

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 contratos 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 a los principios de igualdad, mérito y capacidad del proceso de selección de los demandantes de empleo en la prestación de sus servicios 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 resultas 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 sobrecostos 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 reflexiona 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 verá 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 un 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 contraste, 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 contratos 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 contratadas 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 contratadas 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 resultas 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.