos de colaboración en el sector público. Veremos por separado los supuestos de cesión ilegal y legal en el sector público.

4.1. Garantía salarial en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores

En estos casos, cuando se impugne la cesión ilegal efectuada por una administración pública, no se pretende una declaración formal sobre la regularidad de la contratación administrativa o laboral que sirvió de cobertura a la contratación laboral de trabajadores, sino de decidir, si, con independencia de la apariencia de legalidad que proporciona aquella, se produjo o no una cesión ilegal de mano de obra⁵⁵.

Lo anterior no significa, como también destacan nuestros tribunales, que la empresa principal o comitente haya de renunciar a cualquier forma de supervisión del trabajo realizado en el curso de la obra o servicio contratado⁵⁶. Esa supervisión es, en términos generales, posible y, además, en el caso de las administraciones públicas, hasta cuenta con diversas previsiones en el TRLCSP, sin embargo, la ausencia de relación laboral con quienes realizan el trabajo determina que las deficiencias observadas deban ponerse en conocimiento de la empresa contratista para que sea ella la que adopte las oportunas medidas correctoras. En definitiva, en el caso de contratación pública la obra o servicio contratado debe llevarse a cabo con arreglo a las indicaciones de tipo técnico cursadas por el comitente, sobre todo las relacionadas con las medidas de seguridad e higiene. Ahora bien, es el contratista el obligado de hacer efectivas tales indicaciones, de forma que sus trabajadores actúen sólo, indirectamente, sometidos al empresario principal⁵⁷.

En el caso de declararse la existencia de una cesión ilegal la aplicación del art. 43 ET determinaría la responsabilidad solidaria por deudas laborales que integraría además de las estrictamente salariales, todas las cantidades que el

⁵⁵ Cfr., STSJ Galicia, (Sala de lo Social) 3731/2008 de 17 octubre (AS 2008\2546) que declara la existencia de cesión ilegal en un supuesto de actividad limitada a suministrar mano de obra de simulación de contrata de servicios entre un Colegio Oficial de Ingenieros y Administración Autonómica.

⁵⁶ Cfr., STSJ Castilla-La Mancha de 22 de febrero de 2000 (AS 1140).

⁵⁷ Cfr., STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 2000.

trabajador reciba consecuencia de su contrato de trabajo, y de la extinción del mismo, y por tanto también la percepciones extrasalariales, así como cualquier otra indemnización derivada de su relación de trabajo⁵⁸.

En relación con la cesión ilegal de trabajadores, numerosas sentencias han tenido que decidir sobre la existencia de una lícita contrata o una ilícita descentralización productiva, fenómeno interpositivo de utilización cada día mayor, sobre todo en el ámbito de la Administración Pública. Ejemplo paradigmático fue la existencia de cesión ilegal en la prestación de servicios desarrollada a través de la empresa PC, S.L. para el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, mediante convenio de contratación administrativa centralizada⁵⁹. En este supuesto, las tareas realizadas por los trabajadores se habían ejercido al margen de cualquier aportación o dirección empresarial por parte de la empresa que aparece como contratista, la cual no había puesto en juego para el cumplimiento de la contrata ni su organización productiva, ni su gestión empresarial. La prestación de servicios se había realizado en los locales del ente público cesionario, bajo las instrucciones del personal de aquél y utilizando sus medios.

Por similares razones se declararía también la existencia de cesión ilegal entre TRAGSA y el Organismo Autónomo de Parques Nacionales⁶⁰. También aprecia la Sala cesión ilegal de trabajadores a propósito de una contrata de servicios, toda vez que la empresa cedente en absoluto puso en juego su propia organización productiva “*puesto que la misma simplemente no existe*”, de tal

⁵⁸ En relación con la previsión del art. 43.3 ET relativa a que los trabajadores cedidos “tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”. De acuerdo con ciertas decisiones judiciales, cuando esta última empresa resulte ser una administración pública y el trabajador opte por incorporarse a ella, la indicada regla debe interpretarse con igual criterio que el seguido por la jurisprudencia en relación con los efectos de las irregularidades en la contratación de duración determinada por parte de las administraciones públicas, (SSTS de 7 de octubre y de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 7492 y 9139), de 14 de marzo y de 24 de abril de 1997 (Ar. 2471 y 3498) y de 20 y de 21 de enero de 1998 (Ar. 1000 y 1138). El trabajador afectado podría adquirir la condición de trabajador por tiempo indefinido, en la que se mantendrá hasta la provisión, no la condición de fijo de plantilla, por impedirlo los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (artículos 23.2 y 103.3 de la CE), (SSTSJ del País Vasco de 6 de febrero y de 18 de septiembre de 2001; SSTS de 19 de junio, de 17 de septiembre, de 19 de noviembre y de 11 de diciembre de 2002).

⁵⁹ En la doctrina casacional sobre cesión de trabajadores el crecimiento exponencial reflejado a partir de 2010 se relaciona con el conflicto del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana. Entre otras, en SSTS 17-12-2010 (Rec. 1673/10, Rec. 1647/10, Rec. 1655/10, Rec. 1656/10, Rec. 1814/10, Rec. 1815/10, Rec. 2093/10, Rec. 2094/10, Rec. 2114/10, Rec. 2120/10, Rec. 2412/10); 17-01-2011 (Rec. 2082/10; 24-1-11, Rec. 1733/10); 25-01-2011 (Rec. 1657/10); 26-01-2011 (Rec. 1810/10); 16-02-2011 (Rec. 2122/10); 28-02-2011 (Rec. 2413/10); 09-03-2011 (Rec. 3051/10).

⁶⁰ Cfr., STS 27-10-2011 (Rec. 1784/10).

suerte que la empresa de servicios contratista es una mera entidad interpuesta cuya única finalidad es contratar a un determinado número de trabajadores para realizar una parte de la actividad principal de la empresa cesionaria⁶¹.

Una de las consecuencias que se suelen derivar de la existencia de cesión ilegal, es el planeamiento posterior por parte del trabajador cedido de una reclamación de cantidad interesando las diferencias habidas entre lo percibido y la retribución resultante del Convenio Colectivo aplicable en la empresa cesionaria. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha afirmado que en estos casos debe analizarse la categoría real con arreglo al Convenio Colectivo de la cesionaria. En efecto, el mandato del art. 43 ET dirigido a las empresas cedente y cesionaria, en función de la opción que el interesado ejercite, no es atribuir una categoría sino que las funciones que haya desempeñado surtan sus efectos, económicos y de todo género en la empresa en la que adquiriera la fijeza o el carácter indefinido, habrá que estar a las efectivamente realizadas y de haber optado por la cesionaria, otorgarle la categoría que en ésta corresponda, coincidente o no con la categoría de la empresa cedente⁶².

A propósito también de los efectos que derivan necesariamente de declarar la existencia de cesión ilegal, se ha suscitado la cuestión de determinar las condiciones retributivas que corresponden a los trabajadores sometidos a cesión ilegal y que hubieran optado por adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, y en concreto, si cabe mantener en esta las condiciones salariales superiores que tenía en la empresa cedente. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido afirmando, en síntesis, que a partir de la opción ejercitada en ejecución de la sentencia que declara la nulidad del despido, los derechos y obligaciones del trabajador no pueden ser otros que “los que corresponden en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo”, aunque la antigüedad haya de computarse desde el inicio de la cesión ilegal. En relación con los efectos de la cesión ilegal y de la opción por la reincorporación en la plantilla de la cesionaria, prosiguiendo la relación realmente existente, también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido que los efectos no pueden producirse sólo a partir del ejercicio de la opción, sino que se retrotraen a todo el tiempo que haya durado dicha situación. De tal manera que la reclamación de las diferencias salariales no podrá limitarse a los devengos posteriores a la declaración de la existencia de cesión, sino también a los anteriores⁶³.

⁶¹ Cfr., STS 08-03- 2011 (Rec. 791/10).

⁶² Cfr., STS 25-01-2011 (Rec. 1043/10),

⁶³ STS 25-01-2011 (Rec. 1219/10), SSTS 25-5-2010 (Rec. 3077/09) y 9-12-2009 (Rec. 39/09).

4.2. Garantía salarial en los supuestos de cesión de trabajadores y colaboración en el sector público

Como ya se señaló, la garantía salarial del trabajador frente a empresario cedente y cesionario, comprendida en la existencia de un empresario plural, ex art. 43 ET en los casos de cesión ilegal de trabajadores, se ha extendido por la jurisprudencia a aquellos casos lícitos de colaboración en el marco del sector público, en los que la negación de la existencia de cesión ilegal del art. 43 ET no impide afirmar la existencia de una posición empresarial plural (ex art. 1.2 ET).

El TS, en efecto, de forma reiterada ha negado la existencia de cesión ilegal de trabajadores en supuesto de hecho de colaboración en el marco del sector público y aplicando su doctrina sobre cesión de trabajadores en los grupos de empresa⁶⁴. Se trata de supuestos de hecho en los que, en primer lugar concurre “una colaboración en el marco del sector público entre entidades que forman parte del mismo y que mantienen entre sí relaciones de tutela o de coordinación” y “en segundo lugar, estamos ante una actividad de colaboración entre sujetos públicos que se desarrolla de forma reglada conforme a una regulación administrativa”. En definitiva, son casos en los que “se ha creado un entramado empresarial que, aunque podría presentar una posición empresarial unitaria, no resulta incluíble en el art. 43 del ET”, pues “no concurren elementos de un mecanismo interpositorio que pretende organizar un suministro de trabajadores sin la asunción de las correspondientes responsabilidades”. Para el TS en tales casos “se trata, por el contrario, de una opción organizativa que ha sido prevista específicamente por el ordenamiento administrativo para la prestación de determinados servicios”.

Como aclara el Tribunal Supremo “Esta interpretación del art. 43 del ET coincide con la que la Sala ha realizado en algunos supuestos similares, como el de la circulación de trabajadores en el grupo de empresas (sentencia de 26 de noviembre de 1990) y el reconocimiento de la posición empresarial plural se contiene, entre otras, en las sentencias de 3 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1991. Más recientemente se ha reconocido en la sentencia de 23 de enero de 2007 en el marco de un despido económico”.

Pues bien, esta doctrina establecida en la citada Sentencia de 11 de julio de 2012 se aplica en los supuestos de hecho de las Sentencias del Tribunal

⁶⁴ Esta doctrina que parte de la STS 11/07/2012 Rec. 1591/2011 f3º se aplica en los supuestos de las Sentencias de 14/05/14 Rec. 1467/13 y de 04/02/2015 Rec.96/2014.

Supremo de 14 de mayo de 2014⁶⁵ y de 4 de febrero de 2015⁶⁶, donde la Sala de lo Social excluye la existencia de cesión ilegal cuando el entramado empresarial o pluralidad de empresarios es ajeno a cualquier minoración de las condiciones de trabajo o perjuicio de los derechos de los trabajadores afectados, cuando se producía la puesta en marcha de un mecanismo de coordinación y colaboración en el seno del sector público. Efectivamente, afirma la Sala de lo Social en la citada Sentencia de 14 de mayo de 2014, *“como sosteníamos en la STS/4ª de 11 de julio 2012 (rcud. 1591/2011), no nos hallamos en un caso como el presente ante un supuesto de cesión ilegal puesto que la disociación entre la posición empresarial real y las obligaciones propias de aquélla se derivan aquí de una forma de prestación del servicio legalmente prevista. Sin embargo, la negación de la existencia de cesión ilegal del art. 43 ET no impide afirmar la existencia de una posición empresarial plural (ex art. 1.2 ET)”*.

En definitiva, como se sabe, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores determina la ilicitud de las cesiones de trabajadores salvo cuando el cedente sea una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada y en los términos legalmente previstos. Sin embargo, a pesar de la aparente rotundidad de tal pronunciamiento legal, se ha venido admitiendo jurisprudencialmente que no tienen carácter de cesión ilegal los supuestos de puesta a disposición de trabajadores o circulación de mano de obra en el seno de un grupo de empresas, en cuyo caso solamente estaremos ante una responsabilidad solidaria de todas ellas en su condición de empleadoras. Y, de forma análoga, ha de admitirse la legalidad de los supuestos de cesión de trabajadores entre Administraciones u órganos administrativos, exceptuando tales supuestos de la regulación del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los órganos o entes cedentes y cesionarios en la condición de empleadores de los trabajadores cedidos durante el período de puesta a disposición⁶⁷.

⁶⁵ Cfr., Rec. 1467/2013.

⁶⁶ Cfr., Rec. 96/2014.

⁶⁷ Cfr., STSJ Islas Canarias (Las Palmas) núm. 313/2012 de 8 marzo (AS 2012/2423). En un caso en el que un colectivo de trabajadores que, siendo contratados por la Comunidad Autónoma y considerados como propios de su Administración, prestan sin embargo servicios por cuenta de una Corporación Local durante un periodo determinado, prorrogable, siendo remunerados por ésta. Se afirma que tal estructura de la relación laboral lleva ineludiblemente a la consideración de ambas Administraciones como empresarios en el seno de la misma. Y ello sin perjuicio de la validez de las normas o convenios reguladores de la situación en lo que a la regulación de las relaciones entre Administraciones se refiere. Pero tales normas sólo pueden ser interpretadas como una regulación de la relación interna entre las Administraciones implicadas, sin que sean oponibles frente al trabajador para excepcionar a una de las Administraciones de sus obligaciones y responsabilidades, porque si se admitiera tal derogación se vendría a dar preferencia a la norma reglamentaria autonómica frente a la Ley estatal en una materia, como es la laboral, en la que la competencia normativa, como hemos dicho, está constitucionalmente atribuida al Estado.

EL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: FACULTADES ORGANIZATIVAS Y DISCIPLINARIAS

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Empleado público; personal laboral; facultades organizativas; poder disciplinario

En este trabajo se aborda la potestad autoorganizatoria de la Administración desde la perspectiva del régimen jurídico del personal vinculado a ella por una relación laboral. Se hace particular hincapié en el análisis de las facultades disciplinarias en relación con este mismo personal, ampliamente articuladas en la legislación administrativa y en la negociación colectiva, con una convivencia contradictoria que puede plantear interesantes problemas jurídicos.

ABSTRACT

Key words: Public employee; labour law; organizational power; disciplinary authority

This work addresses the organizational power of the Administration from the perspective of the legal regime of the personnel linked to it by an employment relationship. Particular emphasis is placed on the analysis of disciplinary powers in relation to these same personnel, widely articulated in administrative law and in collective bargaining, with a contradictory coexistence that can pose interesting legal issues.

En la base de la idea de Administración se encuentra inserta la idea de organización, de estructuración de personal ordenada a la realización de los fines que le son propios. Una organización técnica cuya forma auto-dada, en principio, aparece como potestad de la propia Administración sometida únicamente a la Ley, y a los principios al respecto marcados en la Constitución que, como resulta lógico, deriva en la ley la concreción de muchos de esos principios¹. Estos evidentes rasgos se proclaman en nuestra norma máxima en el art. 103:

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

El citado artículo de la Constitución pone de relieve una serie de elementos finalistas y funcionales que restringen el libre juego potencial de esa potestad de organización², muchos de los cuales operan en el contexto de las relaciones jurídicas del personal al servicio de la Administración, cualquiera que sea la naturaleza de la vinculación a la misma. El apartado 3 resulta crucial a estos efectos al menos desde dos puntos de vista: por un lado, procurar la propia efectividad y eficacia de la actividad Administrativa, legalmente diseñada. De otra parte, para perfilar a grandes rasgos el régimen del personal al servicio de las AAPP, caracterizado por:

¹ Sobre el tema, vid. Recio Saez de Guinoa, JM., “Potestad organizatoria de las Administraciones Públicas, ordenación de puestos de trabajo y control judicial”, págs. 267 y ss, en www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/organismos/InstitutoAragonAdministracionPublica/documentos/docs

² Recio Saez de Guinoa, op. cit., “la potestad de autoorganización administrativa se incluye entre las llamadas potestades-función, caracterizadas por la sujeción de su ejercicio a un determinado interés público por la norma habilitante” que se formula, entre otros en el art. 103.1 CE “y, en una formulación más concreta, en las Leyes administrativas” op. cit., pág. 268. También Manteca Valdelande, V., “Las potestades administrativas: organización, planificación y autotutela” Actualidad Administrativa num. 19, 2011 tomo II pág. 2465 y ss. Especialmente, Parejo Alfonso, L., “La potestad de autoorganización de la Administración Local” Documentación Administrativa num. 228 1991, págs. 13 y ss.

-- vínculos administrativos, ya en propio texto constitucional se hace evidente la preferencia del vínculo administrativo sobre el laboral, aunque no se prohíba expresamente el recurso al contrato de trabajo, eso en la medida en que pueda cuestionarse una proclamación inicial tan tajante. No se hace mención alguna, en cambio, a la contratación temporal en régimen administrativo, muy abundante en la época de elaboración del texto fundamental, y fuertemente censurada por la doctrina en la medida en que soslayaba la legislación laboral en contextos en que se reunían las exigencias del art. 1 del ET y situaba a la Administración en una zona de poder contractual hipertrofiado³, que no encontraba justificación en el tipo de trabajos que se desarrollaban por este personal, normalmente trabajos de cualificación media-baja, y en numerosas ocasiones coincidentes en el mismo centro de trabajo trabajadores y contratados administrativos realizando idénticas funciones sin otra justificación que una decisión organizativa que, como se desprende del conocido informe del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960⁴, era una opción más entre las que se abrían al poder organizativo de la Administración. Esa opción experimenta un fuerte freno con la ley 30/84 y más aún con el EBEP, que no la contempla como tercer pilar del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración.

--la proclamación de los principios de mérito y capacidad como criterios rectores del acceso y selección del personal al servicio de la Administración, con lo que, a la vez que se trata de asegurar la efectividad, eficiencia y rectitud en el desenvolvimiento de las funciones Administrativas, se enlaza con el art. 23 CE, con los criterios que mejor sirven para evitar los obstáculos arbitrarios al ejercicio por los ciudadanos del derecho de acceder a funciones y cargos públicos. Esta vinculación con los referidos principios se hace patente para todo tipo de puestos y condiciona los métodos de ingreso en el ámbito del empleo público en régimen de concurrencia competitiva, a través de pruebas *ad hoc* que permitan discernir entre los candidatos al puesto la adecuación a los mismos, por cualquier vía de

³ Feijoo Rey, MJ, “La influencia del Derecho del Trabajo sobre el régimen de los funcionarios públicos” en VVAA “Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la Protección Social. Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel”, CARL 2016, págs. 219 y ss.

⁴ “Para explicar la diferenciación entre el régimen funcionarial y el personal laboral cuando se trata de regular la relación, materialmente de trabajo, entre la Administración y el personal a su servicio, ha hecho fortuna la expresión utilizada por un conocido y reiteradamente citado Dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960, según el cual uno y otro régimen son ‘técnicas de organización’ para configurar la relación jurídica, es decir, ‘modos de regular, o modulaciones de configuración, de una relación que sigue siendo sustancialmente la misma’”, Godino Reyes, M., “El contrato de trabajo en la Administración pública” Civitas, Madrid 1996, pág. 58, que refiere la cita a Alonso Olea, M., “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas” en VVAA “Libro Homenaje a Villar Palasí”, Madrid 1989, pág. 52.

acceso a ellos, incluida la laboral, lo que no ha dejado de plantear problemas técnicos hasta la actualidad. En el contexto de la estructura profesionalizada de la Administración, la pura libertad de selección queda de este modo cercenada salvo en casos límites, y aún así probablemente ya fuera del aparato administrativo. Pero también, paradójicamente, esos mismos principios y la absoluta prevalencia del servicio al interés general, producen un efecto indirecto de fortalecimiento de la posición de la Administración como empleador, y de debilitación de la posición del empleado público laboral, deslizándose hacia una “sujeción especial” predicable en realidad del funcionariado, que exige del intérprete de las normas un cuidado especial a la hora del control del obrar administrativo en este campo, para cuadrar el círculo de un empresario en una relación privada al servicio del interés público.

-- las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos --que no de todo el empleo público--constituyen otra vía de sostenimiento del papel dominante de la Administración como servidora del interés público, que por serlo ha de prevalecer sobre los meros intereses profesionales del personal a su servicio. Como es sabido, esas peculiaridades no eran concretadas tampoco en el art. 28.1 CE, lo que permitiría al TC declarar la licitud constitucional de una eventual eliminación del derecho a negociar de los funcionarios en una de sus primeras sentencias al respecto⁵. Y deja en el aire --como se ha visto en una práctica no muy lejana--el alcance de la exclusión del ámbito de la libertad sindical y sus medios de acción del personal del art. 127 CE: jueces, magistrados y fiscales.

-- el sistema de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración es una exigencia del principio de efectividad en el desarrollo de las funciones profesionales de aquéllos, que han de centrarse en sus tareas de servicio. Y a la vez enlaza con la última de las características enunciadas en relación con el empleo público: la imparcialidad de los servidores públicos, a la que se ordenan todos los principios anteriores y que se manifiesta en la estricta sujeción a la ley y al servicio del interés general como guía de acción para éstos⁶.

La sucesiva legislación, como era esperable, ha ido perfilando y modificado el régimen diseñado por entonces básicamente en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado⁷ --por entonces y aún ahora, en que no está totalmente derogada-- , y

⁵ STC 57/82, de 27 de julio.

⁶ Godino Reyes, M., “El contrato de trabajo en la Administración pública”, cit., págs.. 232 y ss, con una acertada crítica de principio.

⁷ Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

en leyes de trascendencia particular como la 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, la ley 7/97, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, en trance de derogación por la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Y tratando de ordenar esta dispersión normativa, el Estatuto Básico del Empleado Público, actualmente situado en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante EBEP), que refunde la legislación al respecto, encabezada por la Ley 7/2007, de 12 de abril (en adelante EBEP 2007) y sus múltiples modificaciones posteriores. Ha de anticiparse que el referido EBEP retrasa la entrada en vigor de alguno de sus preceptos sustanciales en materia laboral, en los términos de la Disposición Final 4ª.2⁸.

En el EBEP, como en sus antecedentes y en el marco constitucional, se decanta el legislador por el modelo dual de servidores públicos, funcionarios y laborales⁹, restringiendo al máximo la posibilidad de contratación administrativa sustitutoria de la laboral –desarticulando uno de los polos de la “opción organizativa”–, y, como sus precedentes, genera una compleja red de fuentes desde el punto de vista de las competencias entre el Estado y las CCAA. Como es sabido, en el EBEP confluyen, básicamente, dos títulos competenciales en materia de personal: la regulación de las bases de la función pública por el Estado, correspondiendo a las CCAA el desarrollo de la legislación básica y la legislación que no lo sea (art. 149.1.18 CE); y el art. 149.1.7 CE, que reserva para el Estado, en pleno, la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por las CCAA. De este modo, teniendo a la vista la estructura del personal que puede prestar servicios a la Administración, incumbe al Estado fijar “18.ª Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas...la legislación básica sobre contratos” y “el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas” (art. 149.1.18 CE).

A pesar de esta dualidad inicial, el art. 1 EBEP proclama para todo el personal al servicio de las AAPP que “3. *Este Estatuto refleja, los siguientes fundamentos de actuación:*

a) Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales.

⁸ “Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto”

⁹ Vid., al respecto Martín Puebla, E., “Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública” Relaciones Laborales, 1990, Tomo I, págs. 83 y ss.

- b) Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional.*
- c) Sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*
- d) Igualdad de trato entre mujeres y hombres.*
- e) Objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.*
- f) Eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos.*
- g) Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos.*
- h) Transparencia.*
- i) Evaluación y responsabilidad en la gestión.*
- j) Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas.*
- k) Negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo.*
- l) Cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público”.*

Un verdadero torrente de reglas de diversa naturaleza, unas veces reconocedoras de derechos del personal en general de difícil consolidación sin el auxilio de otras instancias normativas; otras fijando principios generales más proyectables sobre el funcionariado en acción que determinando su régimen jurídico; otras fijando objetivos de actuación en materia de personal; unas veces enunciando un derecho en gran parte aplicable, como el reconocimiento de la inamovilidad de los funcionarios, otras —las más— condicionando su desarrollo a la necesaria intervención de los legisladores autonómicos, como se ha dicho.

Como consecuencia de esta esencial diversidad competencial, la futura y tendencialmente diversa postura de los legisladores autonómicos genera por una parte, cierta imprecisión y levedad en los mandatos que tienen como destinatarios a los funcionarios públicos; por otra parte, explica el nivel de detalle alcanzado en

algunos aspectos de la regulación laboral, que no se agotan en el EBEP¹⁰, que, por lo que nos interesa, se declara aplicable al personal funcionario y al laboral “*en lo que proceda*”, siendo necesario el pronunciamiento al respecto del legislador estatal para la extensión de sus reglas al personal laboral (art. 2.1 EBEP). El art. 7 del EBEP limita la contratación de personal laboral, o lo pretende, si se valora el amplio campo profesional de los cuerpos de funcionarios, definiendo lo que es ese personal, el “*que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*”, de otra parte, “*las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el art. 9.2*”. Éste, a su vez, reserva a los funcionarios públicos “*el ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas*”. Un criterio clásico de delimitación del alcance del funcionariado que se ordena en torno a puestos directivos en la estructura administrativa, presumiblemente destinados a ser cubiertos por personal de alta cualificación, asignando indirectamente al laboral un trabajo de apoyo, predominantemente manual, que recuerda en gran medida las reglas de las leyes anteriores sobre función pública. De hecho, para trabajos de alta especialización para cuya ejecución no existen en el personal administrativo sujetos cualificados, la ley, presa de este prejuicio, remite a la contratación administrativa de arrendamiento de obras o servicios para articular la cooperación de este personal. Y no es casual que si se asignan puestos de responsabilidad al personal laboral se haga expresa mención al contrato de alta dirección (art. 13 EBEP), justo una modalidad contractual en la que los poderes del empresario están más desarrollados en lo esencial¹¹ por el retroceso de la legislación específicamente laboral.

¹⁰ Esta peculiaridad competencial en la regulación de las relaciones de empleo público, en Fargas Fernández, J “Exégesis del Estatuto Básico del Empleado Público, en López López, J (dir., “Los Estatutos de los Trabajadores. Papel de las normas y la jurisprudencia en su formulación” Thomson Reuters Ltd. Valladolid 2014 págs. 86 y ss., sintetiza acertadamente la cuestión, y explica en parte la diversidad de respuestas del EBEP a estos problemas: “El EBEP resuelve la tensión entre ámbitos competenciales y amplitud de las potestades normativas mediante un importante juego de salvedades y remisiones a otras normativas autonómicas y laborales que resultan de suma importancia para establecer el ámbito real de aplicación de este Estatuto, ya que son numerosos los preceptos del mismo que deben ser puestos en cuarentena por este motivo” (pág. 86).

¹¹ En efecto, según el art. 15.c) de la ley 30/1984, citada, “Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos.

Centrando el análisis en la figura del trabajador al servicio de la Administración, en principio podría pensarse en la aplicación de la legalidad laboral sin más. Pero, como recuerda la teoría y expresa, por todas, una de entre las Leyes de Función Pública autonómicas vigentes¹², la legislación laboral se encuentra profundamente condicionada en la medida en que “*art. 2.4. Las potestades autoorganizatorias de la Junta de Andalucía facultan a ésta para estructurar su Función Pública, regular su régimen jurídico y dirigir la actuación de todo su personal de acuerdo con los intereses del servicio público*” remachando el art 32.2 de la misma que “*el contenido y efectos de esta relación de empleo estarán regulados por el Derecho Laboral y los actos preparatorios a su constitución, sin perjuicio de las normas eventualmente fijadas al respecto en el ordenamiento laboral, por el Derecho Administrativo. En todo caso, la Administración contratante conserva sus potestades organizatorias en razón a los intereses del servicio*”.

Las potestades organizatorias se manifiestan, pues, en el poder de diseño de las estructuras del personal a su servicio, como manifestación de la competencia autonómica de regulación de sus instituciones de autogobierno y en ese sentido alcanzan una mayor extensión en la cara interna del obrar administrativo (STC

Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral:

- los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo;
- los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos;
- los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;
- los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y
- los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares” Y, en un añadido posterior, “los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo”. Expresamente declarado vigente, con adaptaciones menores, por la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones de 5 de junio de 2007 para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE 23 de junio). Sobre el personal directivo al servicio de la Administración y sus peculiaridades, vid. Roca Valero, V., “La Alta Dirección en la Administración Pública”, en *ElDerecho.com*, 1-4-2012, en http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Alta-Direccion-Administracion-Publica_11_397180003.html

¹² Ley 6/85, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública en Andalucía. Sobre la negociación colectiva como límite a la potestad de autoorganización de la Administración, vid., especialmente STS 26 noviembre 2012 rcud 247/2011 y STS 18 febrero 2016 rcud 38/2015.

50/1999, de 6 de abril), más limitado en su relación con los administrados (art. 148.1.1 CE), pero a la vez condicionan directamente el ejercicio de los poderes de la Administración como empresario laboral, y lo hacen desde una doble dirección, proporcionándoles una legitimación adicional, al hallarse al servicio del interés público —y potenciando su eficacia con la invocación de dicho interés—, y por otra parte circunscribiendo en ese interés público una pauta de contraste de la rectitud de su ejercicio. Así pues, potencian la posición empresarial y a la vez pueden limitarla cuando esos poderes se utilicen para fines contrarios a ese interés público prevalente. Constituyen un verdadero límite interno de los poderes del empleador público, que, de ignorarlo, incurrirá en desviación de poder con todas las dificultades probatorias que declarar este vicio significa.

Las manifestaciones de estos poderes organizatorios se exteriorizan con la planificación del aparato administrativo, y a la vez, con la elaboración de una Relación de Puestos de Trabajo (RPT en adelante)¹³ que comprende la información básica y actualizada del personal al servicio de la Administración de que se trate, así como la precisión del vínculo jurídico que les une. La Ley 6/89 de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, ya desde su preámbulo acoge acertadamente esta función y *“erige a las relaciones de puestos de trabajo como la columna vertebral sobre la que descansa la estructuración del sistema, convirtiéndolas en elemento esencial de la carrera administrativa, núcleo fundamental del sistema retributivo y, sobre todo, factor de racionalización de las estructuras administrativas”*, a estos efectos corresponde a la ley marcar *“los principios básicos y cauces procedimentales a que debe atenerse su formación, pero las relaciones de puestos de trabajo, y en ello radica su virtualidad, deben ser en todo momento la expresión real de las necesidades de la organización y...por tanto, tienen una naturaleza dinámica que obliga a un proceso constante de adecuación a las cambiantes necesidades que demanda el cumplimiento de los fines de la Administración Pública”*¹⁴. Las Ofertas de Empleo Público son, en todas las Administraciones, la proyección concreta de las necesidades de personal en un determinado momento, sometándose para ello a los principios generales que, ya se ha visto, los legisladores intervinientes en el proceso se ocupan de recordar. El EBEP, por su parte, se cuida de dar pinceladas orientativas del régimen del personal laboral

Pero el trazado legal, a todos los niveles, no es tan nítido en su aplicación práctica. Como ya se ha dicho, los trabajadores al servicio de la Administración constituyen una herramienta ágil de satisfacción de necesidades de personal

¹³ De “verdadero quicio de nuestro sistema de organización pública” califica a las RPT Recio Saez de Guinoa, “Potestad organizatoria...” cit., pág. 276.

¹⁴ Aplicable a laborales en estos aspectos concretos, arts. 94 y 95 de la mencionada ley.

“huyendo” del Derecho Administrativo y su lento discurrir. Paradójicamente, en esta huida se crean, por otra parte, no pocos problemas de relación con la Administración empresario por el juego, obligado, de las normas laborales. Uno de los problemas sensibles en estos momentos de reforma y modernización de estructuras, por ejemplo, lo constituye la reversión de las contrataciones con empresas privadas para realización de servicio público, con la finalidad administrativa de asumir la gestión con sus propios medios, siendo el Convenio aplicable previsor de la subrogación en la contrata¹⁵. En otras ocasiones el Derecho del Trabajo sirve para llenar los huecos que en la planificación de personal dejan abiertos las relativamente escasas opciones de personal administrativo que la ley reconoce en sentido estricto. En este contexto, las “bolsas” de personal constituyen un instrumento de almacenamiento de futuros servidores públicos con carácter transitorio que desfiguran la limpieza del modelo inicial, en términos de dudosa legalidad a la vista de la regulación global de la potestad organizatoria, que no alcanza a generar vínculos de servicio *extra ordinem*¹⁶.

Y siempre, las dificultades planteadas por el juego de las normas extintivas del contrato de trabajo, que, en casos de ilicitud del acto extintivo, con frecuencia chocan con los principios que rigen la selección del personal administrativo, a pesar del claro objetivo aproximador del régimen extintivo que se introduce en la DA 20 del Estatuto de los Trabajadores con la previsión de despidos por causas técnicas, económicas u organizativas en el marco de las Administraciones Públicas¹⁷.

Como quiera que sea, personal laboral o funcionarial, el EBEP elabora códigos de conducta que tienden a reforzar la vinculación del personal a la consecución de sus fines mediante el enunciado de deberes de conducta que

¹⁵ La dimensión del problema y la dificultad en su solución, en Alfonso Mellado, C., “La reversión de la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (Atención especial a las Entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)” en Revista de Derecho Social num. 73 2015, págs. 25 y ss.

¹⁶ Por ejemplo, las vicisitudes de la Junta de Andalucía en materia de valoración del personal que ha prestado servicios con carácter temporal en la Administración autonómica a efectos de acceso al puesto o de promoción vienen ampliamente y didácticamente expuestas en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2016, de 11 de mayo, por la que se modifica la ley 6/1985, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía en materia de valoración de la antigüedad a efecto de méritos (BOJA 18 mayo). Sobre las Bolsas de Trabajo vid. Gómez Álvarez, T., “Las Bolsas de Trabajo de la Administración Pública de la Junta de Andalucía” Temas Laborales num 80/2005, págs. 95 y ss.

¹⁷ Una revisión panorámica de la jurisprudencia abundante generada por la reforma, en Kahale Carrillo, DT “Análisis jurisprudencial sobre los despidos en el sector público” Revista Jurídica de Castilla y León num. 37, septiembre de 2015.

integran la carga obligatoria del contrato de trabajo. Los arts. 52 a 54 del EBEP son una muestra de esta orientación legal, de dudosa naturaleza —como empieza a manifestarse en la variedad de denominaciones de las rúbricas de los citados preceptos—pero indudable aplicabilidad a todo el personal de la Administración.

Da una importante pista en este sentido la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos (BOE de 23 de julio), cuyo punto 12 especifica que “*el Código de Conducta integrado por los deberes, principios éticos y principios de conducta contemplados en los arts. 52, 53 y 54 (del EBEP) es de directa aplicación al personal funcionario y al personal laboral*”; igualmente es directamente aplicable al “*personal al servicio de las entidades del sector público estatal*”. Basta una lectura del contenido de los arts. 52 a 54 EBEP para asumir que los “*principios*” que incorporan tienen un contenido positivo, de conformación del hacer del servidor público, pero, quizás para eliminar toda duda al respecto, el citado punto 12 concluye contemplando la dinámica de estas obligaciones desde la perspectiva de su desconocimiento: “*los principios y reglas establecidos en el Código de Conducta informarán la interpretación y aplicación de los regímenes disciplinarios correspondientes*”.

La lectura de los referidos artículos permite concluir su compatibilidad con las obligaciones que se derivan para los trabajadores de sus contratos de trabajo —algunos deberes enunciados con resonancias antiguas—, y su acusado paralelismo con las infracciones muy graves del Título VII del Capítulo 3 del EBEP, tanto, que concreta y perfecciona lo que como deberes de escasa base normativa se enuncian en los arts. 53 y ss. Unos deberes que pueden sintetizarse (art. 53.3, 4 y 10) en las obligaciones de buena fe, diligencia, neutralidad, respeto a la ley y en especial a los derechos fundamentales y prohibición de discriminación, así como lealtad y sometimiento a las exigencias del interés público (propio de la función básica de la Administración ex art. 103 CE). Y en múltiples manifestaciones concretas de esos deberes: desde la exigencia de imparcialidad “*al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio*” (art. 53.2 y 3; a la prohibición de intervenir en los asuntos de toda índole en los que puedan generarse conflictos de intereses (art. 53.5 y 6); al rechazo de privilegios o ventajas injustificados o a influir en el desarrollo de un procedimiento o trámite sin justa causa (art. 53.7 y 9); desde la explícita exigencia de neutralidad en la dedicación al servicio público (art. 53.11) al deber de secreto (art. 53.12) (“*en las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente*”) o de discreción (sobre asuntos a su cargo), y en ambos casos en abstenerse de utilizar la información “*en*

beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”. La larga lista de “principios de conducta” del art. 54 enlaza con los contemplados en el artículo anterior, si acaso, con mayor nivel de detalle o referencias a materias concretas, perdiendo la abstracción del art. 53: es lo que sucede en especial con relación a la formación –obligación y no sólo derecho (art. 54.9) y con la prevención de riesgos laborales, que asombrosamente aparece enunciada en este apartado como obligación del trabajador, aunque no consiga desdibujar la obligación incuestionable de la Administración al respecto (art. 54.9); con la austeridad en el manejo de recursos y bienes públicos (art. 54.5 y 6); diligencia en la custodia de documentos (art. 54.7); servicio diligente al administrado y uso de lenguas oficiales (art. 54.4 y 11).

La concreta referencia al régimen disciplinario comienza en el ámbito de las fuentes que lo regulan, que serán el propio EBEP en cuanto al “*régimen disciplinario establecido en el presente título*” (Título VII, Capítulo 3), que ha de entenderse que tiene la caracterización de norma básica respecto de las que “*las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto*” en el marco de las competencias autonómicas, que a su vez son prevalentes sobre la legislación laboral, que opera “*en lo no previsto en el presente título*” (art. 93.1 EBEP). El ET y los Convenios Colectivos aplicables al personal laboral quedan, así, supeditados en su aplicación, a las previsiones del EBEP que, como en el caso del Código de Conducta, en gran medida constituyen traslaciones de principios que la negociación colectiva hace tiempo que importó, probablemente de la normativa administrativa.

Así las cosas, el EBEP declara que sus reglas se aplican “*sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones*” (art. 94.1). Con ello la norma parece declarar la compatibilidad de la sanción laboral con los dos tipos de responsabilidad, la estrictamente patrimonial y la penal, endureciendo el régimen propio de la relación ordinaria por cuenta ajena –cuando menos haciendo expresas reglas ausentes de la legislación disciplinaria específica del ET–, aunque dentro de márgenes permisibles en cuanto se trata de diversos tipos de responsabilidad, que enfrentan las diversas caras de la infracción y que, por la diversidad de bienes jurídicos en juego, concurren sin superponerse. Para evitar resoluciones disciplinarias contrarias a sentencias dictadas por los Tribunales de lo penal, el art. 94.3 EBEP impone que “*cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal*”. Y en todo caso “*los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración*”, para evitar que unos mismos hechos existan y no existan para distintos órganos del

Estado, en unos términos que, fuera del marco disciplinario laboral común, pero indiscutibles en éste, en que es la Administración la que sanciona, señalara el Tribunal Constitucional (STC 77/83., de 3 de octubre y STC 62/1984, de 21 de mayo).

De otra parte, el EBEP incorpora principios generales sancionadores¹⁸, que hay que entender que se proyectan al marco laboral sin discusión por la contundencia y falta de diferenciación entre colectivos con que son enunciados, aunque no resultan claramente exigibles en su totalidad a partir de la legislación del ET¹⁹, lo que se explica por el carácter público del empresario y el común destino de la norma a funcionarios y trabajadores (art. 94.2): se trata del “*principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los Convenios colectivos*”²⁰; del “*principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor*”; del “*principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación*”; el “*principio de culpabilidad*” y el “*principio de presunción de inocencia*”. En el marco del EBEP, pues, no son necesarios los esfuerzos interpretativos con que se ha enfrentado la doctrina laboral para alcanzar estos resultados con las parcas reglas del art. 58 ET.

La estricta concreción de las infracciones, sin embargo, sólo se produce en relación con las muy graves; por debajo de ese nivel el EBEP deja que operen otros poderes normativos dentro del cuadro de fuentes que se ha expuesto. Ha de entenderse por tanto que sólo alcanzan el carácter de básicas las reglas y preceptos expresos de los arts. 93 y ss EBEP.

¹⁸ Vid también arts. 25 y siguientes de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre principios de la potestad sancionadora, extensibles (art. 25.3) “*al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo*”

¹⁹ Sobre este punto me permito remitir a mi libro “El poder disciplinario en la empresa”, Civitas, Madrid 1990.

²⁰ Parece descartar que la negociación colectiva funcional se pronuncie sobre estos temas al amparo posible del art. 37.2.b) del EBEP. Pero esta interpretación ha de tener en cuenta que el mencionado precepto no introduce una prohibición de negociar, sino un supuesto de ausencia de obligación de negociar, que evidentemente no es lo mismo, con lo que la negociación es, de hecho, posible sólo que en los niveles de infracciones graves o leves sin deber de negociar por parte de la Administración concernida. Con todo, el art. 95.2.p), 3 y 4 vuelve de forma expresa a mencionar la regulación de la materia disciplinaria sólo por ley o por convenio colectivo para el personal laboral, no mencionando a la negociación de funcionarios. Creo que se trata de una contradicción abierta del propio EBEP, y que el derecho a la negociación debe prevalecer sobre la incongruencia legal.

El punto de partida está en el art. 92.2 y 3, que incorpora reglas sancionadoras referidas a trabajadores también. Es sancionable la inducción a otros a cometer faltas disciplinarias (en cuyo caso el inductor será sancionado en la misma medida); y el recordatorio de que *“incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”*. Cabe cuestionarse entonces si el encubrimiento simple no es infracción cuando el daño causado por una falta grave o muy grave sea inexistente o de escasa entidad. Es una cuestión abierta, pero entiendo que tal cosa es posible si se pronuncian al respecto las leyes autonómicas o los Convenios colectivos en relación con el personal laboral declarando su carácter sancionable.

El art. 95.1 EBEP proclama la gradualidad de las infracciones y de las correspondientes sanciones, llevando a la práctica el mandato del art. 94.2.c) del mismo texto, y señala que las infracciones podrán ser leves, graves y muy graves, especificando en su párrafo 2 únicamente cuáles son las muy graves, en una larga lista abierta que, en el art. 95.2.p) permite que se integren nuevas conductas por Ley estatal o autonómica o, en el caso del personal laboral, a través de convenios colectivos. Este es un dato relevante: el listado legal es, de alguna manera, un mínimo que han de asumir los Convenios colectivos, aunque no haya un máximo, cerrando la lista una cláusula abierta. La lectura de las infracciones listadas permite comprobar que, efectivamente, el Código y los principios de conducta aparecen en esta norma en su faceta infractora²¹ y que no son tanto principios

²¹ : “a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública. b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo. c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas. d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. e) La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función. f) La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido. g) El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas. h) La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito. i) La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico. j) La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro. k) La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. l) La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga. m) El incumplimiento de

interpretativos cuanto expresión positiva de obligaciones. Los verdaderos principios interpretativos en materia sancionadora son los enunciados en el art. 94, típicos límites de las facultades sancionadoras en general.

El tratamiento del tema en la negociación colectiva de la Administración General del Estado²² guarda sensibles diferencias formales con el listado legal, pero

la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga. n) El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad. ñ) La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. o) El acoso laboral. p) También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en ley de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral”.

3. Las faltas graves serán establecidas por ley de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente comunidad autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias: a) El grado en que se haya vulnerado la legalidad. b) La gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos. c) El descrédito para la imagen pública de la Administración”.

Y el apartado 4 concluye, en relación con las faltas leves, que “*las leyes de función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias*”. El tratamiento de las fuentes al respecto sigue siendo defectuoso, ignorando la competencia convencional para tipificar las faltas leves y contemplar sólo la competencia legal estricta para faltas leves.

²² Res. 3 noviembre 2009, BOE del 12, art. 78 c) “1. El fraude, la deslealtad y el abuso de confianza en las gestiones encomendadas. 2. La manifiesta insubordinación individual o colectiva. 3. La notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas. 4. El falseamiento voluntario de datos e informaciones del servicio. 5. La falta de asistencia al trabajo no justificada durante cinco o más días al mes. 6. El incumplimiento no justificado del horario de trabajo durante más de diez ocasiones al mes, o durante más de veinte al trimestre. 7. El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando dé lugar a situaciones de incompatibilidad. 8. Cometer falta grave, teniendo anotadas y no canceladas, o sin posibilidad de cancelar, al menos dos faltas graves. 9. El acoso sexual. 10. La violación de la neutralidad o independencia política, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza o ámbito. 11. La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. 12. El incumplimiento de la obligación de atender en caso de huelga los servicios previstos en el artículo 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. 13. La obtención de beneficios económicos por razón del trabajo ajenos al puesto desempeñado. 14. El quebrantamiento del secreto profesional; la manipulación de datos y programas con ánimo de falsificación o la utilización de los medios técnicos de la Administración para intereses particulares de 14. El quebrantamiento del secreto profesional; la manipulación de datos y programas con ánimo de falsificación o la utilización de los medios técnicos de la Administración para intereses particulares de tipo económico. 15. La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. 16. La tolerancia o encubrimiento de los Jefes o Superiores respecto de las faltas graves y muy graves cometidas por los subordinados. 17. El incumplimiento muy grave de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales contempladas en la normativa vigente, entendiendo como tal cuando del mismo puedan derivarse riesgos para la salud y la integridad física o psíquica de otro trabajador o de terceros.”

básicamente reitera las infracciones del mismo con un lenguaje “laboralizado”. Y parecidamente sucede en la negociación a nivel de la negociación colectiva andaluza²³. De modo diferente, en el sector específico de la negociación en las Universidades andaluzas se remite en bloque a lo previsto sobre la materia en relación con los cuerpos de funcionarios docentes²⁴. Existen, de todos modos, supuestos en los que la divergencia es algo más que formal, incurriendo en omisiones que marginan el trato disciplinario que la ley da a algunas cuestiones, particularmente los acosos por motivos no sexuales, minuciosamente contemplados en el art. 95.2.b) del EBEP, o los acosos por razón de sexo que deben considerarse integrados por las prohibiciones de los textos legales. El lapso de omitir el acoso moral o *mobbing* proviene del citado art. 95 EBEP, que no lo contempla, ciñéndose sólo a los que tienen motivación discriminatoria.

²³ BOE 28 noviembre 2002, “Artículo 43. Faltas muy graves. Son faltas muy graves las siguientes: 1. Toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 2. La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. 3. La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales. 4. El fraude, la deslealtad y el abuso de confianza en las gestiones encomendadas, así como cualquier conducta constitutiva de delito doloso. 5. La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado. 6. La falta de asistencia no justificada al trabajo durante más de tres días al mes. 7. Los malos tratos de palabra u obra con superiores, compañeros y compañeras, personal subordinado o público en general. 8. El incumplimiento o abandono de las normas y medidas de prevención de riesgos laborales, cuando de los mismos se deriven graves riesgos o daños para el trabajador o trabajadora, o para terceros. 9. La simulación de enfermedad o accidente que conlleve una incapacidad laboral por tiempo superior a tres días, cuando el trabajador o trabajadora declarado en baja por dicha simulación realice trabajos de cualquier clase por cuenta propia o ajena. Asimismo, se entenderá incluida en este apartado toda acción u omisión del trabajador o trabajadora realizada para prolongar la baja por enfermedad o accidente. 10. El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades. 11. Haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en un período de un año. 12. Causar por negligencia o mala fe daños muy graves en el patrimonio y bienes de la Comunidad Autónoma. 13. Incumplir lo pactado libremente con la Administración, vulnerando la buena fe contractual. 14. El acoso moral, la violación muy grave del derecho a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad del personal, incluidas las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, y el acoso sexual. Se entiende por acoso sexual: La situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

²⁴ BOE 9 de mayo de 2008, “Artículo 60. Régimen disciplinario. 1. Con carácter general y en el marco del artículo 58 del TRET, al personal docente incluido en el ámbito de este convenio se le aplicará el mismo régimen disciplinario que el aplicable a los de los cuerpos docentes universitarios. 2. Las sanciones por faltas graves y muy graves requerirán la tramitación previa de expediente disciplinario, cuya iniciación se comunicará al comité de empresa y al interesado, dando audiencia a éste y siendo oídos aquéllos en el mismo con carácter previo a la posible adopción de medidas cautelares por el Rector”

Desde el punto de vista sancionatorio, la lista es amplia (art. 96 EBEP)²⁵, más de lo que es habitual en el sector privado, y en lo sustancial es recogida por la negociación colectiva. Como en el ordenamiento laboral ordinario, la sanción culminante es el despido, con el necesario añadido de la inhabilitación *“para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que se desempeñaban”*, debiendo seleccionarse la sanción con arreglo a los principios de toma en consideración *“(d)el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación”*.

²⁵ “Artículo 96. Sanciones. 1. Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones: a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves. b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban. c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años. d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca. e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria. f) Apercibimiento g) Cualquier otra que se establezca por ley” g) Cualquier otra que se establezca por ley”.

2. Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave.

3. El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación. En el convenio estatal, art. 79.1, a las faltas muy graves corresponden sanciones de “Suspensión de empleo y sueldo de tres meses y un día a seis meses. Inhabilitación para la promoción o ascenso por un período de un año y un día a cinco años. Traslado forzoso sin derecho a indemnización. Despido”; en el Convenio para el personal laboral de la Junta de Andalucía: “3. Por faltas muy graves: a) Suspensión de empleo y sueldo de más de seis meses hasta doce meses. b) Suspensión para participar en dos procedimientos de promoción en el período de los tres años siguientes a la sanción. c) Traslado forzoso sin indemnización. d) Despido. 2. Todas las sanciones se notificarán mediante escrito motivado y comunicándose por escrito, al mismo tiempo, a la representación del personal y delegado o delegada sindical, en su caso. 3. Las sanciones por faltas graves o muy graves requerirán la tramitación previa de expediente disciplinario, según el procedimiento establecido al respecto, en el que se oírán a la representación del personal y, en su caso, al delegado sindical. 4. En el supuesto de que el personal fuera sancionado con el despido por motivos contemplados en este artículo y recayera con posterioridad sentencia declarando la nulidad o improcedencia del mismo, el personal podrá optar por la readmisión o por la indemnización fijada en la sentencia”.

Las reglas sobre prescripción son inherentes a los listados disciplinarios, como lo es la distinción entre la prescripción de la falta y prescripción de la sanción.

Siguiendo un modelo clásico en la regulación del empleo público, la sanción debe de ir precedida de un procedimiento específico. A él hace referencia el art. 98 EBEP, que diversifica el tratamiento de las infracciones en función de su gravedad.

La sanción de las faltas leves “*se llevará a cabo por procedimiento sumario con audiencia del interesado*” (art. 98.1). La figura del expediente disciplinario se reserva para la sanción por faltas graves o muy graves. Y la previsión de una futura regulación del mismo que “*se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable*”, y una regla fundamental que se ignora con frecuencia en la regulación convencional del sector privado: “*en el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos*”. Queda vigente, entre tanto, el reglamento del RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. Y la regulación que, con respeto a la legislación básica contenida en el art. 98 EBEP, puedan elaborar las Comunidades Autónomas en el seno de sus competencias en materia de personal. Es la negociación colectiva la que aborda este extremo²⁶, en términos complejos

²⁶ Para el personal de la Administración General del Estado, su Convenio establece el procedimiento siguiente: “**Artículo 80. Tramitación y procedimiento sancionador.** 1. Durante la tramitación de todo expediente disciplinario deberá cumplirse el principio de audiencia al interesado. El incumplimiento de este principio dará lugar a la nulidad de lo actuado, debiendo retrotraerse la tramitación del procedimiento al momento en que se produjo el incumplimiento de dicho principio. Al interesado se le notificarán por escrito las actividades que vayan desarrollándose.

Será de aplicación al procedimiento el régimen legal sobre derechos de los ciudadanos del artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Las sanciones por faltas leves serán impuestas previa audiencia al presunto infractor, oídos los representantes de los trabajadores y la representación sindical en su caso. La sanción deberá notificarse por escrito al interesado, a los representantes de los trabajadores y a la representación sindical en caso de afiliación conocida o alegada por el interesado.

En el escrito de notificación se hará constar la fecha y los hechos motivadores de la sanción, la calificación de la falta y los recursos que contra la misma procedan.

3. Las sanciones por faltas graves o muy graves requerirán la tramitación previa de expediente disciplinario. La incoación podrá ser de oficio o mediante denuncia, debiendo constar en el escrito de incoación los hechos susceptibles de sanción y la designación de instructor. De dicho escrito se dará

inspirados inevitablemente en la legislación funcionarial, y recogiendo los principios del EBEP.

traslado simultáneamente al interesado, al instructor, a los representantes de los trabajadores y a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente en caso de afiliación conocida o alegada por el interesado. En el supuesto que el motivo de incoación sea el contemplado en el apartado c.15 del artículo 78, se solicitará informe del servicio médico de la Administración. En caso de iniciarse el expediente por denuncia, el acuerdo de incoación deberá ser comunicado al firmante de la misma.

4. La incoación de expediente disciplinario corresponderá al órgano competente, y en su tramitación se tendrá en cuenta lo previsto en los apartados siguientes.

5. Una vez notificada la incoación del expediente sancionador, el trabajador podrá solicitar la recusación del instructor. Asimismo, el instructor podrá plantear su abstención en caso de concurrir las causas legales. La autoridad que acordó la incoación deberá resolver sobre la abstención y la recusación en el plazo de diez días hábiles, y si se admitiera cualquiera de las dos deberá efectuarse nuevo nombramiento haciéndolo saber por escrito al interesado.

6. El instructor, como primeras actuaciones, procederá a recibir declaración al presunto inculpado y a evacuar cuantas diligencias se deduzcan de la comunicación o denuncia que motivó la incoación del expediente y de lo que aquél hubiera alegado en su declaración.

7. Pliego de cargos: En el plazo de un mes desde la incoación del expediente, ampliable en quince días más, deberá notificarse el pliego de cargos que debe contener: Hechos que se imputen al trabajador, falta presuntamente cometida y posible sanción a imponer. El pliego de cargos debe estar redactado de modo claro y preciso mediante párrafos separados y numerados.

El trabajador podrá, en el plazo de diez días hábiles desde la notificación del pliego de cargos, proponer los medios de defensa que le convengan y realizar cuantas alegaciones estime procedentes.

8. Práctica de la prueba: Contestado el pliego o transcurrido el plazo sin hacerlo, el instructor podrá acordar la práctica de las pruebas que considere así como la práctica o denegación de las propuestas. El instructor comunicará por escrito al interesado las pruebas que se realicen, así como las que se denegasen. La denegación de la prueba será debidamente motivada y sólo podrá acordarse en caso de que las cuestiones a probar sean innecesarias para el procedimiento. Los hechos relevantes para la decisión del procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

9. Propuesta de resolución: Deberán constar los hechos declarados probados que se imputan al trabajador, la valoración jurídica de los mismos y, en su caso, la sanción propuesta. Del expediente completo con la propuesta de resolución se dará traslado al trabajador para que puedan efectuar las alegaciones pertinentes en el plazo de diez días hábiles. Asimismo, se dará traslado al Comité de Empresa o Delegados de personal y a la representación sindical que hubiera comparecido en el procedimiento para que en el mismo plazo puedan ser oídos.

10. Resolución: Se dará traslado del expediente a la autoridad competente, que deberá ser distinto del encargado de la fase de instrucción, y que adoptará la decisión de sancionar, no sancionar u ordenar nuevas diligencias para esclarecer puntos confusos del expediente. En este último caso se dará traslado de las mismas al trabajador en el plazo de diez días hábiles para llevar a cabo alegaciones sobre las actuaciones últimas.

La resolución deberá contener los siguientes elementos: Hechos probados, falta cometida, preceptos en que aparece tipificada, trabajador responsable, sanción impuesta y fecha de efectos. Cuando la sanción consista en la suspensión de empleo y sueldo se procurará que la misma se cumpla en meses sucesivos, con un límite máximo de seis meses. La resolución se notificará al interesado con expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que deben de interponerse y plazo para ello.

La resolución definitiva se comunicará al Comité de Empresa o Delegados de personal y a la representación sindical que hubiera comparecido en el procedimiento.

Finaliza la regulación legal de la facultad disciplinaria en el seno de la Administración con una interesante referencia a los plazos de prescripción

11. El procedimiento sancionador quedará interrumpido cuando exista un procedimiento penal por los mismos hechos hasta la sentencia firme, pudiéndose reanudar en ese momento el expediente disciplinario.

12. Podrá decretarse por el órgano competente, durante la tramitación del expediente sancionador por falta muy grave, la suspensión provisional de empleo cuando se considere que la presencia del trabajador en el centro de trabajo pudiera ocasionar perjuicio para el servicio, o cuando razones justificadas así lo aconsejen”.

A nivel de Comunidad Autónoma, por ejemplo, el convenio para el personal laboral de la Junta de Andalucía, el art d 48 de su Convenio establece en términos semejantes, que “1. Para imponer sanciones por faltas graves y muy graves habrá de instruirse el oportuno expediente. Quien ostente la competencia para acordar la incoación del expediente designará al Instructor o Instructora del mismo. En la medida de lo posible, quien instruye el expediente tendrá la condición de personal laboral y no pertenecer al centro de trabajo donde preste servicios la persona expedientada. De dicha incoación se dará cuenta al personal al que se le ha abierto expediente y en el desarrollo del expediente se oirá a la representación legal del personal. Si la persona expedientada ostentase la condición de Delegado o Delegada de Personal o miembro del Comité de Empresa se estará, además, a las garantías previstas en el artículo 68.a) del Estatuto de los Trabajadores. A tal efecto, se notificará a los restantes Delegados y Delegadas de Personal o al Comité de Empresa la incoación del expediente para que sean oídos, además de la persona interesada. La misma garantía se aplicará a los Delegados y Delegadas Sindicales a quienes amparan las disposiciones del artículo 10 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto. 2. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la incoación del expediente, el Instructor o Instructora habrá de formular pliego de cargos y ordenar su notificación a la persona interesada, quien a partir de la notificación dispondrá de un plazo de diez días para la contestación del mismo y proponer la práctica de cuantas pruebas convengan a su derecho. 3. En el expediente se harán constar los antecedentes del interesado o interesada, su declaración y la de quienes testifiquen, en su caso. 4. Quien instruye el expediente admitirá o rechazará, en el plazo de diez días, las pruebas propuestas mediante escrito razonado y fijará, en su caso, la fecha o el plazo establecido para su realización y, del mismo modo, procederá respecto de las pruebas que hayan de practicarse de oficio. La persona interesada tendrá derecho a estar presente en la práctica de las citadas pruebas. 5. Realizados los trámites anteriores, el Instructor o Instructora formulará en el plazo de diez días la correspondiente propuesta de resolución, en la que necesariamente deberán exponerse con claridad los hechos imputados, la calificación jurídica de los mismos y, en su caso, la correspondiente propuesta de sanción. De la propuesta de resolución se dará traslado inmediato a la persona expedientada, quien, en el plazo máximo de diez días desde la notificación, podrá hacer las alegaciones que estime procedentes. 6. Recibido o no el escrito de alegaciones, el Instructor o Instructora, dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la incoación del expediente, prorrogables hasta tres cuando exista una justa y motivada causa para la citada prórroga, elevará la propuesta de resolución y el expediente al órgano que ordenó instruirlo a fin de que, por el mismo, se proceda a dictar la resolución correspondiente o, si no fuera de su competencia, a elevarlo al órgano competente en el plazo de diez días. 7. Cuando la falta cometida sea de tal naturaleza que perturbe gravemente la necesaria disciplina o el normal desarrollo en la prestación del servicio, el órgano competente para resolver podrá acordar la suspensión preventiva de empleo y sueldo mientras se sustancie la tramitación del correspondiente expediente. Si del resultado del mismo no se dedujese responsabilidad para la persona expedientada o la sanción impuesta fuese de naturaleza distinta a la suspensión de empleo y sueldo, o siendo ésta no superase el tiempo de la suspensión provisional, se procederá de inmediato a la correspondiente reparación. 8. En los casos de denuncia por acoso sexual, se garantizará espe-

de las faltas y las sanciones, que multiplican en duración los previstos en la legislación laboral²⁷. Se trata de una legislación especí-

cialmente el derecho a la intimidad, tanto de la persona denunciante como de la persona o personas denunciadas, así como la confidencialidad de los hechos. Durante el proceso se tomarán las medidas cautelares y de protección de la persona denunciante que sean necesarias. Tales medidas no podrán perjudicarle, en ningún caso, debiéndose cambiar, si fuese necesario, a la persona denunciada, salvo que la denunciante solicitase el cambio. No se permitirán represalias contra la persona denunciante ni contra las personas que testifiquen, apoyándolas en todo momento e informándoles de los recursos existentes, para el caso en que deseen emprender acciones legales”.

²⁷ Un interesante análisis del régimen de estos plazos en STS-IV 8 marzo 2016, rcud 1892/2014, con referencia a la STS 23 mayo 2013 (rcud 2178/2012) “1. Como hemos ya anticipado, y se desprende palmariamente de lo expuesto en los apartados anteriores, la cuestión objeto de controversia se centra en determinar el “dies a quo” o día de inicio para el cómputo del plazo de prescripción de tres años que, para las faltas muy graves, establece el artículo 97 del Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP). 2.- Pues bien, a este respecto, hemos de partir de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 2013 (rcud. 2178/2012), oportunamente citada en la sentencia recurrida. Así razonábamos en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia: “ TERCERO.- La responsabilidad disciplinaria del personal laboral de las Administraciones Públicas está sujeta al régimen disciplinario establecido en el Título VII del EBEP ” y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto” (art. 93.1 EBEP). Para el personal laboral, el ap. 4 del art. 93 EBEP añade que su régimen disciplinario “se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral”. Se consagra aquí de nuevo la compleja técnica, ya detectada en nuestros anteriores pronunciamientos, que implica una cierta indefinición en el establecimiento de un orden de primacía y supletoriedad entre el propio EBEP y la legislación laboral “ordinaria”. En el Título VII se contempla la regulación del ejercicio de la potestad sancionadora (art. 94 EBEP), las faltas disciplinarias (art. 95 EBEP), las sanciones (art. 96 EBEP) la prescripción de las faltas y sanciones (art. 97 EBEP) y el procedimiento disciplinario y medidas provisionales (art. 98 EBEP). Corresponde ahora analizar en que aspectos de la regulación de la materia disciplinaria que el EBEP lleva a cabo se contiene un sistema completo y en cuáles tiene cabida la legislación laboral a la que se remite el antes citado art. 93.4 EBEP . Puede observarse, a título de ejemplo, como la tipificación de las faltas del art. 95 EBEP mantiene abierta la vía de la intervención de la negociación colectiva en esta materia. Centrándonos en el tema de la prescripción de las faltas, el art. 97 establece: “Las infracciones muy graves prescribirán a los 3 años...”. Añade el segundo párrafo: “El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas”. Por su parte, el art. 60.2 E.T. dispone que las faltas muy graves prescribirán “a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido”. El último de estos preceptos contempla, pues, dos plazos de prescripción que han dado lugar a la consolidación de una doctrina jurisprudencial según la cual: a) la fecha en que se inicia el plazo de prescripción 5 se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los hechos; b) se ha de entender que ese conocimiento cabal y exacto lo adquiere la empresa cuando llega a un Órgano de la misma dotado de facultades sancionadoras o inspectoras (STS de 11 de diciembre de 2005, rcud. 3512/2004). Hemos sostenido que, en el caso del art. 60.2 E.T. la regla de partida para el cómputo del plazo largo de prescripción es la de que ésta comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento. Pero existen situaciones en las que no es posible aplicar tal literalidad, como son los casos de las faltas continuadas o de las faltas ocultas por el propio trabajador prevaliéndose de las facultades otorgadas por su situación personal en la empresa. En este último caso, hemos venido aplicando

fica de la materia en este marco, por lo que entiendo que la previsión del EBEP desplaza a la del ET, ya que no se prevé ninguna salvedad en relación con los Convenios colectivos o el personal laboral, como ha sido la pauta general del EBEP en esta materia.

Mención aparte merece la previsión de la suspensión cautelar del servicio en tanto se desarrolla el expediente disciplinario, que deberá estar prevista en las normas que regulen dicho procedimiento y tener una duración máxima de 6 meses, pues el EBEP se limita a autorizar su existencia y marcar las pautas básicas de la suspensión (art. 98.3 y 4), y que se reserva en exclusiva al personal funcionario.

el criterio de partir del cese de la ocultación (STS de 15 de julio de 2003 -rcud. 3217/2002-). En suma, las normas del E.T. parten de la fecha de conocimiento de la empresa para fijar un plazo de 60 días; si bien, dispone que, en todo caso -esto es, aun cuando la empresa no lo conociera en su momento-, la facultad sancionadora disciplinaria prescribe a los 6 meses desde la comisión de la falta. Las matizaciones introducidas por la doctrina jurisprudencial se refieren a los supuestos en que la falta de conocimiento de la empresa pudiera obedecer a la excepcional circunstancia de la propia ocultación por parte del trabajador, en cuyo caso el plazo se iniciaría en el momento en que por fin, la empresa fuera conocedora de los hechos aunque se superen los seis meses desde su comisión. Este doble juego de fechas no aparece plasmado en el EBEP en que el plazo prescriptivo es único y su inicio se fija en la fecha de la comisión de la falta. Ello supone que, durante el mismo, resultará irrelevante el momento de conocimiento por parte de la empresa, cuya facultad sancionadora se mantendrá en tanto no transcurra el plazo único en cuestión. No hay en el precepto del EBEP remisión alguna a la legislación laboral y no cabe entender que la regulación sobre la prescripción de las faltas resulta incompleta. El legislador opta por un sencillo esquema de fijación de un plazo y determinación del momento inicial del mismo”. También STS-IV 2 marzo 2016, rcud 2501/2014 sobre la aplicación de los plazos de prescripción de las faltas previstos en el EBEP al personal laboral, y no los del art. 60 ET.

LAS RELACIONES LABORALES DEL PERSONAL DOCENTE EN LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Libertad de enseñanza, enseñanza privada concertada, conciertos educativos, publicación de la relación laboral

Las relaciones laborales en el sector de la enseñanza privada presenta características propias, que no concurren en otros ámbitos, amparadas por la regulación que de la libertad de enseñanza se realiza en el art. 27 CE. En cuanto manifestaciones de esta libertad, el derecho a la creación de centros y el de su titular a dotarlo de un ideario o carácter propio, por un lado, y el derecho del profesorado a la libertad de cátedra, por otro, constituyen dos factores de extraordinaria relevancia en el desarrollo de la relación laboral que mantienen ambos sujetos. Por otra parte, la posibilidad, también prevista en el at. 27 CE, de subvencionar la enseñanza privada total o parcialmente con fondos públicos, ha dado lugar a una regulación de legalidad ordinaria que permite, a los titulares de los centros privados, acogerse a un régimen de conciertos educativos que produce lo que puede ser entendido como «publicación» de las relaciones laborales en el ámbito de la enseñanza privada concertada, que condiciona la autonomía de la voluntad de las partes tanto desde una perspectiva individual como colectiva.

ABSTRACT

Keywords: Academic freedom, private education subsidised, educational concerts, publication of labour relations

Labour relations in the private education sector have their own characteristics, which not compete in other areas, covered by the regulation of the academic freedom in Article 27 CE. Regarding expressions of this freedom, the right to the creation of educational institutions and the holder to provide it with an ideology or character on the one hand, and the right of teachers to academic freedom, on the other, are two factors of extraordinary importance in the development of the employment relationship that is maintained by both subjects. Furthermore, the possibility, also provided in Article 27 CE, of fully or partially subsidize private education with public funds, has led to a regulation of ordinary law that allows the holders of private schools to benefit from a system of educational concerts, which produces what could be understood as the “publication” of the labour relations in the field of private education, which affects the autonomy of the parties from an individual to collective perspective.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL SISTEMA DE FUENTES DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN LOS CENTROS DE ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA
3. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL ÁMBITO DE LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA
 - 3.1. El derecho del titular del centro a establecer el carácter o ideario propio
 - 3.1.1. Límites del derecho a establecer el carácter o ideario propio del centro derivado del respeto a los derechos de los profesores
 - 3.1.2. Límites del derecho a la libertad de cátedra derivado del respeto al derecho del titular del centro a establecer el carácter o ideario propio
 - 3.2. El poder de dirección como manifestación de la libertad de enseñanza
 - 3.3. Límites al poder directivo del titular del centro: el derecho de los profesores a intervenir en el control y la gestión de los centros privados concertados
4. LA «PUBLIFICACIÓN» DE LAS RELACIONES LABORALES EN LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA
 - 4.1. Límites a las facultades organizativas del titular del centro
 - 4.2. Límites al derecho a realizar actividades y prestar servicios a título lucrativo
 - 4.3. Límites de las facultades del titular del centro concertado para la selección y el despido del profesorado.
 - 4.3.1. Límites a las facultades de selección del profesorado
 - 4.3.2. Inexistencia de procedimiento legal específico de despido
 - 4.4. La «publicación» del régimen salarial del profesorado
 - 4.4.1. El módulo económico como límite máximo de responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia salarial
 - 4.4.2. La paga extraordinaria de antigüedad y su problemática
5. PECULIARIDADES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 5.1. Estructura de la negociación colectiva
 - 5.2. Legitimación para negociar y la condición de tercero de la Administración educativa
 - 5.3. Sometimiento del Convenio Colectivo al principio de jerarquía normativa
 - 5.4. La «publicación» del convenio colectivo
 - 5.4.1. La provisión de vacantes del personal docente
 - 5.4.2. La jornada de trabajo del personal docente
 - 5.4.3. Salarios y alcance de la responsabilidad de la Administración en el pago delegado
 - 5.5. Acuerdos autonómicos para el mantenimiento del empleo

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la libertad de enseñanza que se realiza en el art. 27 CE tiene una de sus manifestaciones en el derecho a la creación de centros y en el derecho de su titular a dotarlos de un ideario o carácter propio. Al mismo tiempo, es también manifestación de la libertad de enseñanza, el derecho a la libertad de cátedra del profesorado que se regula en el art. 20.1.c) CE. Estos derechos por sí mismos tienen virtualidad suficiente para dotar de características propias las relaciones laborales que se dan en el ámbito de la enseñanza privada. El derecho a la creación de centros, que es también manifestación de la libertad de empresa, legitima al titular del centro a establecer el carácter propio del mismo

que debe ser, previa su publicidad por el titular del centro, conocido y respetado por todos los miembros de la comunidad escolar. Se trata de un derecho que tiene sus límites, entre otros, el derivado del respeto a la libertad de cátedra que dota de garantías al profesorado, incidiendo en el ámbito de la dependencia jurídica.

Por otro lado, el art. 27 CE posibilita que la enseñanza privada pueda ser financiada total o parcialmente con fondos públicos, lo que ha dado lugar al establecimiento de un régimen de conciertos educativos, en la actualidad, tras diversas modificaciones, se regula por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación (LODE) y Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). Estas normas prevén que, junto a los centros públicos, los centros privados concertados presten el servicio público de la educación. El decisión del titular de un centro privado concertado de adscribirse al régimen de conciertos para prestar el servicio público de la educación, conlleva el sometimiento del mismo y de las relaciones laborales que mantiene con sus trabajadores, particularmente, con el profesorado, a un conjunto de normas que permiten afirmar que se produce una “publicación” de las relaciones laborales, en la medida en que están condicionadas por las decisiones que se adoptan por el legislador y por las Administraciones Públicas por prestar el servicio público de la educación. Con ello la autonomía de la voluntad de las partes queda condicionada tanto desde la perspectiva individual como colectiva, condicionantes o limitaciones que no se registran en otras relaciones laborales privadas. En la articulación del sistema de fuentes hay que tener en cuenta las regulaciones que se realizan en las leyes educativas, pero también aquellas normas que pueden dictar los legisladores de las Comunidades Autónomas y decisiones de sus respectivas Administraciones.

En el presente trabajo nos hemos ocupado de la problemática que se plantea en las relaciones laborales del profesorado de la enseñanza privada concertada, que está sostenida total o parcialmente con fondos públicos. En los centros privados concertados existen, obviamente, otras categorías de trabajadores además del profesorado, incluso profesores sin relación contractual de carácter laboral, pero el trabajo se centra en la relación laboral por cuenta ajena que deriva de un contrato de trabajo.

No hemos ocupado en primer lugar de aquellos aspectos que tienen relevancia constitucional, para a continuación entrar a examinar los aspectos que consideramos pueden constituir lo que hemos denominado “publicación” de la relación laboral desde la perspectiva individual y también desde la colectiva, ámbito éste en el que se pueden detectar un conjunto de peculiaridades que no se registran en otras relaciones laborales privadas. El análisis de las cuestiones planteadas se ha realizado con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional y del Tribunal Supremo y de algunos trabajos realizados por la doctrina científica.

2. EL SISTEMA DE FUENTES DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN LOS CENTROS DE ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA

Antes de continuar con el desarrollo del trabajo conviene tener presente cómo se configura el sistema de fuentes que regula las relaciones laborales en el ámbito de la enseñanza privada concertada. El art. 3.1, a) E.T. prevé que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado. Este segmento normativo está integrado por normas promulgadas por el Estado que pueden ser de diversa naturaleza jurídica, no estrictamente laboral, que pueden tener repercusión en el desarrollo de las relaciones laborales. En el caso concreto de las relaciones laborales en la enseñanza privada concertada hay que tener en cuenta las normas legales y reglamentarias que regulan el derecho a la educación. En la actualidad son normas legales con vigencia en el desarrollo de las relaciones laborales en el ámbito de la enseñanza privada concertada la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho de la Educación (LODE), y la ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). A nivel reglamentario, hay que tener en cuenta el Real Decreto 2377/1985 de 28 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Concursos Educativos (RCE). Son normas dictadas en desarrollo de las previsiones que se contienen en el art. 27 CE, que establecen disposiciones específicas aplicables a las relaciones laborales que nos ocupan, que han sido objeto de diversas modificaciones normativas.

Hay que tener en cuenta que las prescripciones que se contienen en el art. 29 CE, condicionan de manera relevante la regulación del sistema de fuentes aplicable a las relaciones laborales en la enseñanza privada concertada y, por tanto, el desarrollo de las mismas. Este precepto constitucional además de consagrar el derecho de todos a la educación y la libertad de enseñanza, establece también una serie de derechos y garantías que inciden, en mayor o menor medida, en el ámbito de las relaciones laborales que nos ocupan. Así: el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias creencias, que debe ser garantizado por los poderes públicos; el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica; el deber de los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con la participación efectiva de todos los sectores afectados; la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales; y el reconocimiento a los profesores, padres y,

en su caso, a los alumnos del derecho a intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

Incide también en el desarrollo de las relaciones laborales en el ámbito de la enseñanza privada concertada la normativa que puedan dictar las Comunidades Autónomas para hacer aplicable el régimen de los conciertos educativos; y, además, los acuerdos a los que puedan llegar las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas con las organizaciones empresariales y sindicales para hacer efectiva no solamente la aplicación de los conciertos educativos, sino también el cumplimiento de lo pactado en los convenios colectivos. En la legislación vigente está previsto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOE), que corresponde a las Comunidades Autónomas dictar las normas necesarias para el desarrollo del régimen de conciertos educativos.

Son los conciertos educativos otro instrumento de regulación que incide también en las relaciones laborales existentes en los centros de enseñanza privada concertados. Los centros privados que accedan al régimen de concertación educativa deberán formalizar con la Administración educativa que proceda el correspondiente concierto [art. 116.1 LOE]. Los conciertos son el resultado de una manifestación de voluntad de las partes, limitada por las prescripciones que el legislador considera necesarias para prestar un servicio público que garantice el derecho de todos a la educación consagrado en el art. 27 CE, para impartir enseñanzas declaradas gratuitas. El concierto va a delimitar el ámbito concreto al que se aplica el particular sistema de fuentes reguladoras de las relaciones laborales en sector de la enseñanza privada concertada.

Junto a este bloque normativo, las relaciones laborales en los centros de enseñanza privada concertada se rigen también por los restantes instrumentos de regulación previstos en el art. 3.1 E.T.: los convenios colectivos; la voluntad de las partes plasmada en el contrato de trabajo; y, en su caso, por los usos y costumbres.

3. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL ÁMBITO DE LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA

La configuración del ámbito de las relaciones laborales en la enseñanza privada concertada está condicionada por la regulación que se realiza en el art. 27 CE de determinadas libertades y derechos que se consagran en el mismo. La interpretación que pueda darse a la libertad de enseñanza, al derecho a la creación

de centros docentes, o el derecho que se reconocer a los profesores, padres y alumnos a intervenir en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos, es de extraordinaria importancia porque estos derechos van a modular las relaciones laborales de una forma peculiar o específica, que no se encuentra en otros sectores. Estas prescripciones constitucionales afectan tanto al empresario o titular del centro de enseñanza como a los profesores, en ambos casos en cuanto titulares de determinados derechos que consagra la Constitución. Pero, al mismo tiempo, en cuanto sujetos titulares de derechos que pueden resultar limitados en su ejercicio también por imperativo constitucional.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre determinados aspectos contenidos en el art. 27 CE¹, abordando cuestiones que encuentran acomodo en el referido precepto y que tienen una incidencia relevante en el desarrollo de las relaciones laborales en los centros privados concertados. En cuanto a la libertad de enseñanza, considera el Alto Tribunal que “implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas [art. 27.6] y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan [art.20.1.c)]” [STS 5/1981, de 13 de febrero, FJ. n° 7]. Con esta primera aproximación se está indicando la existencia de derechos constitucionalmente consagrados que surten efecto directo en las relaciones laborales de los centros privados concertados, con independencia de otros derechos fundamentales o de otros derechos de naturaleza laboral previstos en la Constitución. Así, entendida la libertad de enseñanza como derecho a la creación de instituciones educativas tiene la virtualidad de dotar al titular del centro o empresario, como titular del derecho, de una serie de garantías que obligan al legislador a respetar su contenido; y entendida como derecho a la libertad de cátedra [art. 20.1.c)], la libertad de enseñanza tiene la virtualidad de dotar al profesor de protección frente al titular del centro, en el ejercicio de su actividad docente. No obstante, estos derechos que ampara la libertad de enseñanza no son ilimitados, “tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador” [STS 5/1981, FJ. n° 7].

¹ Fundamentalmente en la STC 5/1981, de 13 de febrero, que resolvió recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, reguladora del Estatuto de Centros Escolares; y en la STC 77/1985, de 27 de junio, que resolvió recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación.

3.1. El derecho del titular del centro a establecer el carácter o ideario propio

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) recoge el derecho de los titulares de los centros privados a establecer el carácter propio de los mismos que, en todo caso, deberá respetar los derechos garantizados a los profesores (padres y alumnos) en la Constitución y en las Leyes [art. 115]. En el caso de los profesores el derecho del titular del centro de establecer su carácter propio debe respetar la libertad de cátedra de los mismos, derecho constitucionalmente garantizado tanto en el art. 20.1,c) CE como en el art. 3 LODE. El derecho a establecer el carácter propio del centro ampara también a los titulares de los centros privados concertados, aunque en la normativa vigente no haya previsión específica al respecto cuando se ocupa de regular esta clase de centros, como había en regulaciones anteriores².

“Carácter propio” o “ideario educativo propio” son términos equivalentes³. Por tanto, el ideario determina el carácter propio del centro. El reconocimiento de los titulares de los centros privados del derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones constitucionales forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto que equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios [STC 5/1981, FJ. nº 8]. Señala el Tribunal Constitucional que el derecho a establecer el carácter u orientación propios constituye una “especificidad” que explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que la expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución consagra en el art.38 [STC 5/1981, FJ nº 8]. Esta afirmación nos parece reveladora de que existen peculiaridades o especificidades que concurren en las relaciones laborales de los centros concertados amparadas constitucionalmente. La libertad de creación de centros docentes es una manifestación de la libertad de empresa prevista en el art. 38 CE, pero es el derecho a establecer el carácter propio del centro, el que justifica la recepción en el art. 27 CE del derecho a la creación de centros docentes.

El derecho a establecer un ideario propio no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, pues en cuanto se trata de centros

² Así sucedía en el art 52.1 LODE el derecho de los titulares de los centros privados concertados a establecer su carácter propio, como se reconocía con carácter general para los centros privados en el art. 22 de la misma Ley. Pero estos preceptos fueron derogados por Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, ley también fue derogada posteriormente por la Ley Orgánica 2/2006.

³ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ nº 8; STC 77/1985, de 27 de junio FJ. nº 8.

que hayan de dispensar enseñanzas regladas, el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a distintos aspectos de su actividad [STC 5/1981, FJ nº 8]⁴. Ahora bien, este “derecho del titular del centro no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites y posibles limitaciones, quedando a salvo siempre, de acuerdo con el art. 53 de la CE, su contenido esencial” [STC 77/1985, FJ nº 9]. En este sentido, de una parte, hay que tener en cuenta que en algún aspecto puede que el respeto a los derechos de los padres, profesores y alumnos, suponga una restricción del derecho del titular de fijar el carácter propio; y, de otra, sin embargo, el ejercicio por el titular de su derecho a establecer el carácter propio actúa necesariamente como límite a los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad universitaria. Es decir, se producen límites recíprocos. Trasladando la anterior doctrina al ámbito de las relaciones laborales en los centros de enseñanza privada concertada el ejercicio del derecho del titular del centro a establecer su carácter propio limita el ejercicio de los derechos reconocidos a los profesores, pero al propio dicho ejercicio es acorde con la constitución cuando en su ejercicio respeta también el contenido esencial de los derechos reconocidos a los profesores⁵.

3.1.1 Límites del derecho a establecer el carácter o ideario propio del centro derivado del respeto a los derechos de los profesores

El derecho de los titulares de los centros privados a establecer un ideario educativo propio se mueve dentro de los límites de la libertad de creación de centros que son, según señala la doctrina del Tribunal Constitucional, además de los derechos fundamentales, el “respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) no consagran derechos fundamentales y la muy importante, derivada del art. 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etcétera) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva” [STC 5/1981, FJ. nº 7]. Dicho más brevemente y también en palabras del Tribunal Constitucional: el derecho a establecer un ideario no es un derecho

⁴ Sin embargo, en el voto particular formulado por el Magistrado Don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhirieron los Magistrados Don Ángel Latorre Segura, Don Manuel Díez de Velasco y Don Plácido Fernández Viagas, en su apartado 7 se señala que “el ideario de un centro hace referencia a su carácter propio, pero no a cualquiera de sus características, tales como las de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes, sino que, muy en concreto, el ideario es expresión del carácter ideológico propio del centro”.

⁵ Cfr. sobre el problema de ideario del centro y libertad de cátedra, Calvo Gallego, F.J., “Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia”, CES, Madrid, 1995, págs. 114-125.

ilimitado⁶, sino que tiene sus límites en el respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. De ahí que el respeto de los derechos de los profesores (padres y alumnos) pueda suponer una restricción del derecho a establecer el carácter propio del centro.

Este es el caso de la libertad de cátedra [art 20. 1, c) CE], que “la tienen reconocida todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan” [STC 5/1981, FJ. n° 9]. Forma parte de la libertad de enseñanza el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto de trabajo que ocupan. Ahora bien, la existencia de un ideario, que debe ser conocido por el profesor antes de incorporarse al centro o aceptarla cuando el centro se dota de ideario después de su incorporación, no le obliga “ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar la enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor” [STC 5/1981, FJ. n° 10; STC 77/1985, FJ. n° 9]⁷.

Quedan también al margen del ideario las actividades o conducta lícita de los profesores al margen de su función docente en un centro dotado con ideario propio. En estos casos pueden surgir eventualmente situaciones de conflicto cuando el titular del centro considere que el profesor con sus actuaciones viola su obligación de respetar el ideario. En estos casos será la jurisdicción competente y, en último término, el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo los que resuelvan los conflictos que se produzcan.

La regulación infraconstitucional vigente está en consonancia con la doctrina anterior. Se reconoce el derecho del titular del centro a establecer el carácter propio del mismo, con respeto a los derechos garantizados a los profesores por la Constitución y las leyes en el art. 115.1 LOE; y el derecho a la libertad de cátedra de los profesores en el art. 3 LODE.

⁶ STC 5/1981, FJ. n° 11 dice el Tribunal Constitucional “aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada”

⁷ Cfr. al respecto Maldonado Montoya, J.P., “Significación laboral del ideario de una institución educativa”, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 142/2009, págs. 339-373.

3.1.2 Límites del derecho a la libertad de cátedra derivado del respeto al derecho del titular del centro a establecer el carácter o ideario propio

Ya se ha dicho que la libertad de enseñanza implica también el derecho de quienes llevan a cabo profesionalmente la función de enseñar a desarrollarla con libertad –libertad de cátedra, art. 20.a, c) CE- dentro de los límites propios del puesto de trabajo. Este derecho tiene límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador. En este sentido, hay que recordar que el ejercicio por el titular de su derecho a establecer el carácter propio del centro actúa necesariamente como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar, entre ellos, los profesores, pues de otro modo quedaría privado de todo contenido real dicho derecho [STC 77/1985, FJ nº 9].

La libertad de cátedra la atribuye la Constitución de 1978 a todos los docentes sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúen. Pero se trata de una libertad cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente; características que vienen determinadas, fundamentalmente, por dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente, y el nivel o grado educativo al que el puesto docente corresponde [STC 5/1981, FJ. nº 9].

En los centros privados la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del puesto del nivel educativo, por el ideario que en uso de la libertad de enseñanza haya dado a aquél su titular. La libertad de enseñanza en los centros privados es tan plena como la de los profesores en los centros públicos⁸ y no se viola al imponer como límite de la libertad de enseñanza de los profesores el respeto al ideario del centro [STC 5/1981, FJ. nº 10].

El profesor es libre como profesor en el ejercicio de su actividad específica. Pero “su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es

⁸ A pesar de esa afirmación del Tribunal Constitucional, en la definición que hace de la noción de la libertad de cátedra en los centros públicos hay notables diferencias con la que inmediatamente después hace de la misma libertad en los centros privados. Después definirla como “una libertad frente al Estado o, más generalmente, frente a los poderes públicos”, señala: “En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo en cuanto habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada [...] La libertad de cátedra es, en ese sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales [...] todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad [...] es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro.....”.

decir, en un determinado centro y ha de ser compatible por tanto con la libertad del centro, del que forma parte el ideario” [STC 5/1981, FJ. nº 10]. En este sentido, “la libertad del profesor no le faculta, por tanto, para dirigir ataques abiertos o solapados contra el ideario sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél” [STC 5/1981, FJ. nº 10; STC 77/1985, FJ. nº 9]. Es decir, la existencia del carácter propio del centro obliga al profesor a una actitud de respeto y de no ataque a dicho carácter [STC 77/1985, FJ. nº 9]⁹. Por ello, “una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute una conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de “ataque abierto o solapado” al ideario del centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario” [STC 47/1985, de 27 de marzo, FJ. nº. 3].

3.2. El poder de dirección como manifestación de la libertad de enseñanza

Los titulares de los centros docentes privados tienen la potestad de dirección de constitucionalmente protegida. Señala el Tribunal Constitucional que “es forzoso reconocer la existencia de un derecho de los titulares de los Centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos Centros” [STC 77/1985, FJ. nº 20].

El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse desde un punto de vista positivo y desde una delimitación negativa. Desde el punto de vista positivo implica “el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del Profesorado”. Desde el punto de vista negativo “ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección” [STC 77/1985, FJ. nº 20]. Por tanto, el contenido del derecho a la dirección puede ser objeto de limitaciones pero deben dejar a salvo el contenido

⁹ Señala el Tribunal Constitucional, con sentido aclaratorio, que “la virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios” [STC 5/1981, FJ. nº 10].

esencial del mismo¹⁰. Una de estas limitaciones es, precisamente, la que resulta de la intervención estatal, respaldada por el art. 27.9 CE, para el caso de centros que reciben ayuda de los poderes públicos mediante la financiación total o parcial de su actividad [STC 77/1985, FJ nº 20]. De acuerdo con lo expuesto el art 21.1 LODE el derecho a la dirección de centros docentes privados, dentro del respeto la Constitución y a lo establecido dicha ley.

En el ámbito de las relaciones laborales de los centros privados concertados hablar de derecho a la dirección del centro es hablar del poder de dirección del empresario. En este ámbito se trata de un derecho derivado de la libertad de enseñanza que le permite al titular del centro el ejercicio de facultades decisorias en relación con la organización, el funcionamiento y el personal a su servicio, que puede ser sometido a limitaciones cuando los centros tienen financiación total o parcial de la actividad procedente de los presupuestos de las Administraciones Públicas. Estas limitaciones se instrumentalizan a través del régimen de conciertos educativos legalmente previsto, que se imponen al poder de dirección del empresario titular del centro docente por recibir la ayuda financiera conforme a lo estipulado en el art. 27.9 CE. Se trata de limitaciones propias y específicas que concurren en el ámbito de las relaciones laborales en la enseñanza privada concertada, que afectan al poder directivo del empresario sometiéndolo a lo establecido en la ley, en aspectos importantes como la organización, el funcionamiento de la actividad docente y la relación con el profesorado; limitaciones que también encuentran una justificación en la prestación del servicio público de la educación del que se responsabilizan los centros privados que asumen el régimen de los conciertos.

3.3. Límites al poder directivo del titular del centro: el derecho de los profesores a intervenir en el control y la gestión de los centros privados concertados

Prescribe el art. 27 CE que los profesores (padres y, en su caso, los alumnos) intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos en los términos que la ley establezca. Este derecho a la intervención debe considerarse como una variedad del derecho de participación previsto en el art. 27.5 y 7 CE. Señala el Tribunal Constitucional que este derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda

¹⁰ Continúa el razonamiento del Tribunal Constitucional “el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional”.

participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros” [STC 77/1985, FJ. nº 21]. Este derecho de participación de los profesores está sujeto a límites consistentes en el respeto al contenido esencial del derecho garantizado y de otros mandatos constitucionales, de manera que “el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos estaría, ...[...].en el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en todo caso, del derecho del titular a la creación y dirección del Centro docente” [STC 77/1985, FJ. nº 21].

Se trata de una modalidad de participación interna de naturaleza distinta a la se propicia por las vías de representación de los trabajadores en la empresa mediante los órganos de representación unitaria, amparadas en el art 129 CE, y de representación sindical, con respaldo constitucional en el art. 28.1 CE. La participación de los profesores prevista en el art. 27.7 CE se regula entre los art. 55 y 57 LODE y en el art. 119.1 LOE, para los centros privados concertados. Se articula esta participación a través del Consejo Escolar del Centro [art. 55], órgano colegiado de cuya composición forman parte cuatro representantes del profesorado [art. 56.1,c)], estableciéndose un sistema de renovación por mitades cada dos años, conforme a un procedimiento de renovación parcial que regulan las Administraciones educativas [art. 56.3]. Al Consejo Escolar se le atribuyen funciones de diversa índole -informativas, consultivas, decisorias, etc.- que en cuyo ejercicio, en ocasiones, puede entrar en conflicto con el ejercicio de facultades que corresponde al titular del centro para dirigir la gestión del mismo. El derecho de los profesores a intervenir en el control y gestión de los centros privados concertados, amparado constitucionalmente, limita las potestades de dirección que tiene el titular del centro, también amparadas constitucionalmente, y, en ambos casos, debe respetarse el contenido esencial de cada derecho.

Por otro lado, en el art. 119.2 LOE se reconoce a los profesores un derecho a participar en la toma de decisiones pedagógicas que corresponden al Claustro, a los órganos de coordinación docente y a los equipos de profesores y profesoras que impartan clase en el mismo curso. Esta modalidad de participación ofrece dudas, a nuestro juicio, de que pueda tener conexión con la intervención prevista en el art. 27.7 CE, pues está más relacionada con el ámbito de cualificación profesional que se requiere al profesor, que con el ámbito de la gestión del centro como organización que recibe para su funcionamiento fondos públicos. No debe olvidarse que, en el plano de la dependencia jurídica que debe tener el profesor en relación con el titular del centro puede quedar limitado su poder de dirección

por las reglas de carácter técnico-profesional que deba aplicar el profesor para un adecuado ejercicio de sus funciones.

4. LA «PUBLIFICACIÓN» DE LAS RELACIONES LABORALES EN LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA

Establece el art. 108.4 LOE que la prestación del servicio público de la educación se realizará a través de los centros públicos y de los centros privados concertados. A la vista de esta prescripción, con la decisión del titular de un centro privado de acogerse al régimen de los conciertos educativos se está produciendo la “publicación” de la actividad docente que realizan los centros privados concertados, y, como consecuencia, de las relaciones laborales que mantiene los titulares de estos centros con los profesores que desarrollan su actividad laboral para los mismos.

El acceso al régimen de conciertos debe hacerse “en los términos legalmente establecidos” [art. 116.1 LOE]; esto es, a los efectos que aquí interesan, someterse a las normas establecidas en el Título IV de la LODE y asumir las obligaciones derivadas del correspondiente concierto en los términos establecidos reglamentariamente [art. 5 RD 2377/1985, de 18 de noviembre (RCE)]. Obligaciones fundamentales que deben observarse por imperativo legal, y así debe estar contemplado en el correspondiente concierto, para el titular del centro, ofrecer e impartir enseñanzas que sean declaradas gratuitas por ley¹¹, y para la Administración con la que formaliza el concierto, dotarlo de los fondos económicos necesarios para el centro docente cumpla con el servicio público de la educación.

Estas prescripciones normativas modulan el ejercicio por el empresario-titular del centro privado concertado de sus poderes empresariales. Resultan afectadas sus facultades organizativas, pues la ley impone una determinada estructura de organización institucional y su funcionamiento; resulta afectada también la capacidad del titular del centro para establecer el precio con los usuarios de la actividad docente que desarrolla al prestar el servicio público de la educación gratuitamente; y, por último, debe ajustarse por imperativo legal, en algunos aspectos, a normas específicas aplicables a las relaciones laborales que mantienen los titulares de los centros privados concertados con los profesores que les prestan servicios.

¹¹ Este requisito aparece previsto en las leyes con distinta redacción, aunque hay que interpretarlo en el sentido indicado: “Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas por esta ley” [art. 116.1 LODE]; y “el régimen de conciertos educativos...[...]. implica...[...]., la obligación de impartir las enseñanzas objeto de los mismos”.

4.1. Límites a las facultades organizativas del titular del centro

El sometimiento del titular del centro al régimen establecido para los conciertos educativos implica la aceptación por el mismo de unos límites a su poder de organización del centro que afecta, tanto a las posibilidades de dotar el centro de órganos de gobierno y gestión, a su funcionamiento y a la atribución de las funciones que corresponde desempeñar a dichos órganos. La LODE obliga a que los centros privados concertados tengan, al menos, dos órganos colegiados: Consejo Escolar y Claustro de Profesores [art. 5.1.1]. Y lo mismo indica la LOE al regular la participación en el funcionamiento y gobierno de los centros privados concertados [art. 119.5]. El Consejo Escolar y el Claustro de Profesores son considerados órganos colegiados de gobierno¹² y también de participación del Profesorado [art. 119 LOE]. Igualmente, la ley establece la composición del Consejo Escolar, reglas de funcionamiento de renovación parcial [art. 56 LODE], y funciones que le corresponde [art. 57], preceptos que deben ser observados por el titular.

Por otro lado, viene impuesto al titular del centro el establecimiento de la figura del director del centro, como órgano de gobierno unipersonal con sus correspondientes funciones [art. 54. 1 y 2 LODE]. Establece la ley la duración (tres años) del mandato del director de los centros concertados, precisando informe previo del Consejo Escolar para su nombramiento por el titular del centro, que también dispone de potestad para su destitución cuando existan razones justificadas de lo que dará cuenta a dicho órgano colegiado [art. 59 LODE].

La regulación vigente del cargo de director del centro respeta el contenido esencial del derecho del titular del centro a dirigir el centro docente. Esta regulación ha sido retocada en sucesivas modificaciones¹³ siendo la de mayor

¹² Así hay que deducirlo del art. 54.3 LODE cuando se refiere “a los demás órganos colegiados, tanto unipersonales como colegiados”, pues no hay en el precepto actualmente una mención expresa y directa a que son órganos de gobierno. En la versión original de la LODE sí se establecía en el art. 54.1 que eran “órganos de gobierno”, pero en la nueva redacción del precepto dada por la disposición final 1ª.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (hoy derogada), que dio nueva redacción a dicho precepto, se suprimió la expresión “órganos colegiados”.

¹³ En su primera redacción el art. 59 establecía lo siguiente: “1. El Director de los centros concertados será designado previo acuerdo entre el titular y el consejo escolar, de entre profesores del centro con un año de permanencia en el mismo o tres de docencia en otro centro docente de la misma entidad titular. El acuerdo del consejo escolar del centro será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. 2. En caso de desacuerdo, el director será designado por el Consejo Escolar del centro de entre una terna de Profesores propuesta por el titular. Dichos profesores deberán reunir las condiciones establecidas en el apartado anterior. El acuerdo del Consejo Escolar del centro será

calado la efectuada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que ha ampliado de manera considerable las facultades de actuación del titular del centro en lo que se refiere al nombramiento y cese del director, al no tener que depender para que se ejecute su voluntad del acuerdo con el Consejo Escolar como sucedía con las anteriores regulaciones ni exigirse al director requisitos específicos.

4.2. Límites al derecho a realizar actividades y prestar servicios a título lucrativo

Tiene declarado el Tribunal Constitucional que el establecimiento de un módulo económico para los centros concertados no coarta ni limita la libertad de enseñanza -ni en su manifestación de libertad de creación de centros-, pues contribuye a crear un mecanismo favorable a su ejercicio; y, por la misma razón, tampoco resulta vulnerada la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, pues la creación de centros educativos resultaría favorecida por la posibilidad de opción de acogerse o no al régimen de conciertos [STC 77/1985, FJ. nº 12].

Con ser cierto tal razonamiento, lo que no es menos cierto es que la opción del titular de un centro privado por el régimen de conciertos produce también la sujeción a unos límites de las potestades que tiene como empresario de la determinación de unos precios por la prestación de servicios, que le reporten un beneficio económico. Por imperativo legal el régimen de conciertos obliga a impartir gratuitamente las enseñanzas objeto de los mismos [art. 51.1 LODE].

Los límites que se imponen a las potestades empresariales del titular del centro privado concertado alcanzan también a otras actividades o servicios de los centros que no están financiadas por el concierto, como son las actividades

adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. 3. El mandato del Director tendrá una duración de tres años. 4. El cese del Director requerirá el acuerdo entre la titularidad y el Consejo Escolar del centro". Esta regulación fue considerada constitucional y respetuosa con el contenido esencial del derecho del titular del centro a dirigir el mismo [STC 77/1985, FJ. nº 22]. Tanto en lo que se refiere a la designación y cese del director al salvaguardar la capacidad decisoria del titular - y a pesar de que se exigía el acuerdo como el Consejo Escolar-; como en lo que se refiere a las condiciones que debía reunir el director, al garantizarse cualificación pedagógica y experiencia docente, exigencia acorde con los fines constitucionalmente señalados a la actividad educativa; como a la duración del mandato por garantizar una mínima continuidad y estabilidad, lo que está también de acuerdo con la consecución de los fines de la actividad educativa.

Posteriormente, este artículo ha tenido nuevas redacciones con las modificaciones efectuadas por la disposición final 1.6 de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes, y la disposición final 1.7 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

complementarias, las actividades extraescolares y los servicios escolares. Actividades y servicios que, por su prestación, no pueden tener carácter lucrativo [art. 51.2 LODE]. A tales efectos, el cobro de cualquier actividad complementaria deberá ser autorizada por la Administración educativa correspondiente, a propuesta del Consejo Escolar; órgano que también tiene atribuida la función de aprobar, a propuesta del titular del centro, las aportaciones de las familias para la realización de actividades extraescolares y servicios escolares [art. 51.3 y art. 57 g) e i) LODE]. Por tanto, no solamente se limita el derecho a la obtención de un beneficio económico, sino que también se somete, a la aprobación de otros sujetos distintos al titular del centro, el establecimiento de las correspondientes cuotas para prestar actividades complementarias, extraescolares y servicios escolares. Se considera que estas actividades constituyen un conjunto que hace posible la formación total del alumno, o bien de modo directo o bien con carácter instrumental [STC 77/1985, FJ. nº 13].

La imposición legal del carácter no lucrativo por la prestación de este tipo de actividades y servicios, no las considera el Tribunal Constitucional contrarias a la Constitución, pues a través del sistema de conciertos, el legislador, al mismo tiempo que garantiza que la enseñanza se imparte en condiciones de gratuidad, puede imponer el carácter no lucrativo de las actividades indicadas. No puede invocarse derecho alguno basado en derechos fundamentales o en normas constitucionales de otro género en favor de un supuesto beneficio empresarial derivado de actividades en los centros concertados [STC 77/1985, FJ. nº 13]. Ahora bien, la imposibilidad de tener carácter lucrativo no puede entenderse de una manera absoluta para todas las actividades que pueda prestar el centro concertado, pues “un Centro que haya aceptado el régimen de conciertos sí podrá desempeñar otras actividades docentes con carácter lucrativo fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto” [STC 77/1985, FJ. nº 13].

4.3. Límites de las facultades del titular del centro concertado para la selección y el despido del profesorado

Previene el art. 60.5 LODE que “la Administración educativa competente verificará que los procedimientos de selección y despido del profesorado se realice de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores y podrá desarrollar las condiciones de aplicación de estos procedimientos”. Por otro lado, establece el art. 62.2, d) LODE que es causa de incumplimiento grave del concierto por parte del titular “separarse del procedimiento de selección y despido del profesorado establecido en los artículos precedentes”. Esta causa de incumplimiento ya estaba prevista en el texto original de la LODE y la modificación realizada por

la disposición final 1.10 de Ley Orgánica 2/2006 lo que hizo fue calificar los distintos incumplimientos que estaban previsto de forma general.

Llama poderosamente la atención el mantenimiento en la ley de estos dos preceptos, porque son absolutamente ineficaces y no tienen sentido alguno. Podrían tenerlos con la regulación original de la LODE, pero no en la actualidad. Como se tendrá ocasión de comprobar a continuación carecen de referencia normativa para ser aplicados, dado que los procedimientos a los que se refieren no existen en la norma actualmente. Más exactamente hay una mínima regulación aplicable a la selección del profesorado, y ninguna regulación que pueda ser aplicable a los despidos.

La última reforma legislativa realizada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la reforma de la calidad educativa, ha ampliado notablemente las potestades del titular del centro en la aplicación de las mencionadas instituciones (selección y despido).

4.3.1 Límites a las facultades de selección del profesorado

La práctica totalidad de las limitaciones que la legislación vigente impone al titular del centro concertado para la selección del profesorado se reducen al anuncio público de la existencia de las vacantes que se produzcan [art. 60.1 LODE] y a la observancia de los principios de mérito y capacidad en su provisión, a los que atenderán los criterios de selección que tienen que establecer mediante acuerdo el Consejo Escolar del centro y el titular del mismo [art. 60.2 LODE]. Una vez hecha la selección por el titular del centro, junto con el director, dará cuenta al Consejo Escolar. Estas reglas son las que impone en la actualidad el art. 60 LODE para la selección del profesorado en los centros privados concertados. Si se observa, los principios que rigen la selección del profesorado para la provisión de las vacantes son los mismo que impone la Constitución para la cobertura de los puestos de trabajo en el ámbito del empleo público.

La facultad de seleccionar al profesorado que se estime más idóneo forma parte del derecho a crear y dirigir centros docentes que nuestra Constitución consagra [STC 77/1985, FJ. nº 24]. Este derecho puede ser limitado por el legislador al tener que garantizar el derecho de los profesores (padres y, en su caso, los alumnos), a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos [STC 77/1985, FJ. nº 24]. La regulación que puede hacer el legislador puede ser más o menos restrictiva, pero siempre tendrá que respetar el contenido esencial de los derechos el titular del centro y de los miembros de la comunidad educativa. En este sentido, se puede afirmar

que el hecho de que la ley obligue, para establecer los criterios de selección, a alcanzar un acuerdo entre el Consejo Escolar y el titular del centro, en modo alguno puede suponer una limitación contraria a la Constitución, pues “siempre que tal concurrencia de voluntades se produzca, la facultad del titular se habrá visto condicionada y restringida en su ejercicio pero en modo alguno suprimida” [STC 77/1985, FJ. nº 24]. La posible privación de la facultad del titular se dará sólo si, en contra de su voluntad, se acordara la contratación o se le impidiese llevarla a cabo.

Esta doctrina se formuló por el Tribunal Constitucional con ocasión de la resolución del recurso previo de inconstitucionalidad de que fue objeto el proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE), que, ciertamente, contenía una regulación mucho más restrictiva de las facultades del titular del centro concertado que la vigente en la actualidad. En la primera versión de la LODE, los poderes del empresario titular del centro concertado en la selección del profesorado estaba más condicionada pues además de las limitaciones señaladas, era preciso que el Consejo Escolar designara una Comisión de Selección (integrada por el Director, dos profesores y dos padres de alumnos) para seleccionar a los candidatos más idóneos y realizar al titular del centro una propuesta motivada. Y si existía desacuerdo entre el Consejo Escolar y el titular del centro respecto de los criterios de selección o disconformidad fundada entre la propuesta realizada por la Comisión de Selección y el titular, podría actuar la Comisión de Conciliación, regulada en el art 61 LODE, que debe adoptar sus acuerdos por unanimidad.

Como se ha podido comprobar, las reglas legales que rigen para la selección del profesorado son escasamente relevantes como para poder hablar de la existencia de procedimientos de selección del profesorado que debe verificar la Administración educativa competente, tal como se indica en el art. 60.5 LODE, y para que pueda sancionarse como incumplimiento del concierto, el hecho de no haber seguido el procedimiento de selección del profesorado. Lo que puede entenderse como procedimiento se limita a observar unos principios -publicidad, mérito y capacidad- conforme a unos criterios pactados entre el Consejo Escolar y el titular del centro, que es el que tiene la facultad para proceder a la selección del profesorado, junto con el Director, dando cuenta la Consejo Escolar.

4.3.2 Inexistencia de procedimiento legal específico de despido

Algo similar a lo visto con la selección del profesorado sucede en lo que se refiere al despido. Aunque el art. 60.5 LODE establezca que la Administración educativa competente verificará que los procedimientos de despido del

profesorado se realicen de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, en estos no existe ni rastro de procedimiento alguno de despido.

Someter a la facultad del titular de despedir al profesorado a un procedimiento como el que inicialmente se regulaba en la LODE no desnaturaliza las facultades del titular si se respeta su decisión en último término [STC 77/1985, F: nº 25]. La redacción de norma anterior a la vigente establecía que para poder realizar el despido de los profesores se requería el pronunciamiento previo del Consejo Escolar del centro mediante acuerdo motivado, adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros; y, en caso de que dicho acuerdo fuera desfavorable, debía reunirse inmediatamente la Comisión de Conciliación que se regula en el art. 61 LODE, que debe adoptar sus acuerdos por unanimidad. La intervención del Consejo Escolar y de la Comisión de Conciliación no impedía la decisión del titular de despedir, que posteriormente podía ser revisada por la jurisdicción laboral.

La única protección específica -e indirecta- que puede actuar frente al despido de los profesores en centros concertados es la tipificación como incumplimiento leve del concierto, “proceder a los despidos del profesorado cuando aquéllos hayan sido declarados improcedentes por sentencia de la jurisdicción competente” [art. 62.1, c) LODE]. Prescripción que, a nuestro juicio, en una correcta interpretación requiere tener en cuenta que no solamente haya sido declarado improcedente el despido sino que el empresario haya optado por la indemnización y no por la readmisión.

Como sucede en el caso de la selección del profesorado en el despido no se puede hablar de procedimiento para los despidos como se indica en el art 60.5 LODE, sencillamente por no existe nada previsto.

4.4. La publicación del régimen salarial del profesorado

Con independencia de que mediante convenio colectivo se pueda determinar y su estructura, el sometimiento al régimen de conciertos conlleva la aplicación de normas que afectan al régimen salarial en diversos aspectos. Por una parte, supone una garantía para el titular del centro y para el profesorado en cuanto al cumplimiento de las prestaciones económicas derivadas del contrato de trabajo, al estar prevista legalmente la financiación pública del mismo y el pago delegado del salario por las Administraciones Públicas. Por otra parte, el módulo económico fija el gasto máximo que pueden atender los fondos públicos, limitando la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Por último, la publicación del régimen salarial se observa cuando se toma como referencia la remuneración

del profesorado de la enseñanza pública, a la que se debe tender con la finalidad de su equiparación, pero también para fijar límites a los incrementos retributivos que pueden afrontar los presupuestos de las Administraciones Públicas.

4.4.1 El módulo económico como límite máximo de responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia salarial

La financiación de los centros privados concertados con fondos públicos se viabiliza mediante la determinación del importe de un módulo económico por unidad escolar en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, en los de la Comunidades Autónomas [art. 117.2 LOE]¹⁴. El módulo está integrado por tres apartados que incluyen¹⁵, en relación con el profesorado, los salarios, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social, y otros gastos de diversa índole que alcanzan incluso al coste del crédito horario que como garantía para el ejercicio de la función representativa se establece en el art. 68 E.T..

Prescribe la ley que las cantidades correspondientes a los salarios del personal docente posibilitarán la equiparación gradual de su remuneración con las del profesorado público de las respectivas etapas [art. 117.3 LOE]. Esta

¹⁴ Art. 14.4, párrafo 1º, Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016: “En el ámbito de sus competencias, las Administraciones Públicas educativas podrán fijar las relaciones profesor/unidad concertada adecuadas para impartir el plan de estudios de cada nivel objeto del concierto, calculadas en base a jornadas de profesor con veinticinco horas lectivas semanales”. Esta disposición está predeterminando o condicionando la distribución de la jornada que pueda pactarse para el profesorado de los centros privados concertados. Idéntica previsión legal se puede encontrar en las anteriores leyes presupuestarias del Estado. Así, art. 15.3, párrafo 1º, Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para 2014; art. 15.3, párrafo 1º, Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de PGE para 2015.

¹⁵ Los apartados que conforme al art. 117.3 LOE integran el módulo económico son: a) Los salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social que correspondan a los titulares de los centros. b) Las cantidades asignadas a otros gastos, que comprenderán las de personal de administración y servicios, las ordinarias de mantenimiento, conservación y funcionamiento, así como las cantidades que correspondan a la reposición de inversiones reales. Asimismo, podrán considerarse las derivadas del ejercicio de la función directiva no docente. En ningún caso, se computarán intereses del capital propio. Las citadas cantidades se fijarán con criterios análogos a los aplicados a los centros públicos. c) Las cantidades pertinentes para atender el pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros privados concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y los derivados del ejercicio de la función directiva docente; pago de las obligaciones derivadas del ejercicio de las garantías reconocidas a los representantes legales de los trabajadores según lo establecido en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores. Tales cantidades se recogerán en un fondo general que se distribuirá de forma individualizada entre el personal docente de los centros privados concertados, de acuerdo con las circunstancias que concurran en cada profesor y aplicando criterios análogos a los fijados para el profesorado de los centros públicos.

previsión legal constituye un mandato que no implica la equiparación inmediata, sino en la medida en que los presupuestos de las Administraciones Públicas vayan contemplando los incrementos necesarios para alcanzar dicha equiparación. Tal es así que el legislador impone límites que garantizan que no se va a producir alteración en el importe de los módulos económicos previstos anualmente en los presupuestos de las Administraciones Públicas¹⁶. En este sentido, el art. 117.6 LOE establece la imposibilidad de que la Administración pueda asumir alteraciones de los gastos de personal y costes laborales del profesorado, derivados de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios. En consonancia con ello las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado vienen recogiendo en su articulado la imposibilidad de que la Administración asuma los incrementos retributivos, la reducciones horarias, o cualquier otra circunstancia que conduzca a superar lo previsto en los módulos económicos; y, asimismo, la Administración no asumirá los incrementos retributivos, fijados por convenio colectivo, que supongan un porcentaje superior al incremento establecido para el profesorado de la enseñanza pública en los distintos niveles de la enseñanza, salvo que, en aras a la consecución de la equiparación gradual antes señalada en el art. 117.4 LOE, se produzca su reconocimiento expreso por la Administración y la consiguiente consignación presupuestaria¹⁷.

La jurisprudencia se ha venido pronunciando desde hace tiempo sobre la naturaleza jurídica que corresponde a la responsabilidad de la Administración Pública respecto de los salarios de los profesores de los centros concertados. De forma unánime y reiterada afirma que la Administración Pública responde frente a los profesores de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos, aun cuando no asuma el papel de empresario y no sea parte de la relación laboral limitándose su obligación a una suerte de pago delegado. Pero esta responsabilidad no es absoluta sino que está limitada por la cuantía de la que están dotados los módulos, a cuyo pago se compromete la Administración y aceptan los centros privados que deciden acogerse al régimen de conciertos; de forma que las posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos entre empresas y trabajadores, bien por incrementar los conceptos salariales ya regulados por la norma convencional, bien por crear otros nuevos, solo podrán ser asumidos por la Administración en tanto no superen el

¹⁶ Salvo supuestos de centros privados concertados que escolaricen alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, en los que la LOE permite incrementar los módulos en proporción mayor a la establecida con carácter general o para la zona en la que se ubiquen [art. 117.7].

¹⁷ Cfr. Art. 14.4, párrafos 2º y 3º, Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016; art. 15.3, párrafos 2º y 3º, Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para 2014; art. 15.3, párrafos 2º y 3º, Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de PGE para 2015.

citado límite legal [SSTS, Social, 18-5-2005, Rec. 149/2002; 21-12-2011, Rec. 2/2011; 24-9-2012, Rec. 127/2011, 12-11-2012, Rec. 84/2011, entre otras]. Así pues, el legislador ha determinado, a través de los módulos, el límite máximo de la responsabilidad que incumbe a la Administración; y dicho límite no puede ser alterado por una decisión tomada por las partes negociadoras del convenio colectivo [STS, Social, 21-12-2011, Rec. 2/2011]¹⁸.

El límite máximo de responsabilidad salarial derivado del módulo económico opera aun en el caso de que se haya producido una reducción del mismo por vía presupuestaria, con posterioridad a la negociación del convenio colectivo. En este supuesto queda eximida la Administración Pública de asumir las cantidades pactadas en convenio colectivo que superen el módulo, pues “la responsabilidad del pago por parte de la Administración Pública no deriva del convenio, sino de las disposiciones legales...” [SSTS, Social, 18-5-2005, Rec. 149/2002; 21-12-2011, Rec. 2/2011; 24-9-2012, Rec. 127/2011, 12-11-2012, Rec. 84/2011, entre otras]. Por tanto, para esta doctrina, las partes son libres de pactar las modificaciones retributivas que estimen oportunas cualquiera que sea el momento en que se produzca la negociación colectiva, pero sabiendo que los acuerdos a los que lleguen llevarán implícitos, en todo caso, la obligación de la empresa empleadora de asumir en exclusiva las cantidades que excedan de los módulos legales, al no existir norma que obligue a la Administración a ampliar el límite presupuestario establecido [SSTS, Social, 18-5-2005, Rec. 149/2002; 21-12-2011, Rec. 2/2011; 24-9-2012, Rec. 127/2011, 12-11-2012, Rec. 84/2011, entre otras]¹⁹].

Esta doctrina fue posteriormente modificada siendo mayoritaria la jurisprudencia que somete el contenido del convenio colectivo a lo que disponga la ley aunque sea posterior, destacando la vinculación existente entre los módulos económicos previstos en los presupuestos y lo pactado en el convenio colectivo

¹⁸ Cfr. García-Nuñez Serrano, F., “La responsabilidad de la Administración Pública en el pago de los salarios a los profesores de centros de enseñanza concertados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 2/2003, págs., 2907-2911.

¹⁹ La SSTS, Social, 24-9-2012, Rec. 127/2011 y 12-11-2012, Rec. 84/2011, se dictan en litigios en los que la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, redujo el importe de los salarios del profesorado pactados en convenio colectivo anterior a la Ley 3/2010, de 24 de junio, dictada por el Parlamento autonómico, cuya disposición adicional séptima determinó la minoración del módulo económico de los centros educativos concertados.

Cfr. Al respecto Camas Roda, F., “La afectación de los recortes legales presupuestarios a las retribuciones del personal de los centros de enseñanza concertados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 5/2011, págs., 77-86; y Marín Correa, J.M., “Negociación colectiva y medidas de restricción del gasto público. Empresas privadas que gozan de subvención(1), *Actualidad Laboral*, Tomo I, 2011, págs., 1456-1458.

[STS, Social, 31-1-12, Rec. 184/2010, entre otras]. En esta cuestión nos detendremos más adelante.

4.4.2 La paga extraordinaria de antigüedad y su problemática

Se trata de una remuneración que no ha dejado de generar litigios desde que aparece pactada en el convenio colectivo. Si inicialmente la polémica giraba en torno a su naturaleza salarial, posteriormente se ha trasladado a otros aspectos como sometimiento al acuerdo con las Comunidades Autónomas para su percepción. Con ocasión de aplicación de lo previsto en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con Fondos Públicos, se planteó el problema de tener que determinar la naturaleza jurídica de la “paga extraordinaria de antigüedad” en la empresa, al existir discrepancias en cuanto a su carácter salarial. El art. 61 de este convenio establecía que “los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa tendrán derecho a una paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido”. El Tribunal Supremo resolvió la cuestión concluyendo en su naturaleza salarial que procede no solo de su inclusión o regulación en el título de convenio correspondiente a las retribuciones, sino también por su perfecto encuadre en los arts. 25 y 26 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a los cuales el salario retribuye la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena y, el trabajador, en función del trabajo desarrollado, tratándose de un complemento salarial fijado en función del tiempo de la prestación de servicios por cada trabajador [STS, Social, 9-5-2003, Rec. 90/2002]²⁰.

20 Cfr. Valverde Asencio, A.J., “La peculiar relación de trabajo de los profesores de enseñanza privada concertada: en particular sobre su régimen salarial. La paga extraordinaria de antigüedad”, *Temas Laborales*, nº 72/2004, págs. 291-309. Este autor criticó en su momento la STS, Social, de 9-5-2003, porque no entra a analizar más que el carácter salarial de dicha paga para atribuir la condición de responsable de su pago a la Administración, sin detenerse en cuestiones realmente sustanciales como la responsabilidad de los centros, los condicionantes que puede tener la misma en el necesario sometimiento a los límites presupuestarios que afectan a los módulos del concierto o la dinámica de la propia paga.

Con posterioridad, los Convenios Colectivos V²¹ y VI²², continúan recogiendo la paga extraordinaria de antigüedad si bien la disposición adicional 8ª de estos convenios establece que para su percepción se precisan suscribir Acuerdos con las Comunidades Autónomas o estar previsto en Instrucciones o Resoluciones de la Administración competente. Por tanto, no es suficiente con la previsión contenida en el convenio colectivo. Si no se produce una asunción de la responsabilidad en el pago por parte de la Administración autonómica correspondiente, actualmente por la vía del Acuerdo o, en su caso, de manera unilateral (porque exista una norma que la vincule), no es posible su percepción. De tal forma, que en el supuesto de que una Ley Presupuestaria Autonómica prohíba suscribir acuerdos o dictar Instrucciones o Resoluciones para el abono de la paga extra de antigüedad en la empresa, no es posible en vía judicial declarar el derecho de los trabajadores a dicha paga, previa habilitación de la oportuna partida presupuestaria²³.

²¹ Publicado en el BOE de 17-enero-2007, en cuyo art 61 se establece que “los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa, tendrán derecho a una única paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. Sin perjuicio del derecho establecido en el párrafo anterior, el procedimiento y calendario de abono de esta paga respecto al personal en régimen de pago delegado en los niveles concertados, será conforme a los Acuerdos autonómicos que se suscriban conforme a lo establecido en la Disposición Adicional octava del presente Convenio o en las Instrucciones o resoluciones que dicte la Administración educativa competente sobre dicho régimen”. En este convenio la paga se contempla sin distinción de si se trata o no de personal que percibe su salario mediante pago delegado.

²² Publicado en el BOE de 17-agosto-2013. Este convenio regula específicamente en el art. 62 bis la “Paga Extraordinaria por antigüedad en la empresa del personal docente en pago delegado” estableciendo que “Sin perjuicio del derecho establecido en el artículo anterior, el personal en régimen de pago delegado percibirá este salario directamente de las Administraciones educativas a través del pago delegado en función de las disponibilidades presupuestarias de los módulos de conciertos. Para facilitar el abono se estará a lo dispuesto en la disposición adicional octava, apartado 3.b), y disposición transitoria octava. El abono estará condicionado a que el mismo sea efectuado por la Administración educativa correspondiente Las empresas, por tanto, no abonarán cantidad alguna por este concepto. En todo caso, las resoluciones o instrucciones de la Administración competente o los acuerdos suscritos respetarán los derechos de los trabajadores que se hayan generado durante el periodo de aplazamiento”.

²³ Así sucedió con el litigio de resolvió, en procedimiento de conflicto colectivo, la STSJ Galicia, 22-6-2012, que declaró el derecho de los trabajadores a la paga extraordinaria de antigüedad, previa habilitación de la oportuna partida presupuestaria. Dicha sentencia resultó revocada por la STS, Social, 11-6-2013, Rec. 65/2012, que tuvo en cuenta que la Administración educativa no podía contravenir la prohibición establecida por la Ley Presupuestaria Autonómica, con independencia de que el convenio colectivo no puede imponer una obligación a un tercero, la Administración educativa, no presente en la negociación. Esta misma doctrina es la seguida por las SSTSJ Galicia, A Coruña, 14-5-2015, Rec. 3585/2013; 12-6-2015, Rec 4707/2013; 12-6-2015, Rec. 4729/2013; 12-6-2015, Rec. 54/2014; 11-3-2016, Rec. 922/2015. Este mismo TSJ de Galicia dictó sentencias contradictorias, en asuntos idénticos en cuanto al objeto del litigio, sobre la posibilidad de pronunciar condena de futuro: la STSJ Galicia, A Coruña, 12-6-2015, Rec. 15/2014, en contra de la

Se ha planeado alguna discrepancia en cuanto al plazo de prescripción que tienen los profesores para solicitar la paga extraordinaria de antigüedad, cuando la Administración responsable del pago establece un plazo específico en la resolución que dicta para regular el procedimiento para su percepción. Las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia que hemos analizado resuelven mayoritariamente el asunto aplicando el plazo de prescripción que se establece en el art. 59.2 ET y no el determinado por la Administración. Considera la posición mayoritaria, con la que coincidimos, que se estaría vulnerando dicho precepto estatutario que es el que rige para el ejercicio de acciones en reclamación de cantidad, con independencia de que el hecho de que el convenio colectivo prescriba para el abono de la citada paga que se suscriba un Acuerdo con la Comunidad Autónoma, ello solo afecta al procedimiento y al calendario de abono²⁴. Recientemente el Tribunal Supremo ha venido a ratificar la posición mayoritaria indicada, considerando que el plazo para reclamar la paga extraordinaria de antigüedad en la empresa es el establecido en el art. 59 ET desde que la acción pudiera ejercitarse [STS, Social, 1-4-2016, Rec. 3392/2014]²⁵.

En el convenio colectivo vigente de la paga extraordinaria de antigüedad en la empresa del personal docente que percibe sus salarios mediante pago delegado regula esa retribución de forma específica y separada del resto del personal. Por otra parte, trata de garantizar el derecho de los profesores a su percepción, pues al tiempo que condiciona su abono a las limitaciones presupuestarias de los módulos de conciertos, prescribe la obligación de las Administraciones de respetar los derechos de los trabajadores generados durante su aplazamiento [art. 62.bis]²⁶.

doctrina ya conocida del Tribunal Supremo, pronunció condena de futuro para la Administración educativa, a cumplir cuando la “Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma habilite partida presupuestaria para su abono, en el caso de que se produzca”; contrariamente, la STSJ Galicia, A Coruña, 12-6-2015, Rec. 164/2014, revocó la sentencia de instancia recurrida al considerar que no era factible en derecho una condena de futuro al ser contrario a los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

²⁴ STSJ Andalucía, Málaga, 22-10-2015, Rec. 1147/2015; STSJ Andalucía, Granada, 24-5-2012, Rec. 682/2012; STSJ Andalucía, Sevilla 11-12-2014, Rec. 2004/2013. En sentido contrario, admitiendo como plazo de prescripción el determinado por la Administración, STSJ Andalucía, Sevilla, 5-3-2014, Rec. 5/2013, porque, entiende esta sentencia que “ni la Administración es la empleadora del actor, ni le es aplicable el convenio, estando obligada al cumplimiento de sus propias resoluciones”-

²⁵ Se dicta esta sentencia en recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STSJ Andalucía, Sevilla, 11-6-2016, Rec. 910/2014.

²⁶ No obstante, previsión como la que se indica pueden estar en la línea y pueden ayudar a resolver situaciones como la que se ocupa la STSJ Galicia, A Coruña, 28-3-2016, Rec. 3303/2015, asunto en el que la actora teniendo derecho en el año 2011 a su percepción, no le fue abonada la paga por la Administración por haberse agotado la partida presupuestaria que no llegó a alcanzar el orden de prelación de la demandante, habiéndola solicitado de nuevo en el año 2014. La sentencia

Cláusula que, obviamente, no vincula a las Administraciones competentes más allá de lo que puedan pactar en el Acuerdo autonómico que tenga que suscribir con las organizaciones empresariales para su abono, al no ser parte en el convenio colectivo.

5. PECULIARIDADES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Se puede afirmar que en la negociación colectiva en el ámbito de la enseñanza privada concertada concurren una serie de peculiaridades que afectan al contenido de la negociación, que no se identifican en otros ámbitos de la actividad productiva, y que derivan, por una parte, de la existencia de una normativa legal que impone y, en todo caso, orienta el resultado de la negociación, y, de otra, de la voluntad de las partes a la hora de diseñar las unidades de negociación. Si atendemos a las disposiciones legales aplicables, a la hora de negociar las partes deben tener en cuenta, entre otros aspectos, el importe de los módulos económicos afectos a los conciertos que figuran en las Leyes de Presupuestos del Estado y, en su caso, en las Leyes de Presupuestos de la Comunidades Autónomas, el pago delegado de los salarios por la Administración, la posibilidad de equiparación gradual de la remuneración del personal docente con el profesorado de la enseñanza pública, lo que puede llevar a que se desarrolle una estructura de la negociación colectiva que requiere de la intervención de un tercero (Administración Pública Educativa) para que puedan aplicarse los pactos concluidos en los convenios colectivos. Si atendemos a la capacidad de las partes para determinar libremente el ámbito de negociación del convenio colectivo, encontramos que, en un mismo convenio, se pueden regular aspectos de las relaciones laborales aplicables al personal docente que está afectado en el desempeño de su función por el concierto educativo, con aquellos que se refieren al profesorado y resto de personal que no tiene vinculación al concierto. Así, se puede comprobar como el Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, incluye en su ámbito funcional a las empresas de titularidad privada que al menos impartan un nivel educativo sostenido total o parcialmente con fondos públicos; y en el ámbito personal incluye a quienes estén en régimen de contrato de trabajo y presten servicios por cuenta ajena para una empresa educativa cualquiera que sea la titularidad privada de la misma. No queda, pues, limitado su ámbito de aplicación solamente al profesorado que esté afectado por el concierto educativo para el que existen frecuentes previsiones específicas.

condiciona la condena de que fue objeto la Administración en la instancia, a que ésta acredite, en ejecución de sentencia, que la partida presupuestaria quedó agotada antes de llegar al orden de prelación de la actora.

El análisis que hemos realizado ha tomado como referencia el VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, publicado en el BOE de 17 de agosto de 2013²⁷.

5.1. Estructura de la negociación colectiva

El ámbito territorial de negociación por excelencia en las empresas de enseñanza privada concertada es el estatal. No obstante, se pueden constituir otras unidades de negociación que se correspondan con ámbitos territoriales inferiores y, de hecho, el VI Convenio Colectivo, prevé la posibilidad de que en aquellas Comunidades Autónomas que tengan competencias exclusivas o competencias plenas transferidas en materia de educación podrán negociarse convenios colectivos para aplicarlos en su ámbito territorial. Rige también, y así está previsto en el VI Convenio Colectivo, la regla del art. 84.2 E.T., sobre la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa o de grupos de empresas.

Con independencia de estos ámbitos de negociación está previsto en el Convenio Colectivo la posibilidad de pactar Acuerdos Autonómicos sobre materias concretas para hacer posible la aplicación de lo previsto en el mismo²⁸.

²⁷ Este Convenio Colectivo ha sido objeto de impugnación por el sindicato CC.OO, habiéndose seguido procedimiento ante la Audiencia Nacional que dictó sentencia el 24-4-2013, que ha sido publicada en el BOE de 7-3-2015.

²⁸ La disposición adicional octava de VI Convenio Colectivo establece: “En virtud de lo establecido en el artículo 1 del presente Convenio, en las Comunidades y Ciudades Autónomas se podrán alcanzar acuerdos sobre las siguientes materias: 1. Complementos retributivos para todo el personal afectado por este Convenio. El abono de estos complementos, para los profesores incluidos en la nómina de pago delegado, estará condicionado a que sea hecho efectivo por la Administración educativa correspondiente. Las empresas no abonarán directamente cantidad alguna por estos conceptos y en consecuencia no estarán obligadas a ello. 2. Configuración de las funciones directivas temporales y su correspondiente financiación. 3. Paga extraordinaria por antigüedad en la empresa: a) Procedimiento y calendario de abono de la Paga Extraordinaria por antigüedad en la empresa. Los posibles calendarios de abono que se pacten en los ámbitos autonómicos con las respectivas Administraciones educativas respecto al personal en pago delegado, podrán superar el ámbito temporal fijado para este Convenio, previo acuerdo entre las organizaciones empresariales y sindicales que alcancen la mayoría de su representatividad. En estos acuerdos podrá hacerse coincidir el devengo de los derechos con los calendarios de abono que se pacten. b) En el supuesto de aplazamiento de los efectos de la paga contemplada en el artículo 62 bis de este Convenio colectivo, se habilita a la Comisión Paritaria para proceder conforme a la legislación vigente a dicho aplazamiento, a la mayor brevedad y previa comunicación de alguna de las organizaciones firmantes de este Convenio colectivo legitimadas en el ámbito autonómico, así como al seguimiento y estudio de los acuerdos que se pudieran alcanzar en las CC.AA. En este caso en las CC.AA. las organizaciones patronales y sindicales más representativas del sector deberán firmar acuerdos sobre la Paga Extraordinaria por antigüedad en la empresa con las Administraciones educativas. Dichos acuerdos establecerán los términos en los que se adaptará la aplicación del artículo 62 en el ámbito autonómico para que la Administración educativa haga efectivo este abono. Estos acuerdos serán

Son acuerdos que pueden negociar las organizaciones empresariales y sindicales, legitimadas en los ámbitos de negociación, que alcancen la mayoría de su respectiva representatividad; y en relación con los que el convenio colectivo de ámbito estatal opera como derecho supletorio dispositivo respecto a las materias no negociadas en el ámbito autonómico. La DA 8ª relaciona una serie de materias sobre las que se pueden suscribir Acuerdos Autonómicos, que unas veces se han pactado incluyendo en el mismo acuerdo distintas materias y otras pactando sobre una sola materia.

Ahora bien, cuando estos Acuerdos Autonómicos afectan a personal que recibe sus retribuciones mediante pago delegado, se contienen previsiones específicas, que obligan a las organizaciones patronales y sindicales de mayoría representativa, a obtener la aceptación de la Administración educativa competente para que puedan ser aplicados. A estos efectos se prevé, en el VI Convenio Colectivo, la firma de acuerdos sobre procedimiento y calendario de pago de la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa y, en su caso, para el supuesto de aplazamiento [DA 8ª.3]; e igualmente, se requiere acuerdo previo o conformidad de la Administración educativa competente, para los Acuerdos Autonómicos sobre jornada que tiendan a la reducción de la carga lectiva sin rebasar los máximos previstos en el convenio [DA 8ª.8]. Además de estos acuerdos, como después se verá, la Administración educativa puede estar presente también en los Acuerdos sobre Mantenimiento del empleo para centros que extinguen unidades para la no renovación de los conciertos educativos.

remitidos a la Comisión Paritaria. El abono de esta paga, para los profesores incluidos en la nómina de pago delegado, estará condicionado a que sea hecho efectivo por la Administración educativa correspondiente. Las empresas no abonarán directamente cantidad alguna por estos conceptos y en consecuencia no estarán obligadas a ello. 4. Acuerdos de Mantenimiento del empleo para centros que extinguen unidades por la no renovación de conciertos educativos. 5. Acuerdos sobre Equipos Educativos. 6. Acumulación de horas por lactancia. 7. Medidas que favorezcan la jubilación, tanto parcial como total, de los trabajadores. 8. Las partes negociadoras del presente Convenio colectivo, consideran un signo de calidad la reducción progresiva de la carga lectiva del profesorado, por ello, en el marco de lo establecido en esta disposición, también podrán alcanzarse acuerdos sobre jornada, sin que en ningún caso, se rebasen los máximos previstos en el artículo 26 de este Convenio. En aquellos territorios en los que no exista acuerdo sobre esta materia, será de aplicación el artículo 26 de este Convenio. Estos acuerdos que formarán parte de este Convenio, para su efectividad deberán ser tomados por las organizaciones empresariales y sindicales por mayoría de su respectiva representatividad y deberán contar con el acuerdo previo o conformidad de la Administración educativa competente. Dichos acuerdos deberán ser enviados a la Comisión Paritaria del Convenio, para que proceda a depositarlos ante el organismo competente y su posterior publicación en el BOE”.

5.2. Legitimación para negociar y la condición de tercero de la Administración educativa

Son de aplicación las reglas que se establecen en los arts. 87, 88 y 89 E.T., si bien hay que tener en cuenta que el cómputo de la representatividad se realiza sobre ámbito constituido por las empresas que imparten, al menos, un nivel educativo sostenido total o parcialmente con fondos públicos. Por consiguiente, aquellas organizaciones empresariales o sindicales que reúnan los requisitos de legitimación podrán ser partes en la negociación de acuerdo con los preceptos estatutarios indicados. Lo mismo se requerirá para el supuesto de que el convenio colectivo que pueda firmarse es de empresa o grupo de empresas.

En ningún caso es parte del convenio colectivo la Administración educativa, lo que no impide que pueda resultar afectada con lo que se pacte en el convenio colectivo, y ostentar la condición de “tercero” a efectos de poder impugnar el mismo por causa de lesividad. No en vano, la Administración tiene que cumplir con la obligación de pago delegado que le impone la ley. Esta cuestión ha sido examinada por el Tribunal Supremo que recuerda que para tener la condición de tercero, “ lo importante no es tanto el concepto de trabajador o empresa como el de estar incluido dentro del ámbito de aplicación del convenio, de manera que la condición de tercero se limita a quienes son externos a la unidad de negociación por no ser firmantes ni estar por ellos representados; o lo que es igual, a quienes son ajenos al convenio pero resultan afectados por el mismo al invadirles el marco de sus intereses” [STS, Social, 21-10-10, Rec. 59/2009]. En el caso de la enseñanza privada concertada, la Administración ni es parte del convenio colectivo ni es destinataria de la regulación pactada, sin embargo, tiene interés en lo que se pacta en el mismo, aunque sea la Administración de una Comunidad Autónoma en relación con un convenio colectivo estatal²⁹.

²⁹ La STS, Social, 21-10-10, Rec. 59/2009, resolvió un procedimiento de conflicto colectivo en el que la Administración del Principado de Asturias demandó por causa de lesividad a las partes firmantes del V Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente por fondos públicos. La Audiencia Nacional en Sentencia de 24-3-2009, desestimó la demanda porque apreció falta de legitimación activa. El Tribunal Supremo revocó esta sentencia y estimó la legitimación activa del Principado de Asturias, para ser demandante por causa de lesividad pues la “obligación de pago delegado es precisamente la que justifica su legitimación para combatir por vía de lesividad los pronunciamientos salariales del convenio colectivo”.

5.3. Sometimiento del Convenio Colectivo al principio de jerarquía normativa

Una de las cuestiones que ha dado lugar a mayor número de litigios deriva de las reducciones salariales que con motivo de la crisis económica han tenido que soportar, como otros colectivos profesionales, el profesorado de la enseñanza concertada. Con ocasión del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de marzo, sobre medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, las Comunidades Autónomas, con la finalidad de implementar esta norma, tuvieron que aprobar las correspondientes normas con rango de Ley para reducir el gasto público, afectando a las partidas presupuestarias de los módulos económicos previstos para la financiación de los conciertos suscritos con los centros privados. A consecuencia de estas medidas, las Administraciones públicas competentes para el pago delegado, procedieron a reducir los salarios del profesorado.

Con la excepción de dos sentencias [STS, Social, 24-9-2012, Rec. 127/2011; STS, Social, 12-11-2012, Rec. 8/2011³⁰], el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia en la que se considera constitucional las reducciones salariales practicadas al profesorado de la enseñanza privada concertada. Con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [STC 210/1990, 20-12; ATC 85/2011, 7-6, por todas], el Tribunal Supremo señala la prevalencia de la ley sobre lo pactado en convenio colectivo, de manera que las Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas pueden afectar al contenido del convenio colectivo. Opera, por tanto, el principio de jerarquía normativa. Ni se vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical, ni se vulnera el derecho a la negociación colectiva: “el respeto al derecho de la negociación colectiva no implica...[...]...la intangibilidad de los contenidos normativos de los convenios colectivos, los cuales pueden ser modificados por la Ley” [SSTS, Social, 31-1-12, Rec. 184/2010; 30-3-116, Rec. 3/2015³¹]. Por tanto, lo pactado en el Convenio Colectivo de las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, puede ser modificado por una ley u otra norma con rango de ley posterior, disponiendo una reducción salarial, aunque la norma sea de una Comunidad Autónoma dictada en el ejercicio de sus competencias legislativas.

³⁰ Recuérdese que, como ya se ha indicado con anterioridad, la doctrina que contiene estas sentencias consideran que la responsabilidad del empresario alcanza a lo pactado en convenio colectivo, aunque haya una ley posterior que reduzca el importe de los módulos económicos para atender la enseñanza privada concertada.

³¹ En el mismo sentido, SSTS, Social, 18-12-12, Rec. 195/2011; 26-6-2013, Rec. 165/2011; 11-12-2013, Rec. 21/2012; 24-4-2014, Rec. 2609/2012.

Por otra parte, la jurisprudencia pone de relieve la vinculación que existe entre los módulos económicos presupuestarios y el convenio colectivo. No cabe desligar la Ley de lo dispuesto en el Convenio Colectivo con el argumento de que la Administración no firmó el convenio que obliga siempre a la empresa aunque reciba menos subvención. Hay una estrecha conexión de las retribuciones del convenio con los módulos económicos presupuestarios [STS, Social, 30-4-2014, Rec. 2609/2012].

Con fundamento en la anterior doctrina se considera ajustada a la legalidad la reducción del 5% en los salarios de los profesores de la enseñanza concertada, cuando, además, existen pactos o previsiones presupuestarias de “analogía retributiva” con los profesores de la enseñanza pública: “si el salario de los trabajadores públicos a los que ha de igualarse se disminuye en un 5%, la disminución correlativa ha de producirse en los trabajadores de centros concertados, precisamente para mantener la analogía retributiva” [SSTS, Social, 18-12-2012, Rec. 195/2011; 26-6-2013, Rec. 165/2011; 30-3-2016, Rec. 3/2015]. Esta doctrina viene a avalar lo que nosotros denominamos “publicación” de las relaciones laborales en la enseñanza concertada, que tienen un respaldo legal específico [art. 117.4 LOE], y que somete al profesorado de los centros privados concertados a la misma dinámica que al profesorado de la enseñanza pública. Se viene a decir, si se pretende la igualdad con el profesor de la enseñanza pública, igual vicisitud de soportar en su retribución el profesor de enseñanza privada concertada.

5.4. La «publicación» del convenio colectivo

La negociación del convenio colectivo está condicionada por las normas legales específicas que regulan el régimen de los conciertos educativos y por las Leyes Presupuestarias. Como ya se ha expuesto en otro apartado de este trabajo, son distintos los aspectos de las relaciones laborales que resultan afectados por la adscripción del titular del centro privado al régimen de los conciertos educativos, y ello tiene su reflejo en el resultado de la negociación. La provisión de vacantes, las retribuciones y su pago delegado por las Administraciones educativas y, en menor medida, la jornada de trabajo, son aspectos respecto de los que las partes negociadoras deben tener en cuenta que existen límites y condicionantes legales que deben respetar. Al mismo tiempo, se observa que las partes negociadoras ponen especial énfasis en dejar claro el alcance de la responsabilidad de las Administraciones Públicas que, en todo caso, para que pueda resultar efectiva debe ser admitida por estas mediante acuerdo o resolución administrativa.

5.4.1 La provisión de vacantes del personal docente

Prescribe el convenio colectivo que se entiende por vacante la situación producida en una empresa por baja de un trabajador como consecuencia de la extinción de la relación laboral. La regulación que se contiene para la provisión de las vacantes del personal presenta el problema de encontrar una aplicación que sea compatible con las reglas establecidas en la LODE. Se establece que para los niveles concertados la cobertura de las vacantes que se produzcan se hará a tenor de lo establecido en la legislación vigente; para agregar a continuación que *se podrá* contemplar como criterio preferente estar incluido en la lista de recolocación de centros afectados por supresión de unidades concertadas [art. 23.1,b)]. Sin perjuicio de este criterio, como norma general se establece que el personal perteneciente a los grupos 2, 3 y 4 de la empresa, *tendrán* preferencia a ocupar vacante docente, siempre que reúnan los requisitos legales, así como aptitudes y capacidad a juicio de la empresa [art. 23.4]. Y, por último, se establece, también como criterio general, que en caso de nueva contratación o producción de vacante, y siempre que no pudiera acceder el personal fijo de plantilla, *tendrá* preferencia el personal con contrato temporal o a tiempo parcial y quienes estén contratados como interinos [art. 23.5]. La situación se hace más compleja si se tiene en cuenta lo que se puede pactar en los Acuerdos Autonómicos sobre Mantenimiento del Empleo.

Esta reglas de preferencia tienen que compatibilizarse para su aplicación con lo previsto en la legislación vigente que exige [art. 60 LODE]: a) que la vacantes se anuncien públicamente; y b) que es el Consejo Escolar del centro, de acuerdo con su titular, el que establecerá los criterios de selección, que atenderán básicamente a los principios de mérito y capacidad. En cuanto a la publicidad de la vacantes puede encontrarse compatibilidad en la observancia de este principio con la finalidad que persigue la regulación del convenio en la que prima la promoción profesional y el mantenimiento del empleo. En cuanto a los criterios de selección se plantea el problema de que atribuyendo la ley al Consejo Escolar la competencia para establecer los criterios de selección de acuerdo con el titular del centro, las preferencias que se establecen en el convenio colectivo o puedan establecerse en los acuerdos autonómicos, pueden ser entendidas como imperativas para el Consejo Escolar a la hora de establecer los criterios de selección en los que deben operar básicamente el mérito y la capacidad.

5.4.2 La jornada de trabajo del personal docente

En la regulación que se realiza en el convenio colectivo de la jornada de trabajo del personal docente también se detectan indicios de publicación.

En efecto, el art. 26 establece que el tiempo de trabajo dedicado a actividades lectivas, como máximo, será de 25 horas semanales, que se distribuirán de lunes a viernes. El parámetro de las 25 horas lectivas es el que vienen utilizando las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que debe servir de base de cálculo para fijar las relaciones profesor/unidad concertada adecuadas para impartir el plan de estudios en cada nivel objeto de concierto³².

Por otro lado, la DA 8ª.8 prevé la posibilidad de alcanzar acuerdos de reducción progresiva de la carga lectiva del en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas; pero se indica, al mismo tiempo, que para que puedan ser efectivos deberán contar con el acuerdo previo o conformidad de la Administración educativa competente. Cláusulas como la indicada están en estrecha conexión con la previsiones que recogen las leyes presupuestarias en el sentido de que la Administración no asumirá los incrementos retributivos, las reducciones horarias, o cualquier otra circunstancia que conduzca a superar lo previsto en los módulos económicos³³.

5.4.3 Salarios y alcance de la responsabilidad de la Administración en el pago delegado

La vinculación existente entre lo establecido en el convenio colectivo en materia retributiva y lo previsto en los módulo económicos aprobados en las leyes presupuestarias, así como el alcance la responsabilidad para el pago delegado son elementos que, a nuestro modo de ver, inciden también en que se pueda hablar de una publicación del convenio colectivo. Son diversas la cláusulas del convenio colectivo que se refieren a los aspectos indicados.

Así, las reglas sobre el pago de salarios y las tablas salariales de diversos años, hacen referencia a que para el establecimiento de éstas se tenga en cuenta lo previsto en las respectivas Leyes de Presupuestos del Estado [art. 53]. Igualmente, el pago de la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa requiere la aceptación por la Administración mediante acuerdo o decisión unilateral de la misma [art. 62,bis]. Otro tanto sucede con la cláusula que regula el abono del complemento de incapacidad temporal al profesorado que percibe sus retribuciones a través de la Administración mediante pago delegado, cuyas condiciones pueden modificarse en función de los presupuestos de las Comunidades Autónomas o de decisiones administrativas [art. 69].

³² Cfr. al respecto art. 15.3, paraf. 1º, LPGE para 2014; art. 15.3, paraf. 1º LPGE para 2015; art. 14.3, párf. 1º LPGE para 2016.

³³ Cfr. al respecto art. 15.3, paraf. 2º, LPGE para 2014; art. 15.3, paraf. 2º, LPGE para 2015; art. 14.3, párf. 2º, LPGE para 2016.

Por otra parte, el convenio colectivo contiene cláusulas que hacen referencia al alcance de la responsabilidad de la Administración en el pago delegado. Una cosa es que la Administración educativa abone los salarios del personal docente como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro por estar así previsto en la ley [art. 117.5 LOE], y otra distinta, que el convenio colectivo pueda disponer lo que tiene que hacer la Administración. En este sentido, las previsiones del convenio colectivo que hacen referencia a actuaciones de las Administraciones para el cumplimiento de lo estipulado del mismo, requiere su aceptación por éstas mediante acuerdo o resolución administrativa.

Supuestos que encajan en ese contexto son: las reglas sobre periodicidad y tiempo del pago del salario [art. 53.3, párf. 3º]; el abono al trabajador de anticipos del salario [art. 56]; o el abono del complemento por incapacidad temporal hasta el 100% del salario durante los siete primeros meses ampliables un mes más por cada trienio [art. 69.3º]. Más llamativa es la cláusula relativa a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, si la causa de la extinción es el acceso a la función pública, que puede generar responsabilidad administrativa en cuanto al pago de indemnizaciones, por el retraso del empresario en abonar al trabajador la liquidación correspondiente al término de la relación laboral, si el empresario ha comunicado de inmediato el cese del profesor a la Administración³⁴.

Aunque en distintos artículos del convenio se recoge la responsabilidad del pago delegado por la Administración, la disposición adicional segunda contiene una cláusula general referida a este aspecto en la que se establece que, en los niveles concertados, la Administración educativa competente es responsable de cuantas obligaciones legales y salariales le correspondan, quedando condicionado su abono a que sea efectuado por ella. Las empresas, por tanto, no abonarán cantidad alguna por dichas obligaciones y, en consecuencia, no estarán obligadas

³⁴ En el art. 24 se establece lo siguiente: “En el caso de acceso a la función pública, el preaviso al empresario deberá hacerse dentro de los siete días siguientes a la publicación de las listas definitivas de aprobados. El incumplimiento del trabajador de la obligación de preavisar con la indicada antelación, dará derecho al empresario a descontarle de la liquidación el importe del salario de dos días por cada día de retraso en el preaviso. Si el empresario recibe el preaviso, en tiempo y forma, vendrá obligado a abonar al trabajador la liquidación correspondiente al término de la relación laboral. El incumplimiento de esta obligación, llevará aparejado el derecho del trabajador a ser indemnizado con el importe del salario de dos días por cada día de retraso en el abono de la liquidación. En el caso de los trabajadores incluidos en pago delegado, en el que la Administración educativa es responsable de esta obligación, el empresario quedará exonerado del pago de la indemnización, siempre y cuando hubiera dado traslado inmediato del cese del trabajador a dicha Administración>>”.

a ello. Los trabajadores que consideren lesionados estos derechos, deberán reclamarlos ante las instancias pertinentes, dirigiéndose conjuntamente contra la Administración educativa correspondiente y contra el empresario.

Por último, se puede recordar también que similar situación se produce con la cláusula pacta en la disposición adicional cuarta conforme a la que las Administraciones educativas mantendrán durante la vigencia del presente Convenio, la ratio profesor/unidad que venían abonando mediante la nómina de pago delegado a la fecha del comienzo de vigencia del mismo y el incremento de la misma que se pueda producir por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por la normativa equivalente de las Comunidades Autónomas y/o por los acuerdos específicos adoptados en dichas Comunidades. Obviamente, esta estipulación carece de eficacia alguna y no es vinculante para la Administración educativa, y siempre quedará condicionada a lo que se establezca por el legislador correspondiente en las leyes presupuestarias.

5.5. Acuerdos autonómicos para el mantenimiento del empleo

Sin pretender ser exhaustivos queremos, finalmente, dejar constancia de este tipo de acuerdos que, a nuestro juicio, pueden presentar una problemática propia, de la que dejaremos constancia reflejando algunas pinceladas extraídas de un reducido número de acuerdos suscritos en algunas Comunidades Autónomas para distintos períodos de tiempo.

De los diversos acuerdos que pueden firmarse al amparo de la DA 8ª del VI Convenio Colectivo, están los “Acuerdos de Mantenimiento del empleo para centros que extinguen unidades por la no renovación de conciertos educativos”. Se trata de un tipo de acuerdos de larga tradición en el ámbito de la enseñanza privada concertada que se pueden firmar a nivel autonómico, como su propia denominación indica, para procurar el mantenimiento del empleo cuando por modificación de los conciertos educativos se pierden puestos de trabajo y queda el personal docente afectado en situación de desempleo. Siendo acuerdos de carácter autonómico, no resulta extraño que encontremos diversas formas de abordarlos tanto en lo que se refiere a las partes que lo suscriben, como a la formalización del mismo y a su contenido. Son acuerdos que se firman para una vigencia temporal corta, que pueden ser prorrogados o, en su caso renovados, por haber cambiados las circunstancias.

En lo que se refiere a las partes que suscriben los acuerdos, se pueden encontrar acuerdos firmados solamente por las organizaciones empresariales y sindica-

les como sujetos legitimados³⁵, y también acuerdos en los que encontramos tres partes firmantes: las organizaciones empresariales, las organizaciones sindicales y la Administración Pública competente³⁶. Mientras que los primeros pueden tener la naturaleza del convenio colectivo, los segundos pueden predicar dicha naturaleza respecto de las organizaciones empresariales y sindicales. La idea de estos últimos acuerdos de presentar una composición tripartita de sujetos firmantes es una cuestión de economía negocial; y lo que se pretende, seguramente, es conseguir la conformidad de la Administración competente que todo caso es precisa para alcanzar la eficacia de los pactos alcanzados por los interlocutores sociales.

La formalización del contenido de estos acuerdos también es diversa. En unos casos su contenido específico se corresponde estrictamente con la búsqueda del mantenimiento del empleo³⁷; y en otros casos el contenido de los acuerdos

³⁵ Así, el “Acuerdo para apoyar el mantenimiento de empresas y empleo en el ámbito de los Centros de Formación Profesional de Grado Superior afectados por la no renovación de conciertos a partir del Curso 2013/2014”, para la Comunidad Autónoma de Madrid, de 24 de julio de 2013 (BOE 20-12-2013); y el “Acuerdo en el sector de la enseñanza concertada afectada por el VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos”, para la Comunidad Autónoma de Navarra, de 23 de julio de 2013, (BOE 22-1-2014).

³⁶ Así, el “Acuerdo de 2006, entre la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura y las organizaciones patronales y sindicales de la enseñanza concertada de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sobre medidas para la mejora de la calidad de la educación”; el “Acuerdo entre la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria y las organizaciones empresariales y sindicales del sector de la enseñanza privada concertada para la revisión de las dotaciones de los centros concertados y sobre otros aspectos” de 14 de enero de 2008 (BOE 22-4-2008); el “Acuerdo entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, los sindicatos FSIE, FETE-UGT, CCOO y USO y las organizaciones patronales y de titulares de Escuelas Católicas, CECE-Andalucía, ACES y SAFA, para la creación de la lista de recolocación del profesorado de los centros afectados por supresión de unidades concertadas”, de 29 de julio de 2013; y “Acuerdo de 29 de enero de 2016, para la mejora de la calidad de la enseñanza, el mantenimiento del empleo en el sector y la gradual dotación de los equipos docentes en los centros concertados” para la Comunidad Autónoma de Castilla-León (BOE 10-2-2016).

³⁷ Es el caso del “Acuerdo entre la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria y las organizaciones empresariales y sindicales del sector de la enseñanza privada concertada para la revisión de las dotaciones de los centros concertados y sobre otros aspectos” de 14 de enero de 2008 (BOE 22-4-2008); el “Acuerdo entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, los sindicatos FSIE, FETE-UGT, CCOO y USO y las organizaciones patronales y de titulares de Escuelas Católicas, CECE-Andalucía, ACES y SAFA, para la creación de la lista de recolocación del profesorado de los centros afectados por supresión de unidades concertadas”, de 29 de julio de 2013; y, el “Acuerdo para apoyar el mantenimiento de empresas y empleo en el ámbito de los Centros de Formación Profesional de Grado Superior afectados por la no renovación de conciertos a partir del Curso 2013/2014”, para la Comunidad Autónoma de Madrid, de 24 de julio de 2013 (BOE 20-12-2013); y el “Acuerdo de 29 de enero de 2016, para la mejora de la calidad de la enseñanza, el mantenimiento del empleo en el sector y la gradual dotación de los equipos docentes en los centros concertados” para la Comunidad Autónoma de Castilla-León (BOE 10-2-2016).

responde a la regulación de diversas materias sobre las que se pueden suscribir acuerdos autonómicos³⁸.

En casi todos los acuerdos examinados aparece como medida central para el fin perseguido la creación de una lista o bolsa de recolocación, siendo similares los requisitos que se exigen al profesorado que quiera formar parte de las mismas y el procedimiento de gestión³⁹. Llama la atención en algún caso que las medidas que se pactan por las partes para el mantenimiento del empleo son medidas de regulación de empleo las previstas en el art 47 ET o de modificación de las condiciones de trabajo del art. 41 ET⁴⁰.

Por lo demás, se puede cuestionar la legalidad de alguna de las cláusulas. Así, se observa, en algunos acuerdos, la inclusión del profesorado que sea trabajador autónomo⁴¹ entre los que beneficiarios de la lista de recolocación, lo que puede plantear dudas, si tenemos en cuenta que los acuerdos autonómicos derivan del Convenio Colectivo estatal y tienen la naturaleza del convenio colectivo. Y también algunas cláusulas que se refieren a las indemnizaciones que tienen reconocidas los trabajadores en el ET. En este sentido podemos constatar, en algún acuerdo, que entre los requisitos que debe reunir el profesorado, que vea extinguido su contrato de trabajo, para estar incluido en la lista de recolocación, se encuentra la renuncia expresa al cobro de la indemnización que pudiera corresponderle como consecuencia del despido o resolución de su contrato de

³⁸ Así, el “Acuerdo de 2006, entre la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura y las organizaciones patronales y sindicales de la enseñanza concertada de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sobre medidas para la mejora de la calidad de la educación”; el “Acuerdo en el sector de la enseñanza concertada afectada por el VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos”, para la Comunidad Autónoma de Navarra, de 23 de julio de 2013, (BOE 22-1-2014).

³⁹ Salvo en algún caso en el que se salva el problema de la recolocación con una cláusula genérica de síntesis como en el “Acuerdo en el sector de la enseñanza concertada afectada por el VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos”, para la Comunidad Autónoma de Navarra, de 23 de julio de 2013, (BOE 22-1-2014).

⁴⁰ “Acuerdo para apoyar el mantenimiento de empresas y empleo en el ámbito de los Centros de Formación Profesional de Grado Superior afectados por la no renovación de contratos a partir del Curso 2013/2014”, para la Comunidad Autónoma de Madrid, de 24 de julio de 2013 (BOE 20-12-2013).

⁴¹ “Acuerdo entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, los sindicatos FSIE, FETE-UGT, CCOO y USO y las organizaciones patronales y de titulares de Escuelas Católicas, CECE-Andalucía, ACES y SAFA, para la creación de la lista de recolocación del profesorado de los centros afectados por supresión de unidades concertadas”; y “Acuerdo de 29 de enero de 2016, para la mejora de la calidad de la enseñanza, el mantenimiento del empleo en el sector y la gradual dotación de los equipos docentes en los centros concertados” para la Comunidad Autónoma de Castilla-León (BOE 10-2-2016).

trabajo⁴²; o la exigencia de un periodo de carencia, de permanencia en las listas sin ser contratado, para poder percibir la indemnizaciones previstas en la legislación vigente por el despido o la extinción del contrato de trabajo. A nuestro juicio, este tipo de cláusulas incurren en ilegalidad.

⁴² “Acuerdo entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, los sindicatos FSIE, FETE-UGT, CCOO y USO y las organizaciones patronales y de titulares de Escuelas Católicas, CECE-Andalucía, ACES y SAFA, para la creación de la lista de recolocación del profesorado de los centros afectados por supresión de unidades concertadas”.

ASPECTOS LABORALES DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Prestación sanitaria, concierto administrativo, aspectos laborales

La Constitución española no establece un determinado modelo de gestión del servicio público de asistencia sanitaria; por ello, se permite a la Administración sanitaria que pueda gestionar sus recursos de forma directa o de forma indirecta.

La gestión indirecta del servicio puede adoptar diferentes modalidades recogidas en la normativa de contratos del sector público, inscritas en el denominado contrato de gestión de servicio público; pero de todas ellas la Ley General de Sanidad ha optado por la técnica del concierto, que es la utilizada en sanidad para contratar los servicios de empresas, públicas o privadas, para la prestación del servicio público sanitario.

Esta fórmula permite a la Administración titular del servicio dotarse de establecimientos, instalaciones y medios personales y técnicos de una empresa ya constituida con fines análogos mediante la adecuada compensación económica.

El concierto administrativo, como ocurre con otras modalidades de contratos administrativos, es muestra de una relación triangular de trabajo que se desenvuelve entre la Administración sanitaria, que sigue conservando poderes de inspección y policía, la empresa o entidad concertada que resulta adjudicataria del servicio y los trabajadores que prestan servicios para ésta última; siendo los consumidores y usuarios los últimos destinatarios de la prestación del servicio público de salud.

En este estudio nos centraremos en analizar las particularidades del concierto sanitario y específicamente, las repercusiones jurídico-laborales para los trabajadores que prestan servicios en las empresas concertadas; incidiendo fundamentalmente en un análisis jurisprudencial en un intento de "tomar el pulso" a cuáles son las cuestiones más controvertidas y que más conflictos han originado en el ámbito laboral.

ABSTRACT

Key words: providing health, concert administrative, aspects labour

The Spanish Constitution does not establish a specific model of management of the public health care service; for this reason, is permitted to health administration that it can manage its resources directly or indirectly. Indirect management can adopt different modalities contained in the normative of contracts of the sector public. All of them, the General Law of Health has opted for the technique of the concert, which is used in healthcare to hire the services of companies, public or private, for the provision of the public health service. This formula allows the incumbent administration of service provide establishments, facilities and personal media and technicians of a company already established similar purposes through the adequate economic compensation.

Administrative concert shows a triangular working relationship that develops between the health administration, which still retains powers of inspection and police, the company won the contract for the service and workers; still users the latest recipients of the provision of the public health service.

In this study we will focus on analysing the peculiarities of the sanitary concert and, specifically, the labour law implications for workers providing services in these enterprises; focusing primarily on jurisprudential analysis, in an effort to "take the pulse" what are the most controversial issues and that more conflicts have resulted in the workplace.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO
2. LA TÉCNICA DEL CONCIERTO COMO MECANISMO DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL CONCIERTO SANITARIO
3. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Los aspectos laborales del concierto público sanitario en la Administración de la Seguridad Social
 - 3.3. Los aspectos laborales del concierto público sanitario en las entidades privadas aseguradoras
 - 3.3.1. La trascendencia de los pliegos administrativos en los conciertos sanitarios en relación a las condiciones de trabajo del personal que presta servicio en entidades aseguradoras concertadas
 - 3.3.2. La potestad de la Administración de modificar el objeto del contrato: en particular la modificación de las condiciones económicas del concierto y su repercusión en las condiciones salariales de los trabajadores de entidades aseguradoras concertadas
 - 3.3.3. El concierto sanitario y las modalidades de contratación laboral: especial referencia al contrato de obra o servicio determinado
 - 3.3.4. Condicionamientos de las cuestiones de personal en el concierto sanitario y viceversa: la aplicación de la normativa de incompatibilidades al personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas
 - 3.3.5. Efectos jurídico-laborales de la finalización del concierto sanitario en los contratos de trabajo del personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas
4. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA POR LAS MUTUALIDADES DE FUNCIONARIOS (MUFACE, ISFAS, MUGEJU): LA INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL CON EL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIOS PARA LAS ENTIDADES ASEGURADORAS CONCERTADAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

El artículo 41 de la Constitución establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, precepto desarrollado por la Ley General de Seguridad Social (en adelante TRLGSS¹).

Al mismo tiempo la Constitución en su artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y, de nuevo, encomienda a los poderes públicos configurar un sistema público de tutela de la salud; precepto, a su vez, desarrollado por la Ley General de Sanidad (en adelante LGS²); pues, como ha afirmado el

¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 8 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social

² Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Tribunal Constitucional (STC 37/1994), dicho precepto “recoge la prestación del servicio de salud como un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema...el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”.

No obstante, la Constitución no establece un determinado modelo de gestión de la asistencia sanitaria, sino que lo remite a la normativa legal, permitiendo al legislador optar por uno u otro modelo (gestión pública, privada o mixta), con el requisito insoslayable de que ha de quedar garantizada de forma suficiente la prestación de asistencia sanitaria para todos los ciudadanos en condiciones de igualdad.

La titularidad de la gestión del servicio público corresponde a la Administración pública, pero éste puede ser gestionado de forma directa, mediante su propia organización y medios, o de forma indirecta; decisión que corresponde a la propia Administración, aunque con la salvedad de servicios que impliquen ejercicio de autoridad que han de ser prestados directamente, como veremos posteriormente y tal como prevé la LGS, al estar en juego, en la cuestión de la organización administrativa del servicio de salud, el derecho a la salud como bien jurídico protegido. Podemos decir que, en la prestación de servicios sociales básicos donde se incluye la asistencia sanitaria, se ha pasado de un Estado abstencionista a un Estado intervencionista.

Las Administraciones públicas, entre las que se incluye la Administración sanitaria, pueden, por tanto, gestionar indirectamente los servicios públicos en general y el servicio sanitario en particular utilizando la técnica contractual, siempre que no implique el ejercicio de poderes soberanos y tenga un contenido económico. Así lo prescribe expresamente el TRLGSS, al disponer que el régimen de contratación de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social se atenderá a la Ley de Contratos del Sector público (en adelante TRLCSP) y su normativa de desarrollo (art. 128 TRLGSS)³. Dicha norma regula los diferentes contratos administrativos, aunque a los efectos de nuestro estudio interesa el contrato de gestión del servicio público⁴, -donde se diferencian distintas

³ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁴ El artículo 8 TRLCSP define el contrato de gestión de servicios públicos como “aquél en cuya virtud una Administración pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”.

modalidades, a saber, concesión administrativa, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, art. 277 TRLCSP)-, y dentro de él nos ocuparemos del concierto.

El objeto del contrato de gestión del servicio público será la gestión del servicio de titularidad de la Administración pública con la que se suscribe dicho contrato; lo que implica la decisión de la Administración de prestar el servicio por medio de terceros, de forma que a través del contrato de gestión de servicios públicos la Administración encomienda a una persona física o jurídica, la gestión de un servicio público de su competencia exclusiva, de un contenido y potencial económico tal que haga rentable su explotación por parte de empresarios particulares. Es significativo resaltar que los destinatarios finales del contrato de gestión de servicios públicos son los consumidores y usuarios del servicio público y no directamente la Administración.

El presente trabajo se va a centrar en la utilización del concierto para la prestación de asistencia sanitaria pública, como forma de gestión indirecta de un servicio público, dejando al margen otras formas de concierto o concertación que pudieran realizarse, así como las formas de colaboración voluntaria en la gestión de la Seguridad Social; quedan asimismo fuera del objeto del trabajo los conciertos entre Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social con empresas privadas y el análisis sobre las bondades o maldades de la privatización de la asistencia sanitaria⁵; como tampoco vamos a analizar los conciertos entre la Administración pública sanitaria y las Universidades con fines de investigación, a pesar de que pudieran producirse conflictos o cuestiones de índole laboral⁶.

Específicamente, y ya centrándonos en la asistencia sanitaria pública concertada, el objeto de nuestro estudio abarcará las cuestiones de índole laboral, quedando excluido el análisis de otros aspectos no jurídico-laborales, como puede ser la responsabilidad administrativa patrimonial en los conciertos sanitarios formalizados entre la Administración pública sanitaria y las entidades aseguradoras concertadas por los daños causados a terceros por la prestación

⁵ Sobre el particular vid. Sánchez Martínez, Fernando, Abellán Perpiñán, José María, Oliva Moreno, Juan: La privatización de la gestión sanitaria: efecto secundario de la crisis y síntoma de mal gobierno. Informe SESPAS 2014. Gaceta sanitaria vol. 28/2014, que realizan un análisis económico sobre la privatización de la asistencia sanitaria. Sánchez Bayle, Marciano: La privatización de la asistencia sanitaria en España. Fundación Alternativas. Madrid, 2013.

⁶ Así ocurre con la reducción de un 25% de los efectos económicos derivados de la carrera profesional para el personal con plaza vinculada, supuesto contemplado en la STSJ de Asturias (Contencioso-administrativo, Secc. 1^a) de 28 de septiembre de 2011 (JUR 358592).

de asistencia sanitaria por centros privados⁷, por quedar fuera del marco del Derecho del Trabajo.

2. LA TÉCNICA DEL CONCIERTO COMO MECANISMO DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL CONCIERTO SANITARIO

Como hemos adelantado, las Administraciones públicas pueden gestionar sus servicios de forma directa o indirecta, encontrándose el concierto en esta última modalidad. Se trata de una figura que tiene su origen en las necesidades que en ocasiones tiene la Administración pública de garantizar o aumentar la eficacia de un servicio, acudiendo a la contratación con empresas dedicadas habitualmente a prestaciones similares a las que constituyen objeto del servicio público en cuestión, especialmente en áreas de actuación en las que concurren iniciativa pública e iniciativa privada, en sectores como educación, servicios sociales o, el que nos interesa a efectos de nuestro estudio, sanidad.

El concierto es una fórmula contractual que permite a la Administración pública titular del servicio y para su mejor prestación valerse de forma indirecta de establecimientos, instalaciones y medios personales y técnicos de una empresa ya constituida con fines análogos mediante la adecuada compensación económica; destacando como características principales de esta fórmula contractual la de un pago a tanto alzado por la Administración concertante y la del mantenimiento por el contratista de la propiedad de los bienes que aporta para la gestión del servicio público, sin que en ningún caso se origine una nueva personalidad jurídica del concierto por sí mismo⁸.

Esta fórmula permite a la Administración titular del servicio dotarse de establecimientos, instalaciones y medios personales y técnicos de una empresa ya constituida con fines análogos mediante la adecuada compensación económica. La propiedad de los bienes es mantenida por el empresario y la Administración le paga un precio por los servicios que éste haya prestado en su lugar.

La regulación vigente de los conciertos administrativos se rige por el TRLCSP y su normativa de desarrollo. Así, el artículo 277 TRLCSP incluye entre

⁷ Puede verse Mayor Gómez, Roberto: “La problemática jurídica de la imputación de los daños causados en centros sanitarios privados concertados”. Revista Aranzadi doctrinal 3/2013. BIB 2013/387

⁸ Ballester Fernández, A. et alii: Contratos de las Administraciones públicas. 2ª ed. Madrid, 1997, pág. 157.

los contratos administrativos, y específicamente dentro del contrato de gestión de servicio público, “el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”, de forma que se permite que las Administraciones públicas puedan prestar servicios de su competencia mediante concierto con entidades públicas o privadas. La diferencia con la concesión se encuentra en que la Administración, no habiendo establecido por sí servicios de su competencia, aprovecha la circunstancia de servicios destinados a la misma finalidad, pero en manos de entidades públicas o privadas⁹.

Centrándonos en la regulación normativa de los conciertos administrativos, la normativa permite tanto la gestión directa como la gestión indirecta de los servicios de su competencia, con la salvedad de los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos (art. 275 TRLCSP); trazando en su artículo 278 el carácter eminentemente temporal de dicho contrato a un máximo de veinticinco años, prórrogas incluidas. No obstante, las peculiaridades del servicio público de asistencia sanitaria condicionan su duración máxima a diez años. De forma que el concierto administrativo, como contrato de gestión de servicio público, finaliza por cumplimiento del plazo, debiendo producirse la reversión de los bienes de la Administración en caso de que fuera necesario.

La normativa prevé otras causas de resolución del contrato de gestión de servicio público, entre las que se encuentran el rescate del servicio por la Administración, la supresión del servicio por razones de interés público, la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato, e incluso la muerte del contratista, que podrá determinar la continuidad del contrato con sus herederos o el rescate del servicio para ser gestionado directamente por la Administración (arts. 286 TRLCSP).

La finalización del concierto será una de las cuestiones sobre las que abundaremos, dado que se producen repercusiones y consecuencias jurídico-laborales cuyo análisis forma parte de este estudio.

⁹ En las concesiones administrativas “la titularidad del hospital es pública, es la Administración la que proporciona los medios y recursos de su titularidad así como la fuente de ingresos a la empresa privada que accede a la gestión y explotación del hospital garantizándole ab initio la producción generadora de los ingresos [...] en el caso del concierto sanitario no se produce la publicación de la organización y funcionamiento del centro concertado, teniendo además la Administración potestades de inspección y control en dicho hospital privado”. STSJ de la Comunidad valenciana (contencioso-administrativo, Secc. 3^a) de 20 de diciembre de 2001 (JUR 160009).

Por lo que respecta a la posibilidad de utilizar el concierto administrativo en materia sanitaria y por la Administración pública sanitaria, hasta no hace mucho se debatió si el mismo entraba en la categoría de contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, se regulaba por la normativa administrativa, o si, en caso contrario, no se consideraba dentro de las modalidades de dicho contrato. Sería el Informe de la Junta Consultiva de contratación administrativa 37/1995 el que resolviera a favor de la aplicación de la normativa administrativa a los conciertos sanitarios¹⁰; siendo en la actualidad una cuestión no controvertida, al incluirse expresamente el concierto administrativo en la normativa vigente –para más señas LCSP y LGS- como contrato de gestión de servicio público y previéndose, a su vez, la posibilidad de utilizarlo en materia sanitaria, hablándose claramente de concierto sanitario.

La técnica del concierto puede, pues, ser utilizada por las diferentes Administraciones públicas, incluida la Administración sanitaria, y es precisamente por ello por lo que la Ley General de Sanidad, al tiempo que reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario en base al artículo 38 de la Constitución, regula la posibilidad de que las Administraciones públicas sanitarias puedan, en el ámbito de sus respectivas competencias, “establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas” con el requisito de que, previamente, valoren “la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios” (art. 86 LGS). El concepto “recurso” ha de ser entendido tanto en términos de recursos materiales como de recursos humanos. Así lo ha precisado la STSJ del País Vasco (Contencioso-administrativo, Secc. 1ª) de mayo de 2013 (JUR 2014/137737) al considerar servicio sanitario “la unidad asistencial con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas”.

Específicamente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCCSNS) establece en su Exposición de Motivos que los profesionales de la sanidad constituyen elemento esencial de la modernización y calidad del sistema sanitario español en su conjunto. Y contiene en su Capítulo III cuestiones relativas a la planificación, formación, carrera profesional y movilidad de estos profesionales; que, aunque son cuestiones de personal, no serán tratadas en este estudio.

¹⁰ Informe 37/1995, de 24 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que resolvió favorablemente sobre la aplicación de la normativa de contratación administrativa a los servicios de litroticia renal, Resonancia nuclear magnética, Hemodiálisis extrahospitalaria en Club de diálisis y transporte sanitarios para beneficiarios del Sistema de Seguridad Social.

En suma, la Ley General de Sanidad posibilita “la incorporación de medios privados al sector público sanitario a través de conciertos sanitarios y convenios singulares, pero no la incorporación de medios públicos al sector privado, pues esto implica la externalización de los medios y recursos públicos por la empresa privada¹¹” situación que por el momento no está prevista ni en la LGS ni en el TRLGSS.

Centrándonos en el servicio público de asistencia sanitaria, se prevé que “los servicios sanitarios adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad (art. 7 LGS)”;¹² precisión que ha de entenderse tanto en el caso de que se realice la prestación del servicio de forma directa como indirecta. Y al mismo tiempo se tendrá que garantizar, mediante políticas, programas y servicios desarrollados por los poderes públicos, que la población alcance el mayor nivel de salud¹², mediante el establecimiento de una cartera común de servicios¹³ que se debe garantizar tanto si la prestación del servicio se realiza directamente por la Administración como si se lleva a cabo de forma concertada.

La prestación de los servicios sanitarios será, por ello, realizada bien con personal propio de la Administración sanitaria, que se regirá por su propio Estatuto, tal como prevé el artículo 84 LGS, o con personal perteneciente a las entidades aseguradoras concertadas, cuando se utiliza la técnica del concierto sanitario, y que se regirán por la normativa laboral.

La particularidad del concierto sanitario está íntimamente relacionada con la protección del bien jurídico salud, lo que condiciona qué entidades aseguradoras serán seleccionadas por la Administración pública sanitaria a la hora de formalizar un concierto sanitario; pues aunque la Administración sanitaria en el ejercicio de sus competencias puede realizar conciertos sanitarios con diferentes entidades, deberá asegurarse que las mismas pueden prestar el servicio concertado con las garantías necesarias en aras de preservar el derecho a la salud de los ciudadanos; e incluso con el fin de evitar eventuales responsabilidades por defectuosa prestación del servicio o la reclamación de reintegro de gastos médicos por prestación del

¹¹ STSJ de la Comunidad valenciana (Contencioso-administrativo, Secc. 3^a) de 20 de diciembre de 2001 (JUR 160009).

¹² Como afirma la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública

¹³ Se entiende por tal: «el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias» (art. 20.1 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

servicio sanitario concertado. En este contexto es relevante articular los debidos mecanismos de responsabilidad tanto de la Administración sanitaria como de la entidad aseguradora concertada.

Este y no otro es el sentido del artículo 89.3 LGS cuando prevé que “las Administraciones públicas sanitarias no podrán concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud”; de hecho sólo será posible la subcontratación del contrato de gestión de servicios públicos cuando recaiga sobre prestaciones accesorias (art. 289 TRLCSP); en este contexto habría que plantearse si determinadas prestaciones o servicios sanitarios son accesorios, caso del transporte, comedor o servicio de bar, lavandería..., entre otros.

3. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Introducción

Para analizar la trascendencia jurídico-laboral que encierra la técnica del concierto sanitario hemos de partir del bien jurídico protegido (la salud), que puede llegar a condicionar con qué entidades puede, o mejor debe, realizar el concierto sanitario la Administración de la Seguridad. En este sentido, el artículo 90.3 LGS prevé que “las Administraciones públicas sanitarias no podrán concertar con terceros la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos establecidos en los correspondientes planes de salud”; exigiendo, al mismo tiempo, condicionantes que aseguren la protección de dicho bien jurídico y que pueden afectar al personal que va a prestar los servicios sanitarios (vgr. Jornada de trabajo).

Derivado de ello, se ha cuestionado la trascendencia de los pliegos de condiciones administrativas para incluir condiciones relacionadas con la aptitud profesional de quienes van a prestar el servicio sanitario en entidades concertadas; resolviendo que “la inclusión o la omisión en ellos de una previsión legal o reglamentaria específica sobre aptitud para ejercer una profesión o actividad reglamentada, no la excluye, desplaza, ni deroga singularmente, una vez que carecen tales pliegos de toda naturaleza normativa y potencialidad innovadora al respecto¹⁴”.

¹⁴ STSJ del País Vasco (Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 13 mayo de 2013. JUR 2014\137737

La Administración tendrá que valorar condiciones de eficacia, calidad y costes para elegir el establecimiento, centro o servicio sanitario con el que realizará el concierto sanitario, dando prioridad, previa valoración de tales condiciones y en condiciones de igualdad, a los que tengan carácter no lucrativo (art. 89.2 LGS); para ello se requiere la previa homologación de los centros, lucrativos o no, que podrán ser concertados para la prestación de asistencia sanitaria.

La particularidad más relevante del concierto sanitario está condicionada por el bien jurídico protegido, por ello se prevé que en el concierto no sólo se establecerán los derechos y obligaciones recíprocas de las partes sino que además es necesario asegurar que la atención sanitaria prestada es la misma para todos los usuarios, sin que sea posible establecer servicios complementarios a los que presta la propia Administración pública sanitaria (art. 90.6 LGS); por lo que es necesario garantizar el principio de igualdad en la prestación del servicio público sanitario.

3.2. Los aspectos laborales del concierto público sanitario en la Administración de la Seguridad Social

La externalización de servicios por la Administración pública en general, y por la sanitaria en particular puede y, de hecho, produce repercusiones o consecuencias jurídico-laborales de diferente calado: disminución del número de contratos temporales o despidos por causas organizativas son algunos de ellos. De hecho no difieren excesivamente cuáles son dichas consecuencias laborales respecto de la utilización de fórmulas de descentralización productiva por la empresa privada, aunque los mecanismos para articularlas sean diferentes por razón del sujeto público que forma parte del mismo.

La crisis económica ha conducido, también en el sector sanitario, a un aumento de las jornadas de trabajo, así como a una paralela reducción de salarios, pero también a la privatización de determinados servicios “complementarios”, como lavandería, laboratorio, servicio de bar, transporte....muy polémica en determinadas Comunidades Autónomas, como es el caso de la Comunidad de Madrid, entre otras. La deficiente gestión de los centros sanitarios y los recortes presupuestarios se han utilizado como abanderado para defender la necesidad de una mejora en la eficiencia de los mismos.

La externalización de servicios sanitarios se puede producir hacia entidades públicas o hacia entidades privadas; el primer caso no es objeto de este estudio, y el segundo sólo cuando la técnica contractual utilizada sea

el concierto sanitario; que, aunque algunos autores consideran una forma de privatización funcional¹⁵, sin embargo, entendemos que no puede confundirse con la gestión indirecta de servicios, pues privatizar es dejar de tener cualquier tipo de responsabilidad pública directa sobre el servicio o actuación que hasta el momento no era responsabilidad de la Administración¹⁶; mientras que gestión de servicios públicos por particulares implica que el servicio continúa siendo público y la responsabilidad (su planificación, control y evaluación) también es pública. De forma que la Administración dirige y controla y sigue teniendo facultades de inspección y policía y las organizaciones privadas gestionan los servicios públicos. De hecho, la calidad de los servicios que los gestores presten a los ciudadanos depende en gran medida de que la Administración pública ejerza al máximo sus prerrogativas de planificación, control e inspección.

En cuanto a las repercusiones jurídico-laborales, consideramos que en el caso de los conciertos sanitarios pueden aplicarse, si se dan los presupuestos para ello, las consideraciones que existen para los supuestos de contrata o subcontrata de obras o servicios de propia actividad; tanto en relación a cuestiones de responsabilidad salarial y de Seguridad Social (art. 42 ET), como de prevención de riesgos laborales (arts. 42 ET y 24 LPRL) en supuestos de coordinación de actividades preventivas¹⁷. Como también ocurre cuando la modalidad de contratación administrativa que se utiliza es la concesión administrativa¹⁸.

Así lo han entendido los tribunales en diversas ocasiones, considerando, como ejemplo, que el servicio de transporte sanitario de urgencia que realiza una empresa privada que presta servicios para la Administración sanitaria ha de entenderse, a los efectos laborales, equiparado a la contrata o subcontrata de obras o servicios de propia actividad del artículo 42 ET, aunque realmente tenga que asumirse bajo la cobertura de un concierto administrativo de naturaleza sanitaria; afirmando que en dicho caso es un supuesto de descentralización productiva del

¹⁵ Sánchez Martínez, Fernando, Abellán Perpiñán, José María, Oliva Moreno, Juan: La privatización de la gestión sanitaria...op. cit.

¹⁶ Navarro Fallas, R.: "Dictamen jurídico sobre constitucionalidad de la gestión por terceros de los servicios de salud de la Caja costarricense de seguro social". Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social. Vol. 9, nº 2, 2001, pág. 6.

¹⁷ Por todos, Pérez Borrego, Gregorio: "Reflexiones sobre la coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales cuando una de las "empresas" es una Administración pública en el marco de un contrato administrativo". Revista Alcor de Mgo, número monográfico sobre coordinación de actividades preventivas.

¹⁸ STSJ del País Vasco (Social) de 29 de octubre de 2002 (AS 3006) sobre responsabilidad solidaria en materia salarial en el caso de una concesión administrativa del servicio de ambulancias.

artículo 42 ET, puesto que “incide en el núcleo de servicios que el Departamento de Sanidad debe prestar necesariamente¹⁹”.

Otra cuestión a tener en cuenta es que la existencia de una relación triangular de trabajo que puede darse en los conciertos sanitarios podría llevar a la declaración de una cesión ilegal de trabajadores²⁰; y es que ésta, como negocio ilícito, suele venir encubierta por otro negocio jurídico lícito –simulación relativa que afecta a la naturaleza del contrato–, que usualmente es una contrata o subcontrata de obras o servicios pero que puede ser también un contrato administrativo, como el caso del concierto. Para el caso de que se considerara que existe una cesión ilegal de trabajadores se pondrían en marcha todos los mecanismos de responsabilidad y las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 43 ET, sobre cuyo estudio no abundaremos.

Por lo demás, la condición de empresario es asumida por la entidad concertada adjudicataria del servicio público sanitario, conservando la Administración poderes de inspección y policía por lo que respecta al cumplimiento de lo previsto en los pliegos administrativos y respecto al concierto; pudiendo incluso comprobar si se siguen dando las condiciones de idoneidad y profesionalidad del personal dependiente de la entidad aseguradora que presta dicho servicio público.

3.3. Los aspectos laborales del concierto público sanitario en las entidades privadas aseguradoras

Es necesario destacar, como punto de análisis previo, que ninguna de las normas que regulan el concierto administrativo en general, ni el concierto sanitario en particular, hacen referencia a las cuestiones jurídico-laborales que puede encerrar el mismo; es decir, a qué trascendencia tiene para el personal que presta servicios en las entidades aseguradoras concertadas utilizar la técnica del concierto sanitario; cuando realmente, como ya hemos puesto de manifiesto, los recursos humanos que prestan el servicio público sanitario, ya como forma de gestión directa ya como gestión indirecta a través de un concierto sanitario, son la piedra angular del sistema sanitario.

¹⁹ STSJ del País Vasco (Social) de 29 de octubre de 2002 (AS 3006) que imputa una responsabilidad solidaria a la Administración sanitaria para el pago a los trabajadores de la entidad concertada del servicio de transporte sanitario de urgencias de las horas de presencia previstas en convenio colectivo, al considerar que tienen naturaleza salarial.

²⁰ STSJ de Galicia (Social, Secc. 1^a) de 3 de marzo de 2009 (JUR 187178) considera que existe cesión ilegal de trabajadores en el caso de una trabajadora, auxiliar administrativo, que fue cedida por una empresa privada al servicio de urgencias 061 de la Xunta de Galicia, dándose todos los indicios para la existencia del supuesto previsto en el artículo 43 ET.

La normativa se limita a establecer cuáles son las obligaciones recíprocas de ambas partes, resaltando que el contratista tiene que organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características previstas en el contrato y dentro de los plazos pactados²¹, conservando la Administración los poderes de policía para asegurar la buena marcha del servicio (art. 279 TRLCSP), sin perjuicio de que será obligación del contratista cuidar del buen orden del mismo; y precisando que la Administración tiene que pagar al contratista las contraprestaciones económicas previstas, entre las que se incluirá una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración (art. 281 TRLCSP); al mismo tiempo, el concierto sanitario tiene que garantizar y asegurar la prestación de asistencia sanitaria según el principio de igualdad²².

Aunque no vamos a analizar los casos de reclamación de usuarios y consumidores contra la Administración sanitaria y la empresa que ha formalizado el concierto con ésta por defectuoso funcionamiento de servicios sanitarios, o en casos de urgencia vital, entre otros supuestos, al ser cuestiones que escapan al objeto del presente trabajo, sí podemos apuntar que pudiera ser una de las razones, entre otras muchas, por las que las Administraciones sanitarias tienen preferencia por utilizar la técnica del concierto sanitario.

En cuanto al tema de estudio que nos ocupa, el régimen jurídico previsto para el concierto sanitario repercute necesariamente en el personal que presta servicios tanto para la Administración sanitaria como para la entidad aseguradora que ha formalizado el concierto. Esta laguna normativa tampoco ha sido suplida o integrada por la labor de los tribunales, que se han pronunciado en contadas ocasiones sobre cuestiones de índole laboral que pudieran afectar al personal que presta servicios para las entidades aseguradoras concertadas. Sin embargo, es evidente que la trascendencia jurídico-laboral del concierto para la entidad aseguradora que pueda resultar adjudicataria del servicio es tal que incluso en ocasiones puede llevar a pactar con los trabajadores compromisos de aumento de contratación, subrogación del personal de la anterior adjudicataria y garantías

²¹ El artículo 280 TRLCSP establece las obligaciones generales del contratista, entre las que se encuentran: prestar el servicio con la continuidad convenida mediante el abono de las tarifas pactadas; cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar instrucciones sin perjuicio de los poderes de policía de la Administración; indemnizar los daños causados a terceros, salvo que los mismos sean imputables a la Administración.

²² En este sentido, y en relación a la posibilidad de expedir recetas por los facultativos que prestan servicios en la empresa concertada, la STSJ de Galicia (Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 30 de abril de 2001 (RJCA 1092).

de estabilidad del empleo entre otros²³. O, en otro orden de cosas, puede llevar a despidos o reajustes de personal por descenso de la actividad concertada, entre otros motivos²⁴.

Y ello es así porque cada vez es más frecuente la concertación de prestaciones extrahospitalarias (resonancia magnética, rehabilitación, logopedia, consulta, atención primaria...), admitida también en el ordenamiento autonómico, donde entre los criterios que se tendrán en cuenta están, entre otros, los referidos al personal que prestará los servicios concertados, como las titulaciones, cualificación y competencia profesional del personal, y en particular del personal responsable de prestar el servicio objeto de la homologación; así como “la cualificación por categorías e índices de personal/cama de las distintas unidades, con especial referencia al personal sanitario²⁵”.

La complejidad que encierra el objeto de estudio nos ha llevado a seleccionar aquellas cuestiones de índole laboral que han resultado más controvertidas y que se relacionan con la formalización de un concierto con la entidad aseguradora; dejando al margen aquellas otras cuestiones laborales que pudieran plantearse entre un centro sanitario privado y su personal cuando no se ha utilizado la técnica del concierto con la Administración pública sanitaria. En este orden de cosas es necesario señalar que el concierto con una determinada entidad puede realizarse respecto de determinadas actividades o servicios, de forma que puede ocurrir que la actividad esté concertada en parte –ej. concertada en un 60%-, lo que puede plantear toda una serie de cuestiones en materia laboral, a algunas de las cuales nos referiremos a continuación.

3.3.1. La trascendencia de los pliegos administrativos en los conciertos sanitarios en relación a las condiciones de trabajo del personal que presta servicio en entidades aseguradoras concertadas

Es usual que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratación incluyan previsiones de índole laboral; en ocasiones referidas a cuestiones relacionadas con la solvencia técnica del contratista y relacionadas con aspectos de responsabilidad social de las empresas –vgr un menor índice de siniestralidad laboral- y en otros casos relativos a cláusulas aclaratorias de

²³ Pacto extraestatutario de 1 de febrero de 2001 del sector de ambulancias de Zamora. BO de Zamora de 9 de febrero de 2001.

²⁴ Vid. STSJ de Cataluña (Social, Secc. 1^a) de 6 de marzo de 2013 (AS 1392).

²⁵ Un botón de muestra lo tenemos en el Decreto 105/2006, de 20 de julio del Gobierno de Canarias, que regula la homologación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios y por el que se desarrolla el régimen jurídico del concierto sanitario.

exención de responsabilidad respecto a obligaciones de dichas empresas con sus propios trabajadores, que pueden redactarse como verdadera exención de responsabilidad laboral por parte de la Administración o, en su caso, como, digamos, “recordatorio” a dichas empresas de que tendrán que cumplir tales obligaciones –salariales, de Seguridad Social, de prevención de riesgos laborales– previstas tanto en la normativa vigente como en los convenios colectivos.

Incluso en ocasiones es posible que los pliegos de condiciones administrativas particulares especifiquen que el personal que prestara servicios para la empresa adjudicataria, y participara en la ejecución de dicho contrato, no adquirirá relación laboral alguna con la Administración pública contratante²⁶.

En este sentido, los tribunales han remarcado cuál es la finalidad de los pliegos de condiciones administrativas generales o particulares, que “no es otra que la de incluir los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por la Ley y sus normas de desarrollo, pero la inclusión o la omisión en ellos de una previsión legal o reglamentaria específica sobre aptitud para ejercer una profesión o actividad reglamentada, no la excluye, desplaza, ni deroga singularmente, una vez que carecen tales pliegos de naturaleza normativa y potencialidad innovadora al respecto²⁷”; lo que implica que será necesario tener en cuenta las previsiones contenidas en los pliegos administrativos, pero que en caso de conflicto con una norma, prevalecerá ésta al carecer los mismos de naturaleza normativa.

3.3.2. La potestad de la Administración de modificar el objeto del contrato: en particular la modificación de las condiciones económicas del concierto y su repercusión en las condiciones salariales de los trabajadores de entidades aseguradoras concertadas

La Administración pública titular del servicio y, a su vez, parte del contrato de gestión del servicio público, goza de *ius variadi*, esto es, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, que es la prerrogativa más importante de la que gozan estos poderes públicos. Consiste en un poder para adaptar los contratos ya perfeccionados a nuevas necesidades, cuya justificación

²⁶ Es el caso previsto en la STSJ de Navarra (Social, Secc. 1ª) de 30 de julio de 2004 (AS 2722).

²⁷ STSJ País Vasco (Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª) de 13 mayo (JUR 2014\137737).

radica en la mejor gestión del interés público y en la prevalencia del fin sobre el objeto de los contratos administrativos²⁸.

En el contrato de gestión de servicios públicos la Administración podrá modificar: las características del servicio contratado por razones de interés público y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios (art. 282 TRLCSP); aunque cuando la modificación afecte al régimen financiero del contrato, deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados básicos en la adjudicación del mismo; es lo que se conoce como equilibrio financiero de la concesión, que surge como contrapartida al *ius variandi* de la Administración y como derecho del contratista al mantenimiento de dicho equilibrio cuando como consecuencia de modificaciones de la Administración, se altere el equilibrio inicial existente en el momento de la adjudicación²⁹. Se ha llegado a afirmar que la revisión de tarifas no es una potestad de la Administración, sino un deber³⁰.

El equilibrio económico del contrato de gestión de servicio público se realizará mediante la adopción de las medidas que procedan, entre las que se encuentran: la modificación de tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato; incluso en determinados casos será posible la prórroga del plazo del contrato por un período que no exceda de un diez por ciento de su duración inicial, respetando siempre el límite máximo de su duración (art. 282.5 TRLCSP).

En cualquier caso, cuando los acuerdos que dicte la Administración carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

A diferencia de lo que ocurre en otros contratos administrativos, en el de gestión de servicios públicos no se regula expresamente la posibilidad de que el contratista inste la resolución del contrato a causa de las modificaciones fijadas

²⁸ Aunque en referencia a la normativa anterior, cabe citar a Moreno Molina, José Antonio: Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas tras el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. 2^a ed. Madrid, 2000, pág. 590.

²⁹ Informe n^o 29/2000, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa.

³⁰ STS (Contencioso-administrativo) de 20 de mayo de 1999 (RJ 5099). En relación a la normativa anterior, Gilabert Cervera, M.A.: “Comentario al artículo 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas”. VV.AA.: Comentarios a la legislación de las Administraciones públicas. 2^a ed. Pamplona, 1996, pág. 1438.

por la Administración; aunque tampoco se prevé que la Administración inste la resolución por la modificación de los mismos, aunque por razones de interés público podrá acordar el rescate para gestionarlo directamente³¹. En cualquier caso, la modificación del contrato administrativo de gestión de servicios públicos, al igual que el resto de contratos administrativos, requiere la tramitación del correspondiente expediente de modificación que garantice la audiencia al contratista.

Centrándonos en el objeto de estudio, es quizá el tema de la modificación de las condiciones económicas del concierto y su repercusión en las condiciones de trabajo, concretamente las salariales, de los trabajadores que prestan servicios para entidades aseguradoras concertadas, el tema sobre el que más se han pronunciado los tribunales. Por ello, es previo a analizar dicha cuestión hacer un breve resumen de cómo funcionan las condiciones económicas del concierto.

Como hemos visto el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el concierto; sin embargo, éstas no tienen que ser las mismas durante toda la vida del contrato, pudiendo darse modificaciones que podrían repercutir en los salarios de los trabajadores que prestan servicios para las entidades aseguradoras concertadas. Así, el artículo 281 TRLCSP prevé la posibilidad de revisión de dichas contraprestaciones económicas, y el 282 TRLCSP establece los requisitos y condiciones, incluido el derecho a indemnización del contratista y el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en los supuestos en los que el mismo sea modificado por la Administración por razones de interés público que pueden afectar a la reducción de las tarifas que abonan los usuarios.

La revisión de precios del concierto puede realizarse al alza, paralelamente al incremento de actividad y precios, o puede ser a la baja. En uno u otro caso se pretende el equilibrio financiero del contrato provocado por circunstancias o acontecimientos imprevistos. Cuando se produce al alza se plantea si los trabajadores podrían reivindicar mejoras en sus condiciones económicas de trabajo, pero el tema que se debate realmente es qué ocurre cuando la revisión se produce a la baja y la entidad aseguradora concertada se puede incluso ver obligada a rebajar los salarios a los trabajadores.

³¹ Fernández Astudillo, José María: Contratación administrativa. 3ª ed. Barcelona, 2003, págs. 630-631.

El Tribunal Supremo³² ha precisado que “la revisión de precios, como técnica equilibradora, debe tener un contenido bien definido”, pero tratándose de conciertos sanitarios “presentan evidente complejidad, dados los distintos elementos a tener en consideración en los casos de fluctuaciones de precios [...] en este caso se establece un específico mecanismo de revisión a fin de que la regularización del importe global pactado por causa de las fluctuaciones de los precios se realice anualmente coincidiendo con la presentación de la documentación del segundo semestre”.

Los tribunales han tenido que pronunciarse sobre si la reducción de tarifas del concierto sanitario por parte de la Administración pública sanitaria puede o no redundar, a su vez, en una reducción de salarios para el personal que presta servicios en el centro concertado y cuál será el procedimiento a utilizar; resolviendo que no es posible una reducción automática ni unilateral de salarios al personal que presta servicios en la empresa concertada como reacción causa-efecto al recorte de tarifas del concierto; precisando que es necesaria la negociación colectiva como instrumento para modificar las condiciones retributivas de dicho personal, al estar las mismas contempladas en convenio colectivo, sin que pueda aplicarse de forma analógica la reducción retributiva del personal sanitario que presta servicios directamente para la Administración sanitaria, derivada de los recortes salariales mediante normas anticrisis³³.

Y es que la crisis económica que ha afectado a todo el país ha sido otra de las razones que han influido en las condiciones económicas de los conciertos sanitarios y han posibilitado la revisión de precios de dicho contrato, todo ello consecuencia de la aplicación de la normativa estatal anticrisis aplicada a partir de 2010.

Dicha normativa supuso la reducción económica generalizada en los conciertos que realizaban las Administraciones públicas, incluida la Administración sanitaria, y llevó a numerosas empresas o entidades aseguradoras concertadas a aplicar la vía del artículo 82.3 ET sobre descuelgue salarial, medida de carácter temporal; que produjo la inaplicación de salarios y subidas salariales durante dicho período de tiempo. Sin embargo, la recuperación económica posterior no se

³² Es doctrina del Tribunal Supremo, iniciada en STS (Contencioso-administrativo, secc. 4^a) de 20 de septiembre de 1991 (RJ 6857), y posteriormente reiterada en sentencias más recientes, caso de SSTS (Social, Secc. 1^a) de 17 de octubre de 2013 (AS 501), de 24 de diciembre de 2014 (RJ 2887).

³³ En este sentido, la STS (Social) de 17 de octubre de 2013 (RJ 2014/501), asimismo, SSTSJ de Cataluña (Social, Secc. 1^a) de 22 de marzo de 2000 (AS 2001, 969), de 26 de julio de 2011 (AS 2483), de 3 de octubre de 2011 (JUR 405007), de 21 de diciembre de 2012 (JUR 104594).

dejó sentir en el aumento de condiciones económicas de los conciertos, por lo que las entidades concertadas siguieron aplicando el descuelgue salarial, generando conflictos entre los trabajadores que prestaban servicios en dichas entidades³⁴.

La normativa anticrisis que llevó a la reducción de salarios del personal que prestaba servicios para las Administraciones públicas se ha pretendido también aplicar al personal que prestaba servicios sanitarios concertados con dichas Administraciones. Utilizando la vía de la aplicación directa de la norma y sin seguir procedimiento alguno, -entiéndase el de los artículos 41 ET u 82.3 ET, en su caso-. Todo ello en un intento de establecer la homologación de condiciones laborales y profesionales del personal que presta servicios para la Administración sanitaria, tanto en gestión directa como concertada.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado afirmando que es cierto que los recortes de la financiación pública de los conciertos sanitarios afectan tanto a las entidades públicas como a las privadas, y ha supuesto “una descompensación o desequilibrio para las empresas privadas” que no se compensa, a su vez, con una reducción de salarios, como sí se ha producido en las públicas. Por lo que se plantea si se puede producir la homologación de condiciones de trabajo entre el sector público sanitario y el sector privado concertado³⁵; dicho de otra forma, si es posible mantener los salarios del personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas previsto en convenio colectivo si no se mantienen las condiciones económicas del concierto; o, por el contrario, se pueden homologar dichas condiciones a la del personal que presta el servicio directamente para la Administración sanitaria.

Más específicamente, si podría ser alegada la *cláusula rebus sic stantibus*, de forma que fuera suficiente el cambio en las condiciones económicas del concierto para justificar la reducción de salarios del personal al servicio de entidades aseguradoras concertadas.

³⁴ Esta es la situación que se contempla en el acuerdo de mediación de la asociación de empresarios de ambulancias de Castilla y León (ALECA), con eficacia de convenio colectivo estatutario, aprobado por Resolución de 8 de enero de 2015, que dispone la inscripción en el Registro Central de Convenios colectivos de trabajo, depósito y publicación; acuerdo planteado a consecuencia de la inaplicación del acuerdo alcanzado para la reposición en el año 2014 del 5% del salario sobre las tablas de 2012 que fue reducido por acuerdo temporal y vigencia durante 2013; cuando el acuerdo al que las partes habían llegado vinculaba la revisión salarial para 2014 previo análisis de la situación del sector a la aplicación de los presupuestos de los concursos, que condicionó no sólo el pago del salario sino la propia empleabilidad de los trabajadores.

³⁵ STS (Social, Secc. 1ª) de 24 de febrero de 2014 (RJ 2857).

El Tribunal Supremo ha analizado la virtualidad de la cláusula *rebus sic stantibus* en este contexto, afirmando que para que ésta pueda aplicarse es necesario: “a) alteración extraordinaria de las circunstancias, b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado y c) sobrevenir circunstancias radicalmente imprevisibles³⁶”. El Alto Tribunal ha defendido que, en todo caso, dicha cláusula, excepcional en el propio Derecho Civil, sólo tendría virtualidad respecto a condiciones de trabajo pactadas en contrato de trabajo, a efectos de posibilitar la modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario, pero no en las previstas para convenio colectivo; por lo que no puede justificarse una modificación unilateral de las condiciones pactadas en el mismo utilizando como abanderado dicha cláusula; siendo necesario seguir el procedimiento previsto en su caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el artículo 41 ET.

Otra de las cuestiones planteadas es si pudiera suponer una discriminación retributiva entre el personal laboral que presta servicios para la Administración pública sanitaria, y que ha visto reducido sus salarios con la crisis, y el personal que presta servicios para entidades aseguradoras concertadas. No existe discriminación en dichos supuestos, como afirma el Tribunal Supremo, porque “entre los empleados de las entidades públicas y los de las empresas privadas no existe la necesaria identidad, ya que el vínculo laboral se establece para los primeros con unas entidades que están sometidas a un régimen específico que tiene limitaciones en sus esferas de actuación y de financiación, mientras que las segundas operan o pueden operar en el mercado, sin perjuicio de que hayan establecido conciertos con la Administración pública competente para la prestación de un servicio público en las condiciones pactadas en el concierto”, todo ello en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.

En suma, podemos decir que, producida la revisión de tarifas o precios por la Administración sanitaria, la entidad aseguradora concertada, si dicha revisión se produce a la baja, podrá utilizar dicha medida como causa económica a efectos de realizar reajustes de personal o cambios en las condiciones de trabajo del personal que presta servicios para la misma –vgr. Jornada, salario....-, pero no podrá

³⁶ Requisitos que no concurren en el presente caso, pues ni era imprevisible el fenómeno de la recesión económica, ni el desfase en el incremento del coste salarial puede calificarse de exorbitante, inasumible y decisivamente aniquilador del equilibrio del convenio. STS (Social, Secc.1^a) de 17 de octubre de 2013 (AS 2014/501). En igual sentido, y posteriormente, STS (Social, Secc. 1^a) de 24 de diciembre de 2014 (AS 2887).

hacerlo de forma unilateral o aplicando directamente la normativa prevista para el personal que presta servicios para la Administración sanitaria:

- No podrá hacerlo de forma unilateral porque tendrá que utilizar los procedimientos legalmente previstos en el Estatuto de los Trabajadores, ya sea de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET, el de despidos por reducción de personal por las vías de los artículos 52.c ET ó 51 ET, el de reducciones de jornada de trabajo regulado en el artículo 47 ET e incluso el descuelgue salarial por el procedimiento previsto en el artículo 82.3 ET, siempre que se cumplieran los requisitos para ello.

- No podrá aplicar directamente la normativa prevista para el personal que presta servicios directamente para la Administración pública sanitaria, porque, como hemos visto, los tribunales han negado la posibilidad de analogía, específicamente la retributiva, a pesar de que se reclamaba la homologación de condiciones de trabajo entre el personal que presta servicios directamente para la Administración sanitaria –gestión directa-, y el personal que presta el servicio sanitario para las entidades aseguradoras concertadas –gestión indirecta-; porque lo contrario pudiera suponer una vulneración del derecho a la negociación colectiva.

3.3.3. El concierto sanitario y las modalidades de contratación laboral: especial referencia al contrato de obra o servicio determinado

La celebración de un concierto sanitario puede suponer para la entidad aseguradora concertada la necesidad de contratación temporal de nuevo personal para cubrir debidamente las necesidades de dicho servicio. En este contexto podemos plantearnos qué modalidad de contratación puede ser más idónea utilizar por dicha entidad.

Por razones obvias, si se tratara de una circunstancia del mercado, un exceso de pedido o una acumulación de tareas el contrato temporal a utilizar sería el eventual; para el caso que fuera una necesidad de sustitución temporal de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, el de interinidad por sustitución; y para el caso de que existiera una vacante que pretendiera cubrirse por los procedimientos legalmente previstos, el de interinidad por vacante.

Pero el caso que nos planteamos es, celebrado un concierto sanitario con la Administración pública, de carácter eminentemente temporal, qué contrato resulta idóneo.

En relación a la posibilidad de utilización del contrato de obra o servicio

determinado, los tribunales se han planteado si existe autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pues cuando nos referimos a servicio público sanitario “no existe un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización. Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida para las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste [...] sin que sea decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que pueda también responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato³⁷”.

Manifestamos nuestro acuerdo con la resolución de los tribunales, y entendemos que en este supuesto el contrato que la entidad aseguradora concertada podrá utilizar será el de obra o servicio determinado cuya duración, aunque en principio es incierta, estará vinculada al concierto, siempre con un máximo de tres años como prevé el artículo 15 ET. Precisamente esto plantea qué ocurre para el caso en que el concierto finalice ante tempus; para este caso entiendo que es aplicable la doctrina de los tribunales en relación a la extinción del contrato de obra o servicio vinculado a una contrata o subcontrata de obra o servicio de propia actividad, doctrina de todos conocida y que no reiteraremos.

En otro orden de cosas, y siguiendo con la posibilidad de utilización del contrato de obra o servicio determinado, la normativa prevé que los centros y establecimientos sanitarios, propiedad o no de la Administración, puedan percibir subvenciones con cargo a fondos públicos para realizar actividades sanitarias

³⁷ Así lo entiende expresamente la STSJ de Asturias (Social) de 22 de diciembre de 2000 (AS 4192) que analiza el caso de una diplomada en enfermería contratada con un contrato de obra o servicio determinado con el objeto de “hacer frente a la actividad derivada de las intervenciones quirúrgicas concertadas para el año 1999 entre la Fundación Hospital de Avilés y el Insalud”. Dicha sentencia, salvo mejor parecer, se pronuncia erróneamente sobre la finalización de dicho contrato, puesto que fue contratada para realizar las intervenciones quirúrgicas en dicho período, que comprendían un total de 480, y a fecha de finalización del contrato de trabajo quedaban aún 50 por realizar, que se produjeron entre enero y febrero de 2000; por lo que el contrato de trabajo debería haber continuado posteriormente hasta finalización de dichas intervenciones

calificadas de alto interés social³⁸, sin que puedan servir para financiar actividades ordinarias de funcionamiento del centro (art. 91 LGS).

La concesión de subvenciones puede conducir, desde la perspectiva jurídico-laboral, a la contratación de personal utilizando la vía del contrato de obra o servicio determinado del artículo 15.1.a) ET; esto supone la aplicación de la numerosa jurisprudencia que ya se ha pronunciado sobre la vinculación de la finalización de dicho contrato de trabajo a la terminación de la subvención; por lo que entendemos que, consiguientemente, será de aplicación en este caso toda la jurisprudencia relativa a despido y extinción de dicha fórmula contractual en aquellos casos en los que deja de otorgarse dicha subvención, por cuanto la duración de dicho contrato de trabajo quedaría vinculado a la existencia de subvención; precisamente porque dicha subvención se prevé expresamente en dicho precepto que tendrá carácter no periódico.

3.3.4. Condicionamientos de las cuestiones de personal en el concierto sanitario y viceversa: la aplicación de la normativa de incompatibilidades al personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas

En este apartado podemos distinguir dos supuestos diferentes: primero, cómo las cuestiones de personal pueden afectar al concierto, de forma que no podrán celebrarse conciertos con centros sanitarios donde su personal no cumpla la normativa de incompatibilidades; segundo, cómo afecta el concierto a las cuestiones de personal, de forma que el personal que preste servicios en entidades aseguradoras concertadas tendrá que cumplir la normativa de incompatibilidades del sector público.

1º La Ley General de Sanidad prevé expresamente que “No podrán ser vinculados los establecimientos privados en el Sistema Nacional de Salud, ni se podrán establecer conciertos con centros sanitarios privados, cuando en alguno de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado establezca la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas”.

Entendiéndose que dicha incompatibilidad y, por tanto, invalidez del concierto administrativo, sólo afectaría a aquellas actividades concertadas y no a

³⁸ El Gobierno dictará un Real Decreto para determinar las condiciones mínimas y requisitos mínimos, básicos y comunes, exigibles para que una actividad sanitaria pueda ser calificada de alto interés social, y ser apoyada económicamente con fondos públicos (art. 91 LGS)

aquellas otras que se prestaran en régimen absoluto de Derecho privado y como empresa privada sin concierto administrativo. En este sentido se pronuncian los tribunales, en base a la normativa de incompatibilidades, que afirma que “si un centro tiene concertada con la Seguridad Social exclusivamente la realización de una o varias de esas actividades, pero no el centro en su conjunto, esa actividad o actividades se consideran privadas, encontrándose afectado por la incompatibilidad exclusivamente el personal que trabaje en esos servicios concertados³⁹”.

Encontramos cómo una cuestión relativa al personal que va a prestar servicios en la empresa que ha concertado la asistencia sanitaria con la Administración sanitaria puede condicionar la formalización del concierto administrativo.

2º Otra de las cuestiones analizadas por los tribunales es si es posible aplicar la normativa de incompatibilidades⁴⁰ de prestación de servicios en sector público y sector privado al personal que presta servicio en las entidades aseguradoras concertadas.

Los tribunales se han decantado afirmativamente considerando que es incompatible prestar servicios en centro de salud del Servicio de salud de una Comunidad Autónoma y al mismo tiempo en el servicio de urgencias de una institución hospitalaria con concierto sanitario, al defender el carácter público del centro hospitalario incluso aunque dicho servicio no estuviese incluido en el concierto⁴¹; al considerar que la normativa de incompatibilidades “construye las prohibiciones que establecen sobre la concepción de incompatibilidad genérica y no funcional [...] pues se trata de conjurar los eventuales compromisos a la independencia e imparcialidad en el desempeño de la función pública”, abundando que la normativa de incompatibilidades no establece excepción alguna, cuando define qué entidades son concertadas, para el caso de que alguna actividad del centro no esté concertada, por cuanto, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la finalidad de la normativa de incompatibilidades es evitar comprometer la imparcialidad o independencia del personal al servicio de las Administraciones públicas, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes y evitar un perjuicio para los intereses generales⁴².

³⁹ En este sentido se pronuncia la STSJ de Galicia (Contencioso-administrativo, Secc. 1ª) de 5 de junio de 2002 (JUR 2003/4930) en relación a la inexistencia de incompatibilidad por prestar servicios en Obstetricia cuando dicho servicio no estaba concertado con la Administración sanitaria.

⁴⁰ Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades y RD 598/1985, de 30 de abril.

⁴¹ STSJ de Galicia (Contencioso-administrativo, Secc. 1ª) de 26 de septiembre de 2003 (JUR 2004/18714) citando STS (Contencioso-administrativo, Secc. 3ª) de 12 de junio de 2001 donde se citaba compatibilidad para el Departamento de hemodiálisis de un centro sanitario concertado

⁴² STC 178/1989, de 2 de noviembre.

Otro efecto de la celebración de un concierto sanitario en la esfera jurídica del personal que presta servicios para las entidades aseguradoras concertadas es que, en supuestos de selección del personal, facultativo o no facultativo, por la Administración sanitaria pública autonómica o central, se computarán los servicios prestados en entidades aseguradoras concertadas⁴³.

3.3.5. Efectos jurídico-laborales de la finalización del concierto sanitario en los contratos de trabajo del personal que presta servicios en entidades aseguradoras concertadas

El modo normal de finalización de los contratos administrativos es el cumplimiento del plazo pactado, tanto por el contratista como por la Administración. Específicamente el concierto administrativo tiene un carácter eminentemente temporal, situándose en un máximo de veinticinco años, prórrogas incluidas (art. 278 TRLCSP), y reduciéndose su duración máxima a diez años en el caso del concierto sanitario; cumplido el plazo debe producirse la reversión de los bienes de la Administración en caso de que fuera necesario.

La normativa prevé otras causas de resolución de los contratos administrativos (art. 223 TRLCSP⁴⁴), que podemos sistematizar en finalización por: mutuo acuerdo o causas consignadas en el contrato, causas atinentes a los contratantes (muerte o extinción de la personalidad jurídica del contratante y declaración de concurso o de insolvencia), incumplimiento de obligaciones por una de las partes (demora en el pago por la Administración o demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista o incumplimiento de otras obligaciones esenciales), la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta

⁴³ Así lo reconoce el Tribunal Supremo en STS (Contencioso-administrativo, Secc. 2ª) de 2 de marzo de 1989 (RJ 1760) cuando considera no discriminatorio el cómputo de servicios en entidades aseguradoras concertadas no estando vigente el concierto.

⁴⁴ Dicho precepto establece como causas de resolución de los contratos administrativos:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85; b) la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento; c) el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista; d) la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112; e) la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8; f) el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato; g) la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I; h) las establecidas expresamente en el contrato; i) las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.

de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos cuando no sea posible modificar el contrato.

A estas se añaden causas específicas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos (art. 223 TRLCSP): el rescate del servicio por la Administración, la supresión del servicio por razones de interés público y la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato. Y se añade el plazo de seis meses en la demora por la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato, que ya figuraba como causa de resolución para todos los contratos administrativos.

A estas causas se añaden la pérdida sobrevenida de la solvencia técnica, económica y financiera del contratista y la revocación o caducidad de la autorización de apertura y funcionamiento o de la resolución de homologación como centro sanitario a efectos de poder ser concertado con la Administración sanitaria; es decir, será necesario cumplir todos los requisitos necesarios como centro homologado y todos aquéllos exigidos para haber sido autorizado como tal durante toda la vida del concierto; pues la falta de alguno de ellos puede llevar a la Administración a revocar la autorización y solicitar, en caso necesario, la reversión de los bienes. Se trata de circunstancias que afectan al concierto sanitario, pero que, sin duda, pueden y afectan de hecho al contenido de la prestación laboral que desarrolla el personal al servicio de la entidad concertada.

Dicha cuestión ha sido objeto de resolución en muchas ocasiones por los tribunales⁴⁵ que, basándose en el artículo 31 TRLCSP referido a la invalidez de origen por causa de los actos preparatorios o el de adjudicación, consideran inválido el contrato administrativo bajo sanción de nulidad por aplicación del artículo 32 TRLCSP, definiendo a dichas empresas como empresas incapaces por “falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60”.

Uno de los elementos más controvertidos en la cuestión que nos ocupa es qué sucede con las relaciones de trabajo de los trabajadores cuando se produce el cambio de empresa adjudicataria del servicio público sanitario. La normativa prevé la subrogación en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato

⁴⁵ STSJ del País Vasco (Contencioso-administrativo, Secc. 1^a) de 13 de mayo de 2013 (2014/137737)

administrativo en supuestos de sucesión del contratista (art. 85 TRLCSP⁴⁶), al entender que en estos casos se ha producido un cambio de titularidad en la empresa; para que se produzcan los efectos jurídico-laborales previstos en el artículo 44 ET y, consiguientemente, la subrogación contractual por parte de la nueva empresa adjudicataria tendrán que cumplirse los requisitos legales exigidos, de los que el más relevante es el tracto sucesivo y la transmisión de los elementos necesarios para continuar la actividad de la empresa.

Han sido escasos los pronunciamientos judiciales sobre la aplicación del artículo 44 ET a los conciertos sanitarios en supuestos de sucesión de empresas adjudicatarias del servicio público sanitario concertado; aplicando al caso la doctrina general sentada por el Tribunal Supremo para el caso de adjudicaciones sucesivas para la prestación de un determinado servicio.

Específicamente, y por lo que respecta a la sucesión de empresas adjudicatarias del servicio sanitario concertado, el Tribunal Supremo ha considerado que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de modo que en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no se opera en virtud de este mandato estatutario, si no se ha producido transmisión de activos patrimoniales⁴⁷”.

De esta forma pudiera darse la circunstancia de que una nueva empresa adjudicataria de un servicio público sanitario no tuviera que subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores de la anterior empresa prestadora del servicio concertado o incluso sólo tuviera que hacerlo parcialmente respecto de un determinado número de trabajadores; caso éste último que se produciría cuando la nueva adjudicación de un determinado servicio sanitario concertado con la Administración sanitaria no abarcara la totalidad de los servicios adjudicados a la

⁴⁶ El artículo 85 TRLCSP, referido a supuestos de sucesión del contratista, prevé que “en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato”.

⁴⁷ Vid. STSJ de Andalucía (Contencioso-administrativo, Secc. 3ª) de 8 de noviembre de 2007 (2008/197) y jurisprudencia allí citada.

anterior empresa o entidad aseguradora que prestó el mismo⁴⁸. De esta forma la subrogación puede ser total o parcial, en función a si se produce o no respecto a todos los trabajadores que se encontraban prestando dicho servicio o sólo respecto a una parte de los mismos.

La subrogación puede ser parcial, sólo respecto a determinados trabajadores cuando a la nueva empresa adjudicataria sólo se le adjudica una parte de la actividad menor que a la de la empresa anterior; afirmándose que “el derecho de subrogación se refiere sólo al servicio mismo adjudicado y no a las actividades auxiliares [...] pues el principio que debe primar, según el convenio colectivo, es el de la subrogación de los trabajadores y es a la nueva concesionaria a la que corresponde la prueba plena de cuales son aquellos trabajadores que no son necesarios para la prestación del servicio⁴⁹”.

De esta forma puede ocurrir que no se produzca la subrogación en la totalidad de contratos de trabajo de la anterior empresa contratista; pero lo que no tiene sentido es no cumplir con la subrogación en la totalidad de contratos de trabajo de la anterior empresa y posteriormente contratar nuevo personal o utilizar el mecanismo de las horas extraordinarias para el resto del personal contratado.

Otra de las cuestiones debatidas es si existe algún mecanismo de subrogación que establezca la prioridad en la subrogación de los contratos de los representantes de los trabajadores de la anterior empresa contratista cuando se produce finalmente una subrogación parcial. Los tribunales se han pronunciado considerando que no es posible imponer a la nueva empresa contratista la condición de representantes de los trabajadores que hubieran sido despedidos por la anterior empresa, a efectos del derecho de opción previsto en la normativa laboral⁵⁰.

No obstante, hemos de precisar que no siempre la consecuencia es la subrogación, total o parcial, en los contratos de trabajo de los trabajadores de la anterior empresa que prestaba la asistencia sanitaria concertada; para el

⁴⁸ Así, la STSJ de Andalucía (Contencioso-administrativo, Secc. 3^a) de 8 de noviembre de 2007 (2008/197) considera que la empresa Urbaser sólo tiene que subrogarse parcialmente en los contratos de trabajo, es decir, no tiene que asumir la totalidad de la plantilla de la anterior empresa prestadora del servicio, al sólo resultar adjudicataria de la prestación del servicio de transporte por ambulancia del Hospital Puerta del Mar de Cádiz.

⁴⁹ STSJ de Navarra (Social, Secc. 1^a) de 30 de julio de 2004 (AS 2722).

⁵⁰ STS (Social) de 28 de junio de 1990 (RJ 5531); SSTSJ de Galicia (Social) de 29 de enero de 1998 (AS 280) y 13 de julio de 2001 (PROV 218586); STSJ del País Vasco de 30 de julio de 1997 (AS 2846) y 3 de junio de 2003 (AS 2825); STSJ de Baleares (Social) de 14 de marzo de 1998 (AS 1466); STSJ de Cataluña (Social) de 26 de noviembre de 2003 (PROV 2004, 36729).

supuesto en el que la finalización del concierto se hubiera producido por muerte del contratista habrá que diferenciar dos supuestos: el primero, que se produzca la continuidad del concierto por sus herederos, que tendrán que subrogarse en los contratos de trabajo, aplicando en toda su virtualidad el artículo 44 ET; el segundo, que no se produzca la aceptación de la herencia o que los herederos decidan no continuar dicha actividad, en cuyo caso el efecto jurídico no será la subrogación en los contratos de trabajo prevista en dicho precepto estatutario, sino la extinción de los contratos de trabajo por muerte del contratista recogida en el artículo 49 ET, y el consiguiente rescate del servicio para ser gestionado directamente por la Administración sanitaria (art. 286 TRLCSP).

Como tampoco la consecuencia es la subrogación en los contratos de trabajo cuando la nueva entidad adjudicataria del servicio no reúna las condiciones de solvencia necesarias exigidas para ejecutar el mismo, en cuyo caso se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario (art. 85 TRLCSP).

Iguales consecuencias jurídico-laborales podrían producirse en el supuesto en el que no se produjera la renovación del concierto sanitario, que tendría mayor o menor repercusión en función al porcentaje de actividad concertada. De forma que si una empresa concierta el 100% de su actividad con la Administración pública sanitaria y ésta posteriormente no renueva el concierto con dicha entidad, ello podría conducir a la medida más drástica que dispensa el Derecho del Trabajo: el cierre de la entidad y el recurso al procedimiento de despidos colectivos por causas económicas. Para el caso de que la actividad concertada lo fuera en un porcentaje inferior, las repercusiones jurídico-laborales podrían ser menos drásticas.

Se ha llegado a plantear si el cese en la remisión de pacientes a una entidad aseguradora concertada podría ser causa de finalización del concierto, e incluso si podía lesionar intereses legítimos de dicha entidad. La STSJ de la Comunidad Valenciana (Contencioso-administrativo, Secc. 3ª) de 7 de marzo de 2011 (RJCA 536) resolvió dicha cuestión considerando que no se lesionan dichos intereses legítimos, y que dicha circunstancia produce la finalización del concierto.

4. LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA CONCERTADA POR LAS MUTUALIDADES DE FUNCIONARIOS (MUFACE, ISFAS, MUGEJU): LA INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL CON EL PERSONAL DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS CONCERTADAS

El concierto sanitario entre las Mutualidades de funcionarios y diferentes entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria se realiza con carácter anual, publicándose en BOE una Resolución para cada una de las Mutualidades –a saber, MUFACE, ISFAS, MUGEJU-⁵¹.

La Disposición Adicional vigésima TRLCSP establece, respecto a los conciertos para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por MUFACE, MUGEJU e ISFAS que dichos conciertos, “cualquiera que sea su importe y cantidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público, regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público”.

Comenzando por MUFACE, el concierto sanitario se rige por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (en adelante TRLSFCE)⁵² (art. 5.2), que en su artículo 17.1 prevé que la asistencia sanitaria puede realizarse por concierto con entidades públicas o privadas, dejando claro que a este concierto sanitario se le aplica el TRLCSP y normativa de desarrollo y que el orden jurisdiccional para las eventuales reclamaciones será el contencioso-administrativo.

Centrándonos en los aspectos laborales del concierto sanitario de MUFACE, es importante remarcar que, como señala el artículo 7.2.1 de la Resolución que lo aprueba para 2016, el concierto sanitario de MUFACE “no supone ni hace surgir ninguna relación entre MUFACE y los facultativos o centros de la Entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o centros son en todo caso ajenas al Concierto”.

Es necesario tener en cuenta que las circunstancias laborales del personal

⁵¹ A título de ejemplo, la Resolución de 16 de diciembre de 2015, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se publica el concierto suscrito con entidades de seguro para el aseguramiento del acceso a la asistencia sanitaria en territorio nacional durante los años 2016-2017 y se regula el cambio de entidad prestadora de la asistencia sanitaria (BOE de 19 de diciembre de 2015).

⁵² Así como el artículo 77 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo.

que presta servicios para entidades aseguradoras concertadas con MUFACE se están viendo afectadas por la crisis económica, que ha determinado menor aportación del Estado a los presupuestos de la entidad; pero, al mismo tiempo, por la disminución del número de cotizantes, ya que, las diferentes reformas en materia de Seguridad Social han supuesto que los funcionarios de nuevo ingreso en CCAA y otros colectivos –vgr. personal docente universitario- pasen a integrar el Régimen General de Seguridad Social, en cumplimiento de los Pactos de Toledo de 1985, donde se pactó, entre otras medidas, la progresiva eliminación de Regímenes, hasta quedar sólo el Régimen General de Seguridad y el Régimen de Trabajadores Autónomos. Paralelamente se está detectando que la cobertura sanitaria de MUFACE no incluye la cartera común de servicios del Sistema Nacional de salud, lo que pudiera plantear problemas de discriminación, aunque no es un tema que vayamos a tratar en este estudio.

En relación al Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el ISFAS tiene un régimen de colaboración concertada con la sanidad militar, así como concierto con el INSS y la TGSS, permitiendo la opción entre sanidad militar y sanidad pública; previsión contenida en los artículos 14 y siguientes del TRLSSFFAA⁵³.

El Gobierno asegura que “penalizará” a las entidades aseguradoras que colaboran con Muface --la mutua de los funcionarios-- que incumplan el **concierto**, bien sea por no garantizar el acceso a los medios asistenciales o por vulnerar el principio de continuidad asistencial para pacientes en tratamiento por patologías graves al obligarles a cambiar de centro **sanitario** Principio del formulario

Final del formulario

Principio del formulario

Final del formulario

Las relaciones jurídicas del concierto son las que vinculan al ISFAS y la Entidad aseguradora, así como las que vinculan a los beneficiarios y la Entidad; sin embargo, se establece expresamente que dicho concierto “no supone ni hace surgir ninguna relación entre el ISFAS y los facultativos o centros de la Entidad que presten la asistencia. Las relaciones entre la Entidad y los facultativos o centros son en todo caso ajenas al Concierto⁵⁴”.

⁵³ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio y 61 del Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.

⁵⁴ Así lo establece expresamente la cláusula 6.2.1 de la Resolución 4B0/38195/2015, de 14 de diciembre, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se publican los conciertos

Por último, en referencia al Régimen Especial de Seguridad Social de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia⁵⁵, la MUGEJU –Mutualidad General Judicial- - el concierto sanitario se rige por la Resolución de 18 de octubre de 2013, prorrogada hasta 2017; y curiosamente, a diferencia de los otros dos Regímenes Especiales de funcionarios públicos, dicha normativa no contempla la cláusula de exclusión de entre MUGEJU y los facultativos que presten servicios para las entidades aseguradoras concertadas.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones⁵⁶ sobre la responsabilidad de la Administración por deficiente prestación sanitaria en casos de concierto administrativo de funcionarios, cuestión que no es objeto de nuestro estudio; sin embargo, no hemos encontrado pronunciamientos judiciales sobre cuestiones de índole laboral relacionadas con MUFACE, ISFAS o MUGEJU y el personal que presta servicios sanitarios para las entidades aseguradoras concertadas con dichas Mutualidades; por lo que entendemos aplicable todas las consideraciones realizadas a lo largo de este estudio.

suscritos con entidades de seguro para la asistencia sanitaria de beneficiarios durante los años 2016 y 2017.

⁵⁵ Regulado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de disposiciones legales vigentes de este Régimen General y su normativa de desarrollo, el Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio.

⁵⁶ STS (Contencioso-administrativo, Secc.3^a) de 3 de julio de 2003 recurso casación para unificación de doctrina.

ESTUDIOS

Presentación

Claves laborales de la participación privada en la actuación pública

Jesús Cruz Villalón

Criterios de delimitación de las actividades profesionales privatizables y no privatizables

José Manuel Gómez Muñoz

Cláusulas sociales, contratación pública: desde el problema de “legitimidad” al de sus “límites”

Cristóbal Molina Navarrete

Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Calidad de los servicios públicos y estándares laborales. Especial referencia a seguridad y salud laboral y a conciliación familiar

Sofía Olarte Encabo

La intervención sindical en la gestión privada de servicios públicos

Eva Garrido Pérez

La gestión privada en los servicios esenciales para la comunidad y las garantías para su mantenimiento

M^a Nieves Moreno Vida

Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos

José Luís Monereo Pérez

Gestión privada de lo público: estructura y contenidos de la negociación colectiva

Federico Navarro Nieto

Garantías y responsabilidades en materia salarial

Carmen Sáez Lara

El personal laboral de las Administraciones públicas: facultades organizativas y disciplinarias

María Fernanda Fernández López

Las relaciones laborales del personal docente en la enseñanza privada concertada

Pedro Gómez Caballero

Aspectos laborales de la asistencia sanitaria pública concertada

María José Rodríguez Ramos

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO