



ESCUELA DE FORMACIÓN CONFEDERAL ELADIO VILLANUEVA

La reversión de la gestión de los SERVICIOS PÚBLICOS en la Admón. Pública

Nº 155 - ABRIL 2017

BOLETÍN

INFORMATIVO





LA REVERSIÓN DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

I.- INTRODUCCIÓN.

En el VI Congreso Extraordinario de la CGT en Iruña se acordó elaborar por parte del Gabinete Jurídico Confederal un informe jurídico sobre las diferentes formas de internalización de los Servicios Públicos, indicando las diversas fórmulas legales para la subrogación y los mecanismos posibles para garantizar la estabilidad de las personas trabajadoras de las Contratas en las diferentes formas de revertir los servicios.

El objetivo del presente informe es dar cumplimiento a lo acordado en el Congreso, indicando las fórmulas legales de posibles subrogaciones, analizando jurídicamente estos procesos y detectando los obstáculos y/o problemas que se puede encontrar la acción sindical a la hora de abordarlos. Son procesos que se han venido a llamar coloquialmente procesos de “remunicipalización”, debido a que se están produciendo fundamentalmente en el ámbito municipal.

Es por ello que haremos especial énfasis en el ámbito municipal, si bien, el análisis jurídico del presente informe es en principio general para todas las Administraciones Públicas, con los matices que en su caso se expondrán.

En CGT, desde siempre, se ha apostado por lo Público, por lo Común. Trabajamos en la LÓGICA DE LO PÚBLICO, porque su objetivo es la satisfacción de necesidades sociales y éstas son universales, nos afectan a todos y a todas a lo largo de nuestra vida. No son objetivos económicos, sino que son sociales:

- **Se busca la protección social en situaciones de necesidad:** desempleo, pensiones, vivienda, educación, salud, hábitat, dependencia, etc. y **redistribuye la riqueza que entre todos y todas creamos**, para que todas las personas tengan acceso a derechos esenciales para una vida digna de manera igualitaria.

- **No debe existir un interés privado, particular**, sino colectivo, porque todas las personas tenemos las mismas necesidades y nadie debe lucrarse o apropiarse de manera egoísta y por interés particular, más que otras.
- **Las prestaciones públicas son cubiertas con los recursos que producimos entre todos y todas** a través de los impuestos, de las rentas. Todos y todas tenemos que contribuir, quien más gana más debe aportar. La sociedad ha de ejercitar la solidaridad.
- **La gestión de estos servicios públicos no se debe regir por el principio de rentabilidad económica**, sino por principios de reparto necesario y suficiente, para cubrir necesidades sociales.

Los procesos de privatizaciones, eufemísticamente calificados como externalizaciones, iniciados en el Estado español principalmente desde principios de los años 90, ha significado el poner en manos de empresas privadas la gestión de servicios esenciales como la salud, la educación, los servicios sociales, limpieza, agua, etc. Es por ello que los procesos de reversión de la gestión de servicios públicos supone una oportunidad no sólo de parar las privatizaciones sino de revertir el modelo. Son ya muchos los informes nacionales y a nivel europeo que demuestran que la gestión pública es más eficiente para las arcas públicas que la gestión privada¹.

La Reforma del artículo 135 de la Constitución y sus posteriores leyes de desarrollo (Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, así como la denominada Ley Montoro de la Reforma del Régimen Local), vienen a determinar el sentido ultraliberal sobre la desposesión de lo público.

Además, a niveles tanto nacionales como de manera global, con incidencia especial en la UE, los poderes económicos y financieros continúan haciendo presión a los poderes públicos, con el objetivo de profundizar los procesos de privatización y hacerlos irreversibles, como por ejemplo las más que preocupantes negociaciones mantenidas por la UE con terceros países sobre acuerdos transatlánticos y transnacionales, (Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión –TTIP, Acuerdo en Comercio de Servicios- TISA y el Tratado sobre el Libre Comercio entre la UE y Canadá CETA), en los que se están incluyendo cláusulas de obligado cumplimiento por los Estados miembros de la UE, cuyo objetivo es la privatización de los servicios públicos y frenar cualquier intento de retorno a la Administración de los servicios ya externalizados.

Lo público es “aquello” que no debe ser mercantilizado y su gestión se realiza desde el Estado en todas sus estructuras, la central, las autonómicas, las regionales, las municipales, y empresas “públicas”, bajo cualquiera de las modalidades existentes en nuestro sistema jurídico normativo.

¹ Al respecto puede verse el Informe elaborado en mayo de 2012 por la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich o la Resolución de 25 de noviembre de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización del Sector Público Local.

La gestión de lo Público no puede basarse en criterios de rentabilidad mercantil, sino en el **principio de suficiencia** (siempre existirán recursos para que los servicios públicos lleguen de manera universal a toda la población) y en el **principio de eficiencia**, es decir, su gestión debe ser eficiente sin incurrir en un “mal negocio”, pues de lo contrario se estaría violando el principio de suficiencia.

La gestión se encarga a “técnicos” en toda la cadena organizativa, y la propiedad es “pública”. La participación de los sujetos activos (las personas trabajadoras) y de los sujetos pasivos (las personas beneficiarias de esos servicios públicos), carecen en la inmensa mayoría del “poder de decisión” en lo relativo a su financiación (políticas fiscales) y en lo relativo a la eficiencia, es decir, no existe participación directa en la gestión por los verdaderos sujetos.

Por ello los procesos de reversión de los servicios públicos son una oportunidad para empezar a transformar el modelo imperante.

Nos vamos a encontrar con **dos ejes principales en estos procesos, el primero es el principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de las empresas privadas que están gestionando el servicio, y el segundo eje es la garantía democrática de igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas** (Art. 23.2 y 103 de la Constitución y art. 55 del EBEP), de acceso al empleo público, que tiene una serie de requisitos constitucionales (igualdad, mérito, capacidad y publicidad) que como sindicato no podremos obviar en los procesos de reversión.

En este contexto debemos prestar especial atención a los problemas que nos podemos encontrar en el camino para así ser más efectivos en la acción sindical y social.

La reversión de la gestión de los servicios públicos plantea diversos tipos de problemas: los laborales por un lado y los políticos-sociales, que tienen una naturaleza administrativa y presupuestaria, por el otro. Un tercer problema serio y de tanto significado como los anteriores en este proceso de lucha por la reversión, son las resistencias políticas de los “nuevos gestores y gestoras de los denominados gobiernos del cambio (municipales y autonómicos)”.

Sus posiciones respecto a la desprivatización y/o reversión, partiendo de que teóricamente están “*en contra de la privatizaciones*”, se apalancan en las trabas existentes en los procesos de remunicipalización (burocracia técnica) de los servicios y, especialmente, en el énfasis que le ponen a los impedimentos legales², así como en las posibles demandas por las supuestas compensaciones de las empresas a las cuales se les “rescataría” el servicio externalizado.

Lo anterior, que está sucediendo con demasiada frecuencia, especialmente en los grandes Ayuntamientos como Madrid, no hace sino mostrar la ausencia de una voluntad política firme (asumir riesgos) de poner todo su empeño y la fuerza de la

² Ley Montoro, techo de gasto, etc.

ciudadanía (trabajadores y trabajadoras, vecinos y vecinas) en buscar salidas a una situación insostenible y claramente contraria al interés general.

La tipología de los problemas, especialmente en el laboral, es compleja y resulta difícil establecer soluciones seguras y categóricas por la diversidad de las normas que entran en juego, muchas de ellas no laborales.

Este informe intenta dar algunas claves generales, pero debemos tener en cuenta que cada situación puede ser diferente y debe hacerse un tratamiento particularizado.

Por razones obvias nos ocuparemos fundamentalmente de los problemas laborales ya que son los que como sindicato vamos a tener que abordar, aunque no podemos desconocer los demás problemas de naturaleza no laboral.

Tenemos que tener como proyección en nuestro horizonte de intervención por la recuperación de lo público, que no solo se trata de re-municipalizar, sino que también se trata de hacer público aspectos y espacios que hoy son privados, pero por justicia social y garantía de la igualdad en el acceso a estos espacios, deberían ser públicos.

Posibilidad que tiene también una base legal, como por ejemplo la Ley Básica del Régimen Local y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RD de 17 de Junio de 1955) y, además, el propio marco legal vigente, que nos dota de argumentos para que consideremos que la remunicipalización (por ejemplo), es una obligación³.

II.- LA REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En primer lugar hay que tener en cuenta que la reversión de los servicios públicos se debe adoptar en el marco de un procedimiento administrativo. Se deben tener presentes todas las normas aplicables a dicho procedimiento, relativas al propio procedimiento, contratación, presupuestarias y financieras.

En el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada por el Real Decreto 3/2011 de 14 de Noviembre (a partir de ahora TRLCSP) nos encontramos algunas de las claves.

Podemos encontrarnos ante una recuperación del servicio por la finalización del contrato (art. 8 y 275 TRLCSP) o ante una recuperación del servicio por razones de interés público que justifican el rescate del servicio por la Administración. Si nos

³ Según el artc. 7.2 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera... *La gestión de los servicios públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público* "..., lo cual debemos entender que la gestión directa es más eficaz y barata, como se demuestra en cada uno de los procesos de desprivatización, luego estaremos invirtiendo en la ... "racionalización y mejora de la gestión del sector público..."

encontramos en este último caso, además de justificar las razones de interés público, hay que tener en cuenta las posibles indemnizaciones a la empresa privada conforme el art. 288 TRLCSP. Los casos que habitualmente nos vamos a encontrar es la reversión de los servicios por vencimiento del contrato y/o resolución de mutuo acuerdo entre la Administración y la empresa privada. En estos casos obviamente no hay que indemnizar a las empresas privadas.

Asimismo en el ámbito municipal nos encontramos con el art. 86 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril reguladora de la Bases del Régimen Local que establece que *"La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma."* Por su parte el art. 97 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (a partir de ahora TRRL) dispone lo siguiente:

"Artículo 97. 1.

Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere:

- a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.*
- b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.*
- c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades.*
- d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.*

Artículo 97.2.

Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses.

Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta. "

Estos preceptos se refieren al ejercicio efectivo de las actividades calificadas como servicio público en régimen de monopolio y detallan el procedimiento legal con todos los requisitos exigidos en el art. 97 de la TRRL. Sobre la exigencia del procedimiento es de interés la STS de la Sala Contencioso-Administrativo de 23 de febrero de 2015, recurso de casación 595/2013.

Debemos también estar atentos a la transposición pendiente que el Estado Español haga de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

III.- GESTIÓN DIRECTA O INDIRECTA

Una de las decisiones más difíciles e importantes al inicio de un proceso de reversión es la relativa a si se va a prestar el servicio directamente por la Administración o si se va a prestar a través de una entidad dependiente de la misma como puede ser una sociedad mercantil de capital público o una entidad pública empresarial. En este último caso la Ley 27/2013 de 27 de Diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local exige demostrar que la creación de una sociedad mercantil pública o una entidad pública empresarial es un mecanismo más sostenible y eficiente.

Si el municipio está sujeto a una plan de ajuste o reequilibrio de los contemplado en la Ley 27/2013 se encontrará limitado en la creación de nuevas entidades y sociedades mercantiles e incluso limitado para nuevas aportaciones a las mismas.

En este sentido la STC de 3 de marzo de 2016, recurso de inconstitucionalidad 1792/2014 ha declarado la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley, permitiendo que los municipios puedan seguir prestando determinados servicios públicos que inicialmente se querían sustraer a las entidades locales.

La reversión se puede hacer mediante una integración directa en la Administración o se puede realizar mediante sociedades instrumentales, como pueden ser las sociedades mercantiles de capital público o mediante entidades públicas empresariales.

El artículo 85.2 de la Ley de Bases del Régimen Local⁴ en la redacción dada por la ley 27/2013 dispone que *"Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

A) Gestión directa:

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

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, *mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos."

Este artículo vincula ya al ente local a tener que buscar la fórmula no sólo más eficiente, sino también más sostenible y exige una serie de requisitos, como una memoria justificativa e informes sobre el coste del servicio y el informe del interventor local.

En todo caso, la integración directa requiere someterse a los procesos de contratación para el personal laboral establecidos en el art. 61.7 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de Octubre (a partir de ahora EBEP), es decir, debe ser por oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos.

⁴ Esta Ley en su artículo 85 dice que...*"los servicios públicos de **competencia local** habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de las enumeradas a continuación..."* (se refiere a las de gestión directa e indirecta) inclinándose la ley **por la gestión directa, es decir por la propia entidad u órgano autónomo.**

En este caso, la integración del personal se hará en la propia Administración o en sus organismos de derecho público, como personal laboral. Con esta vía no se puede ofrecer la garantía de continuidad para los trabajadores de la anterior empresa privada que venía gestionando el servicio, ya que la integración directa en la Administración como personal laboral supondría necesariamente realizar uno de los procesos de contratación establecido en el art. 61.7 del EBEP bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Además, no se podría obviar los derechos de los trabajadores y trabajadoras en las bolsas de empleo si las hubiere y funcionarios interinos. Incluso podría pasar que las personas trabajadoras que prestan servicios en la empresa privada no tengan la titulación necesaria para aspirar a las plazas ofertadas y, por tanto, no podrían presentarse a la convocatoria de contratación.

Por ello, sin descartar la reversión directa, la recuperación del servicio público se suele hacer a través de empresas públicas. En este sentido caben dos posibilidades de gestión indirecta: las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles controladas por el sector público. Estas fórmulas son igualmente válidas tanto en la Administración estatal, en la CCAA como en las Corporaciones Locales.

En estas entidades se aplican normas de derecho privado y público. La nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (a partir de ahora LRSP) que entró en vigor en Octubre de 2016, regla la naturaleza jurídica tanto de los Organismos autónomos (arts. 98 a 102) como de las entidades públicas empresariales.

El art. 2.1 del EBEP establece que se aplicará al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.*
- b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.*
- c) Las Administraciones de las entidades locales.*
- d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.*
- e) Las Universidades Públicas.*

Por otra parte y como ya se ha mencionado, la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) establece las previsiones sobre personal aplicable a los entes del sector público de la Administración general del Estado y diferencia los siguientes tipos:

1. Organismos públicos estatales. En estos casos, su Ley de creación establecerá las peculiaridades de su régimen de personal (art. 91). Además el plan inicial de actuación que se aprueba junto con el proyecto de ley de

creación del ente determinará la previsión sobre recursos humanos necesario para su funcionamiento.

2. En el caso de las **sociedades mercantiles estatales** el personal se somete al Derecho Laboral y a las normas que les sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, en particular la normativa presupuestaria y las previsiones establecidas en las Leyes de Presupuesto del estado (art. 117 LRJSP).

No se les pueden atribuir facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la Ley puede atribuirles dichas potestades (art. 113 LRJSP).

Cabe preguntarse, ¿cuál es la distinción entre organismos autónomos y entes públicos empresariales? La distinción se basa en dos criterios: la naturaleza de las actividades y el Derecho al que se someten, de tal modo que los Organismos Autónomos realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público.

El personal de los organismos autónomos puede ser funcionario o laboral y se regirá por la legislación básica en materia de Función Pública (art. 100 LRJSP), por lo que los organismos públicos están sometidos al derecho público en cuanto a contratación de personal.

Las Entidades públicas empresariales realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidos en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento.

El personal de las EPE se rige fundamental por el Derecho laboral, si bien su Ley de creación podrá determinar las condiciones conforme a las cuales los funcionarios de la Administración general del Estado podrán cubrir destinos en esta entidad. La potencial presencia de funcionarios en estas Entidades salva teóricamente el escollo de que con carácter general estas entidades ejerzan potestades administrativas, lo que resulta acorde con su naturaleza pública.

La LRJSP establece que la selección de personal se realizará mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad mérito y capacidad y que respecto de la determinación de las condiciones retributivas requerirá el informe conjunto previo y favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art 106 LRJSP).

Por tanto los organismos públicos están sometidos al derecho público en cuanto a contratación de personal, es por ello que, en los procesos de reversión se suele acudir a la figura de las sociedades mercantiles en las que la Administración ostenta participación mayoritaria o exclusiva.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 166.1.c) define las sociedades mercantiles estatales como:

"aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por ciento. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas".

A su vez La Ley General Presupuestaria contempla ambas formas jurídicas en su capítulo V (arts. 64 a 68) que se integran en el Presupuesto del Estado, aunque sus normas presupuestarias son diferentes de las correspondientes al resto de la Administración Pública.

El régimen de las sociedades mercantiles es diferente al de las entidades públicas empresariales y en general al de los entes de derecho público, pues se hace remisión al régimen privado, salvo en algunas materias específicas. A diferencia de los entes públicos empresariales, no pueden ejercer potestades administrativas al no poder ejercer funciones de autoridad pública. Respecto a la contratación es importante tener en cuenta la D.A. primera del EBEP que establece:

" Disposición adicional primera Ámbito específico de aplicación:

Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica."

Así pues, aunque las sociedades mercantiles no están dentro del ámbito de aplicación del EBEP, se les aplica los principios de igualdad, mérito y capacidad conforme a esta Disposición Adicional, lo que no excluye a priori aplicar fórmulas normales de contratación laboral con bastante libertad y con plena sujeción al ordenamiento laboral, como se verá más adelante.

IV. LA SITUACIÓN DE LA PLANTILLA Y LA SUBROGACIÓN EN SUS CONTRATOS.

Una vez analizada la reversión directa e indirecta de los servicios públicos, el problema principal que nos vamos a encontrar es determinar la situación en la que quedan las personas trabajadoras de las empresas privadas que habían venido prestando el servicio.

Hay que plantearse si entraría en juego el art. 44 ET y, por lo tanto, la subrogación en sus contratos. Es decir, hay que plantearse si podemos incardinar el supuesto dentro del concepto de sucesión de empresas del art. 44 ET.

No hay duda de que a las empresas públicas se les aplica el art. 44 ET y 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 las personas trabajadoras en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas⁵.

Así pues podríamos considerar que, en los supuestos de sucesión de empresa, la Administración se subrogaría en los contratos del personal de las empresas privadas que venían gestionando el servicio. Esta conclusión es insuficiente ya que tenemos que tener en cuenta otras normas no laborales como puede ser el art. 301.4 de la TRLCSP que señala literalmente que: *"A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante."*

Además hay que tener en cuenta que los propios órganos jurisprudenciales del orden social entienden que la mera recuperación de un servicio público que se prestaba mediante un contrato no constituye de por sí una secesión de empresa, por ejemplo, la STS 21/04/2015 rec. 91/2014, STS 19/05/2015, rec. 358/2014, o la reciente STS 09/02/2016, rec. 400/2014.

Según esta jurisprudencia la concesión administrativa no es una unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 ET, salvo que se entregue la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación.

La subrogación en los derechos laborales solamente se producirá si hay transmisión de elementos patrimoniales, si lo determina el convenio colectivo o si los prescribe el pliego de condiciones de la concesión.

También es discutible que un convenio sectorial que prevé la subrogación pueda afectar a la Administración, ya que estos artículos de los convenios están pensados para otros supuestos y afectan a las empresas sujetas a los mismos, entre las que no se encuentra la Administración Pública, que no está a estos efectos representada por las Asociaciones Empresariales firmantes de esos convenios sectoriales.

Lo anterior no impide que se entienda que la reversión desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando el servicio directamente y sin solución de continuidad, dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa sí que conlleva la aplicación del artículo 44 ET.

En este sentido se ha pronunciado la STS 30/05/2011 rec. 2129/2010 sobre el servicio municipal de retirada de vehículos o la STS 26/01/2012 rec. 917/2011 sobre un servicio público asistencial. Esta doctrina también ha sido confirmada por las conclusiones de la STJUE 26/11/2015 C509/14, asunto ADIF al amparo de la Directiva ya mencionada.

⁵ El artículo 1.1.c. de la Directiva establece que: "La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejercen una actividad económica, con o sin ánimo de lucro".

Así pues, para que exista aplicación del art. 44 ET no es suficiente la mera recuperación de la actividad, sino que debe haber una transmisión real de plantilla y elementos patrimoniales, sin que basten como regla general los propios aportados por la Administración, salvo que fuesen muy relevantes.

La Administración Pública no queda eximida de las obligaciones en materia de sucesión de empresas. En este sentido podemos citar por ejemplo la STJCE 26/09/2000, C-175/99 asunto Mayeur o a STJUE 20/01/2011, C-463/09, asunto CLECE. El art. 301.4 TRLCSP es una regla general que se rompe cuando se dan los requisitos del art 44 ET en conexión con la Directiva Comunitaria y los criterios jurisprudenciales que hemos analizado.

Asimismo la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 26 de Noviembre de 2015, nº de recurso C-509/14, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco relativa a la interpretación del artículo 1, apartado 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 las personas trabajadoras en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, ha extendido el ámbito subjetivo de aplicación de ésta al declarar que:

"...procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 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 hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal".

En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 21 de marzo de 2017⁶, declara la posibilidad de la subrogación no sólo en las entidades públicas empresariales sino también en la propia Administración.

Esta sentencia declaró, en el marco de un despido colectivo, la responsabilidad en la subrogación del propio Ayuntamiento de Oviedo y no sólo de la entidad pública que iba a gestionar la recaudación de tributos.

Además, analizando la jurisprudencia contencioso administrativo se puede verificar que la doctrina del TS admite los Acuerdos sobre condiciones de trabajo

⁶ TSJ Asturias Sala de lo Social, sec.1ª S 21/03/2017 nº8/2017, rec. 6/2017 Ponente: Prado Fernández, Francisco José de

en las Administraciones Públicas que imponen cláusulas subrogatorias en los pliegos de contratación⁷.

Por ello se puede aplicar el art. 44 ET si existe una obligación asumida en virtud de algún acuerdo regulador de condiciones, general o adoptado específicamente en atención a la recuperación del servicio de que se trate.

Por último, existe la posibilidad de subrogación de las personas trabajadoras cuando exista una obligación impuesta por alguna norma legal específica. Nos estamos refiriendo a la aprobación de la Leyes de Función Pública de las CCAA que se han aprobado o se están aprobando que contemplen los supuestos de subrogación cuando hay una reversión de un servicio público. Nos lo encontramos por ejemplo en la Ley 1/2013 de 21 de mayo de la Generalidad Valenciana (Disposición Adicional Cuarta que alude directamente al art. 44 ET), o en la Ley 1/2011, de 17 de Febrero de reordenación del sector público de Andalucía (Disposición adicional Cuarta que se remite a las normas sobre sucesión de empresas).

V.- EL PROBLEMA DE LA CONSOLIDACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS AFECTADAS.

Nos encontramos ahora con el problema de que, aún en el supuesto en que nos encontramos con una sucesión de empresas del art. 44ET, el art. 301.4 TRLCSP, asume que es imposible la consolidación de este personal como personal propio del ente público. Estamos ante el mismo problema que en su día determinó la creación del concepto de trabajador o trabajadora indefinida no fija.

No es objeto de este informe analizar jurídicamente las figuras del personal laboral fijo e indefinido, pero sí que resulta necesario un breve comentario.

La distinción entre el personal laboral fijo e indefinido consta en la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1996, que fue reiterada por el mismo órgano en la sentencias de 10 y 30 de Diciembre de 1996 y 11 y 14 de marzo de 1997, entre muchas otras. En virtud de dicha jurisprudencia, la infracción de las normas laborales o el fraude en la contratación temporal por parte de la Administración determinan el reconocimiento de la relación como indefinida, pero no puede en ningún caso suponer la declaración de fijeza, pues en palabras del Tribunal Supremo, *el personal laboral fijo es aquel que ha superado el procedimiento de selección reglamentario, en cambio el personal laboral indefinido no fijo es aquel que debido al fraude de ley en la contratación temporal su relación se convierte en indefinida.*

La situación del personal laboral indefinido no fijo sigue siendo irregular, y la Administración estaría obligada a adoptar en algún momento las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo, mediante el oportuno proceso

⁷ STS Sala Contencioso-Administrativo 30/04/2014, rec. 1416/2013 ó la STS Sala Contencioso-Administrativo 16/03/2015, rec. 1009/2014

selectivo, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Esta doctrina jurisprudencial es recogida tanto por el EBEP como por el Estatuto de los Trabajadores en su art. 15.5, y en la Disposición Adicional 15º, que establece que en el ámbito de las Administraciones Públicas el encadenamiento de contratos surtirá efectos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Pues bien, siguiendo esta doctrina, si el personal a integrar es fijo, no procedería su integración con esa condición y aparentemente tendría que ser considerado como indefinido no fijo, solución que es perfectamente posible pero que podría perjudicar a la estabilidad de los trabajadores y trabajadoras ya que, además de amortizarse sus contratos al amparo de las previsiones de los artículos 51 o 52 c) ET, también podrían cesar en sus puestos si se convocan plazas y no las obtienen, con el único derecho, en atención a su condición de indefinidos no fijos, del percibo de la indemnización prevista para los contratos temporales según una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS 04/02/2016, rec. 2638/2014).

En las sociedades mercantiles si cabría entender que la integración podría producirse como personal fijo ya que, aunque se integran en el Sector Público, no son Administración Pública en sentido estricto.

Las sociedades mercantiles siguen estando sujetas al EBEP en términos de principios a las reglas que regulan el acceso al empleo en condiciones de igualdad, mérito y capacidad y restantes principios del art. 55 EBEP, conforme a la Disposición Adicional Primera del mismo, pero el EBEP en el ámbito del personal laboral permite fórmulas de acceso tan relativamente sencillas como el concurso de méritos. Además el Tribunal Supremo ha zanjado esta cuestión en sus Sentencias de 18/09/2014 rec. 2320 y 2323/2013, donde concluye que en las sociedades mercantiles no existe el obstáculo que condujo a la creación del concepto de trabajador indefinido pero no fijo y, por ello, en principio no existe obstáculo a la fijeza absoluta en las sociedades mercantiles estatales.

Ahora bien, en las entidades de derecho público podría seguir existiendo el obstáculo del art. 301.4 TRLCSP, en cuanto a la imposibilidad de consolidación del personal de las entidades privadas en el Sector Público. Por la redacción del art. 304.1 cabría la posibilidad de ser aplicable a las sociedades mercantiles.

Además aparece un nuevo obstáculo ya que se podría entender que se incrementa la plantilla, y la posibilidad de nuevas contrataciones en 2016 está fuertemente limitada incluso en las sociedades mercantiles en la Ley de Presupuestos Generales para 2016, Ley 48/2015, de 29 de Octubre. Las Disposiciones Adicionales 15,16 y 17º. La tasa de reposición sigue siendo un obstáculo a la ampliación de plantillas, problema que también afecta a las sociedades mercantiles públicas pese a su sometimiento al derecho privado, pues también quedan sujetas a las normas presupuestarias.

Por último debemos tener en cuenta la figura del personal a extinguir. En los arts. 3,5,8 y 9 de la Ley 15/2014 de 16 de septiembre de racionalización del Sector y otras medidas de reforma administrativa, se prevé que cuando un organismo de derecho privado se extinga y sus funciones pasen a ser desarrolladas por entidades públicas, existe subrogación de la plantilla y dicho personal seguirá desarrollando sus funciones en la entidad pública pero como personal a extinguir, sin adquirir la condición de empleado público y sin que, en consecuencia, forme parte propiamente de la plantilla del organismo público ni consolide plaza. Esta misma figura está prevista en la Ley 13/2015 de 8 de Abril, La Ley de Función Pública de Extremadura.

Para evitar todos estos problemas en los procesos de reversión de los servicios públicos sería necesaria una reforma legal que, mediante nueva normativa estatal o derogando alguna de la existente, facilitase aún más la posibilidad de recuperación pública de la gestión de servicios públicos con subrogación en la plantilla de la empresa privada que los vienen gestionando.

Epílogo:

Como CGT nos encontramos en una campaña –sostenida en el tiempo-, por la defensa de los Servicios Públicos como Derechos sociales suficientes para todos y todas y por la autogestión de los mismos por las personas.

CGT tiene posición sindical – social respecto de lo PÚBLICO:

El debate es netamente político en la sociedad: la privatización, la externalización, de los SSPP por cualesquiera de las modalidades formales-jurídicas, tienen su sustentación política en la modificación del artículo 135 de la Constitución y posterior Ley 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la cual embrida a todas las Administraciones del Estado (central, autonómica y municipal), impidiéndoles el endeudamiento y superación del déficit que Bruselas ha fijado para el Estado Español, además de las políticas de congelación de convocatorias de plazas para cubrir los puestos necesarios en los SSPP⁸.

La defensa de los Servicios Públicos como derechos sociales para todos y todas: la confrontación con las lógicas privadas y contra la mercantilización de lo público, **apostando clara y nítidamente por la universalidad, suficiencia y eficiencia de los Servicios Públicos, y la participación en su gestión de trabajadores y trabajadoras, y de las personas que les utilizan.**

Los bienes públicos como bienes comunes de todas las personas y para todas

⁸ Las plantillas que trabajan en la Empresas Pública y Administraciones Públicas ascienden a 2.542.787 personas (diciembre 2015). Desde el 2011 (modificación del artículo 135 CE), se ha reducido el personal en un 5%, es decir – 143.050 personas, con especial incidencia en profesores/as, médicos/as, jueces y juezas, policías... Si la disminución de personal en las distintas AAPP y EEPP, la contabilizamos desde el 2010, la pérdida de puestos de trabajo asciende a – 156.000.

las personas, como derechos sociales garantizados.

La pelea, el empuje de todas las personas afectadas (millones) y de los movimientos sociales y sindicatos, es la única garantía de empujar en el giro de 180°, para lograr la reapropiación de lo que es de todos y todas:

- ❖ **En los últimos 15 años se han producido 235 casos de remunicipalización de los servicios de agua en 37 países.** El más sonado es el de Yakarta, en Indonesia, donde 9,9 millones de personas veían amenazado su acceso a tan imprescindible elemento por la gestión privada del mismo.
- ❖ **En la Unión Europea merece la pena detenerse en la remunicipalización de muchas empresas energéticas alemanas** y en los referéndums populares que exigen plantearla en ciudades como Berlín o Hamburgo.
- ❖ **En Francia, la cuna de las multinacionales del agua privada como Veolia, la ciudad de París remunicipalizó el servicio** consiguiendo un ahorro el primer año de 35 millones de euros, y procediendo a bajar la tarifa a los ciudadanos un 8%.
- ❖ **En Finlandia, donde el epicentro está en los servicios de limpieza viaria, la iniciativa alcanza ya al 20% de los municipios.**
- ❖ **El movimiento ha llegado también al Estado Español:** ya en 2011, la ciudad de León, con un gobierno del PP, procedió a la remunicipalización del servicio de limpieza. Vidreres, Vilanova i la Geltrú, Cambrils y otros municipios han procedido a remunicipalizar los más variados servicios, con evidentes ahorros para sus cuentas públicas. El caso más paradigmático es Medina Global, la empresa municipal de Medina Sidonia (Cádiz), que ahora gestiona el agua, la limpieza viaria y la recogida de residuos sólidos urbanos de la localidad. El proceso de "gestión del agua en Tarrasa", muy ligado a la "mesa del agua" de toda Catalunya. Las remunicipalizaciones de Zaragoza. En Madrid se paró el seguir adelante con la privatización de la Sanidad Madrileña.

La experiencia a niveles europeos y del Estado Español, muestra que una pelea coordinada de todos los sujetos afectados, sobre tres ejes fundamentales:

- a) Alianza entre los "nuevos gestores y gestoras" con los y las trabajadoras y la sociedad civil.
- b) No caer en el "tecnicismo" y en las "trampas de la legalidad vigente".
- c) Debate en la calle, con los "afuera de las instituciones" y la movilización de todos los tipos (denuncias públicas, denuncias jurídicas, manifestaciones...),

obtiene como resultado **la reversión del hecho de la privatización hacia la "gestión directa por parte de lo público", con consecuencias directas en**

condiciones de trabajo, en la suficiencia del servicio público que se presta y la universalidad del mismo.

IV.- BIBLIOGRAFÍA.

- "DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA". Ramón Parada y Jesús Fuentejada.
- "ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO COMENTADO". Carmen Perona.
- "MANUAL DE EMPLEO PÚBLICO LOCAL". Directores: Tomás Cobo Olvera y Rafael J. Vera Torrecillas.
- "EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: RÉGIMEN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CON ESPECIAL INCIDENCIA EN LAS ADMINISTRACIONES LOCALES". Cuadernos de Derecho Local, nº 19, febrero 2009. M.A Luelmo Millán.
- "LA REVERSIÓN A LA GESTIÓN DIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS: PROBLEMAS LABORALES". Revista de derecho social nº 73. Carlos L. Alfonso Mellado
- "LA REMUNICIPALACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES." Joaquín Tornos Mas
- "MEMENTO DEL EMPLEADO PÚBLICO". Ediciones FRANCIS LEFEBVRE
- Campaña de CGT: "*Por lo Público, Por lo común*".

**ESCUELA DE FORMACIÓN
CONFEDERAL
ELADIO VILLANUEVA**

**BOLETÍN
INFORMATIVO
Nº 155
ABRIL 2017**

**COORDINACIÓN
SECRETARIADO
PERMANENTE
DEL
COMITÉ CONFEDERAL**

**REDACCIÓN
GABINETE DE ESTUDIOS
GABINETE JURÍDICO**

**IMPRESIÓN
SERVICIOS REPROGRÁFICOS
COMITÉ CONFEDERAL**

**REDACCIÓN
SAGUNTO, 15 - 1º
28010 MADRID**

**TEL.: 91 593 16 28
FAX.: 91 445 31 32**

