

GESTIÓN PRIVADA DE LO PÚBLICO: ESTRUCTURA Y CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

FEDERICO NAVARRO NIETO

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

EXTRACTO

Palabras clave: Negociación colectiva, contenidos, contratistas y subcontratistas, sector público, reversión de servicios público

En términos generales, es escaso el tratamiento en la negociación colectiva de la específica materia de las contratistas, subcontratistas y sucesión de empresas. Las insuficiencias al respecto se trasladan con mayor relevancia al ámbito de la negociación en la subcontratación y subrogación empresarial en el sector público, sin que se contemple, además, la especialidad de su problemática, en particular en el supuesto de creciente reflejo judicial de la reversión de la gestión de servicios a la Administración. El estudio aborda esta temática describiendo los límites jurisprudenciales y los problemas derivados de los límites de la legislación presupuestaria y de empleo público. Finalmente, el estudio se completa, en el plano de los contenidos de la negociación, con los efectos negativos de las previsiones de los convenios sectoriales sobre equiparación de condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas concesionarias con los empleados públicos de la Administración en el actual contexto legal de reducción de derechos económicos y laborales, cuyo tratamiento judicial dista de ser satisfactorio.

ABSTRACT

Key words: Collective bargaining, contents, contractors and subcontractors, public sector, reversal of services public

Treatment in collective bargaining for the specific matter of outsourcing (contracts and subcontracts) and succession of companies is, in general, insufficient. Shortfalls are transferred to the scope of bargaining in outsourcing and business subrogation in the public sector, without that it provides, in addition, the specialty of their problems. In particular, the growing course of the reversal of the management of services to the public administration. The study addresses this topic describing the jurisprudential limits and the limits of the budgetary legislation and public employment-related problems. Finally, the study was completed, at the level of the contents of the negotiation, with the negative effects of the provisions of the sectoral conventions on equal treatment in working conditions between workers of the companies with public employees in the Administration, in the current legal context of reduction of economic and labour rights, whose judicial treatment is far from being satisfactory.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS
3. EL RÉGIMEN CONVENCIONAL SOBRE SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS
4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE APLICACIÓN DE CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE SUBROGACIÓN A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
 - 4.1. La administración como tercero ajeno al convenio que impone la subrogación
 - 4.2. La reversión como supuesto ajeno a las previsiones de las cláusulas de subrogación
5. LA INEXISTENCIA DE UNA REGULACIÓN SINGULAR COMO CUESTIÓN DE FONDO EN LA INOPERANCIA DE LAS CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN
6. LA SUBROGACIÓN DESDE LOS ACUERDOS DE CONDICIONES DE TRABAJO EN LAS AA.PP.
7. LA PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE EQUIPARACIÓN SALARIAL DE LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS CONCESIONARIAS CON EL PERSONAL LABORAL DE LOS ENTES PÚBLICOS ADJUDICATARIOS
8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la negociación colectiva en la temática objeto de comentario es complejo al sobreponer la problemática de los efectos de la descentralización productiva y de la subcontratación en el sector público.

Como se sabe la descentralización productiva implica procesos de segmentación de la negociación colectiva y de diversificación y degradación de las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la descentralización¹. Un aspecto conocido de la negociación en los nuevos contextos de descentralización se refiere a la redefinición de ámbitos funcionales de convenios sectoriales o la creación de nuevos ámbitos (telemarketing, contact center), que facilite la cobertura sectorial a estas nuevas realidades. En estos procesos son importantes las características de la negociación, en particular el papel de la negociación sectorial en el establecimiento de reglas de articulación negocial, que pueden resultar efectivas en los supuestos típicos en los que las empresas implicadas se sitúan en el mismo ámbito funcional. Además, en estos casos, desde la perspectiva de los contenidos de la negociación, se revaloriza la negociación sectorial como vía para neutralizar la utilización de la subcontratación como medio de degradación de las condiciones laborales².

¹ Remito como estudios generales a Escudero Rodríguez, pág. 47 y sigs.; Soriano Cortés; Menendez Calvo, pág. 263 y sigs.; Kahale Carrill; Cruz Villalón.

² En el ámbito de las concesiones administrativas conviene tener en cuenta que la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, otorga relevancia como criterios para la adjudicación de concesiones, el cumplimiento por los candidatos de las obligaciones laborales o sociales, incluyendo aquí las obligaciones fijadas en convenio colectivo. El artículo 18, apartado 2, de la directiva indica que “se podrán tomar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución

Pero el papel de la negociación cuenta con límites en los supuestos cada vez más frecuentes de segmentación convencional (con convenios de empresa y distintos convenios sectoriales en función de la actividad subcontratada), donde pueden darse problemas de concurrencia de convenios o de imposibilidad de imponer los contenidos normativos del convenio a empresas que escapan al ámbito funcional del convenio. El problema específico de la negociación en el ámbito de la subcontratación en el sector público radica en que afecta a entes públicos y empresas que se sitúan en ámbitos funcionales distintos, haciendo entrar en juego, además, regímenes jurídicos singulares donde se combinan normas laborales y administrativas.

En términos generales, lo llamativo es que, frente a la creciente relevancia de esta problemática, es escaso el tratamiento en la negociación colectiva de la específica materia de las contrata, subcontratas y sucesión de empresas³. En el terreno de las reglas convencionales sobre determinación de los ámbitos funcionales de los convenios y su articulación, las insuficiencias destacadas en los estudios doctrinales se trasladan con mayor relevancia al ámbito de la negociación en la subcontratación y subrogación empresarial en el sector público, sin que se contemple, además, la especialidad de su problemática. Vamos a describir este escenario no tanto en relación con el fenómeno conocido de la externalización de servicios por la Administración⁴, sino centrándonos en la problemática novedosa y de creciente reflejo judicial de la reversión de la gestión de servicios a la Administración en diversas actividades: parques y jardines, limpieza viaria, ayuda a domicilio, escuelas infantiles.

El estudio se completa, en el plano de los contenidos de la negociación, con los paradójicos efectos negativos de las previsiones de los convenios sectoriales sobre equiparación de condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas concesionarias con los empleados públicos de la Administración en el actual contexto legal de reducción de derechos económicos y laborales, cuyo tratamiento judicial dista de ser satisfactorio.

de los contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral". Esta Directiva es por el momento más novedosa en lo que nos interesa que las previsiones del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Véase, Larrazabal, pág. 302 y sigs.

³ Soriano Cortés, pág. 309 y sigs.; Menendez Calvo, págs. 102 y sigs.; Salcedo Beltrán; Alvarez Del Cuviello, pág. 78 y sigs.; De Soto Rioja, págs. 661 y sigs.

⁴ Rodríguez Escanciano, 2011, pág. 214 y sigs.

2. REVERSIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS

A los fuertes procesos de externalización de la gestión de servicios por parte de las AAPP en los años 80 y 90 ha seguido en los últimos años un proceso inverso de reversión de servicios, en el marco de las exigencias legales desde 2012 de estabilidad presupuestaria y de reordenación y racionalización del sector público. El fenómeno de la reversión de la gestión de servicios públicos es más notorio en la Administración municipal (lo que se ha dado en llamar la “remunicipalización” de la gestión), apoyándose en factores como la necesidad de contención y reducción del gasto público⁵, el mayor coste público de los servicios privatizados y el deterioro en la calidad de los servicios externalizados. Además, este fenómeno está animado por una nueva voluntad política en los entes locales de recuperar la dirección, control y gestión de servicios públicos externalizados⁶.

La doctrina administrativista ha observado que hoy la reversión de la gestión de servicios públicos, y particularmente la “remunicipalización” de servicios públicos, a diferencia de otros procesos que acontecen de reestructuración de dichos servicios, en lo atinente a su impacto sobre el personal está carente de la más mínima regulación específica de carácter administrativo o de normas laborales de carácter especial⁷. Ello es igualmente predicable del papel de la negociación colectiva, cuya regulación resulta inadecuada o directamente inaplicable a la hipótesis de asunción directa por las entidades públicas de la gestión del servicio mediante la fórmula de la reversión.

El fenómeno de nuestro interés es el de la reversión de servicios prestados por empresas privadas (al margen por ello de los supuestos de empresas públicas concesionarias), para su gestión por la Administración pública (que en la experiencia práctica se centra en la administración autonómica y en la EE.LL.), directamente o a través de organismos autónomos, entidades públicas empresariales o sociedades públicas mercantiles.

Como se sabe, la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la adjudicataria saliente tiene lugar bien por aplicación del art.

⁵ El Plan de Ajuste de la Orden HAP/537/2012 recoge medidas que prevén la reversión de servicios, remunicipalizando el servicio público si económica y financieramente es posible (medida 7).

⁶ Castillo Blanco, págs. 72 y sigs.; Sande Perez-Bedmar, págs. 97 y sigs.; Revilla Esteve, pág. 87 y sigs.; CC.OO., Federación de Servicios a la Ciudadanía, 2012.

⁷ Castillo Blanco, pág. 95.

44 ET, bien porque así lo impongan la norma sectorial o el pliego de cláusulas administrativas particulares⁸.

Vamos a referirnos sintéticamente al primer supuesto, esto es, la subrogación legal conforme al art. 44 ET para centrarnos después en el supuesto de nuestro interés. Pues bien, en este caso es necesario que la contrata o concesión administrativa sea considerada una unidad productiva autónoma, para lo cual debe producirse la transmisión de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, porque no se considerarán en cuanto tales “salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación; de forma que en general en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET (STS 16-10-2013, Rec. 1640/12).

No obstante, se estima la existencia de una sucesión ex art. 44 ET, aunque no haya habido transmisión de activos patrimoniales, si el nuevo empresario entrante no sólo continúa con la actividad de que se trate, sino que también se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores del anterior empresario, esto es, si tiene lugar una “sucesión de plantilla”, en sectores cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra⁹. Este segundo criterio es relevante en ciertas actividades como las de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos.

Sobre este esquema básico de partida, y sobre la premisa de que la jurisprudencia comunitaria viene considerando desde antiguo que las Administraciones Públicas quedan sometidas al régimen de la Directiva 2001/23/CE, con la excepción del art. 1.1 c) de la misma¹⁰, tanto la jurisprudencia del TJUE como

⁸ La jurisprudencia desde antiguo distingue la sucesión empresarial ex art. 44 ET y la subrogación en los contratos de trabajo “en aquellos casos en que la autonomía colectiva, en su ámbito de aplicación, establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad de la empresa, o en aquellos otros en que el pliego de condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista”. Véase, STS 29-2-2000, Rec. 4949/98, STS 11-7-2011, Rec. 2861/10, STS 24-7-2013, Rec. 3228/12, STS 9-2-2016, Rec. 400/14.

⁹ Para un balance de la jurisprudencia comunitaria y nacional: De Soto Rioja, págs. 633 y sigs.

¹⁰ El art. 1.1c) dispone que “la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva”.

nuestra jurisprudencia interna contemplan la posible aplicación del art. 44 ET a los supuestos de reversión de servicios públicos. En el ámbito comunitario son una referencia reciente las SSTJUE 20-01-2011 (asunto CLECE, SA, C- 463/09) y 26-11-2015 (Asunto Aira Pascual y otros, C-509/2014).

En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en el caso de autos un Ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (STJUE 29-7-2010, Asunto UGT FSP, C-151/09). En segundo lugar, no cabe excluir la aplicación de la directiva cuando el ente público rescata la gestión del servicio. La STJUE 26-11-2015, observa que “no cabe excluir que la Directiva 2001/23 sea aplicable a una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato y explotar ella misma esa actividad con su propio personal”¹¹.

Este criterio es el mantenido también para las Administraciones Públicas por nuestra la jurisprudencia. En este sentido, se entiende aplicable el art. 44 ET a una reversión de un servicio público al Ente público desde una empresa concesionaria, porque la Administración acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa¹².

Por el contrario, el criterio jurisprudencial general es que es inaplicable el art. 44 ET cuando la empresa que venía gestionando un servicio propio mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir dicho servicio y realizarlo por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir

¹¹ Con anterioridad, la STJUE 20-01-2011 entiende aplicable la directiva a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza, contratando para ello nuevo personal.

¹² Ejemplos los tenemos en las SSTSJ Castilla y León 17-9-2015, Rec. 1280/15, 1-10-2015, Rec. 1341/15; 19-10-2015, Rec. 1342/15, 29-10-2015, Rec. 1726/15, en supuestos de reversión del servicio de explotación de piscinas municipales; STSJ Canarias 16-1-2009, Rec. 129/08; STSJ Andalucía 9-7-2014, Rec. 1123/14; STSJ País Vasco 2-2-2016, Rec. 2409/15, en un supuesto de servicio de limpieza viaria; SSTSJ País Vasco 21-7-2015, Rec. 1300/15; 2-2-2016, Rec. 2409/15: en supuestos de reversión de servicios de limpieza.

responsabilidad alguna a la principal (STS 19-5-2015, Rec. 358/14). Aunque como hemos comentado la STJUE 26-11-2015 matiza que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial de la plantilla del empresario anterior no es necesariamente excluyente de una transmisión de una entidad que mantiene su identidad, “en un sector como el del litigio principal, en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento”. Es decir, cuando la entidad económica viene dada por la infraestructura u organización básica para la explotación, éste será el dato decisivo a efectos del concepto legal de sucesión de empresas, al margen de que tenga o no lugar una transmisión de plantilla. El mero hecho de que la Administración rescate la gestión del servicio y decida prestarlo con personal propio no es excluyente de un supuesto de transmisión de empresa y de la obligación de asumir la plantilla de la concesionaria.

Este criterio se aplicable a la sucesión de empresas en contratas administrativas. Son abundantes los ejemplos de inaplicación del art. 44 ET respecto de reversión a la Administración de concesiones donde no se da la transmisión de elementos materiales, ni transmisión de plantilla, esencialmente referidos a la Administración municipal¹³.

En el ámbito de la sucesión *ex lege* de contratas o empresas concesionarias, conviene recordar que también el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011) (TRLCSPP) contiene previsiones específicas, como los arts. 85 y 120, pero centradas en el supuesto de sucesión de empresas concesionarias¹⁴.

¹³ Los encontramos en la STSJ Andalucía 8-10-2015, Rec. 1175/15; STSJ Andalucía 7-5-2014, Rec. 603/14; STSJ Madrid 2-6-2014, Rec. 102/14; STSJ Castilla La Mancha 20-10-2014, Rec. 601/14, respecto de un servicio de limpieza; STSJ Castilla La Mancha 27-6-2014, Rec. 524/13, respecto de un servicio de recogida de residuos.

¹⁴ Así, el art. 85 TRLCSPP prevé la sucesión de empresas contratistas, indicando que “en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato”. Por su parte, el art. 120 del mismo texto legal prevé obligaciones de información de la cesionaria saliente al órgano administrativo de contratación “en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”.

3. EL RÉGIMEN CONVENCIONAL SOBRE SUBROGACIÓN DE PLANTILLAS

Como hemos anunciado la segunda posibilidad de subrogación, no siendo aplicable el régimen de sucesión de empresas del art. 44 ET, tiene lugar porque así lo imponen la norma sectorial o el pliego de condiciones. Es necesario constatar que uno de los problemas de partida, y que como vamos a ver se refleja en el alcance de las cláusulas de los convenios, es que ni el pliego de condiciones, ni la norma convencional han sido concebidos para la hipótesis de que las entidades públicas se hiciesen caso de la gestión directa del servicio mediante la fórmula de la reversión; el supuesto clásico ha sido el de subrogación de las sucesivas adjudicatarias de contratos públicos respecto de un mismo servicio. Sin embargo, los convenios colectivos de sector comienzan a reflejar un campo más amplio de este supuesto típico de subrogación.

Obviamente pensamos en sectores de actividad donde es relevante tradicionalmente la concesión de servicios públicos¹⁵. Nos hemos servido para nuestro estudio de los siguientes:

- I Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales de 2013 (CCLEL).
- Convenio colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (2013-2019) (CCSP)
- Convenio colectivo estatal de jardinería para el periodo 2015-2016 (CCJ).
- III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios de 2014 (CCID)
- XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil de 2010 (CCCA).
- V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (2015-2017) (CCIC)
- V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (2015-2019) (VALEH).
- XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil DE 2010 (CCEI).

¹⁵ Para un acercamiento general al tratamiento convencional de la sucesión de empresa: Menendez Calvo, págs. 178 y sigs.; Aragón Gómez; Rizzo Lorenzo.

Algunos convenios parten de la oportuna distinción entre el régimen de la sucesión del art. 44 y la subrogación prevista en el convenio. Con claridad lo indica el V ALEH, una de las regulaciones más completas, en su art. 57, que establece: “La absorción del personal entre quienes se sucedan mediante cualquier título en las actividades que se relacionan en el presente capítulo, se llevará a cabo en los términos y condiciones aquí indicadas, de acuerdo con lo siguiente: a) Cuando resulte de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, se estará al régimen y efectos que le son propios. b) Cuando el cambio de titularidad no se encuadre en el ámbito de aplicación citado del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, los efectos subrogatorios, en atención a las peculiares características de la actividad definida en el ámbito de aplicación, vendrán condicionados a los supuestos y reglas válidamente previstos en esta norma paccionada”¹⁶.

Por otro lado, en las reglas sobre estructura y articulación de competencias negociadoras entre los niveles de negociación, el convenio colectivo sectorial de ámbito estatal se reserva la regulación, con criterios de exclusividad, entre otras materias, de las normas sobre subrogación empresarial en el ámbito del sector (art. 10 CCLEL, art. 5 CCSP, art. 10.1 CCIC, art. 10.3 V ALEH). Es llamativo, no obstante, que algunos convenios estatales, a pesar de regular la materia con detalle, no contienen referencia a ella en las reglas de articulación y distribución de materias entre niveles de negociación (CCJ, art. 5; CCEI, art. 26). Este aspecto es relevante en la medida en que la reserva de regulación debería facilitar la articulación entre convenios sectoriales en actividades donde es frecuente la convivencia del convenio sectorial estatal con convenios provinciales que pueden o no contar con una regulación propia en la materia.

En un acercamiento general a la regulación de estos convenios se puede decir que su régimen se organiza sobre tres elementos: una garantía de la estabilidad en el empleo y las condiciones laborales del personal al servicio de quienes se sucedan en alguna de las actividades reguladas en el ámbito funcional del convenio; una delimitación amplia del término “contrata”, que se refiriere a cualquier modalidad de contratación e identifica una actividad que pasa a ser desempeñada por una empresa, sociedad u organismo público; el establecimiento de un régimen de obligaciones de documentación para la empresa saliente.

¹⁶ Igualmente, el CCSP encabeza la regulación de la subrogación en el sector con su art. 49, que considera “de especial trascendencia” regular “la subrogación de personal, como figura diferenciada y distinguible de la sucesión empresarial, no ... establecida por vía legal, sino exigida a través de la negociación colectiva”.

Siguiendo este esquema normativo, los convenios colectivos de sector mencionados suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo: “los miembros de la plantilla de la entidad saliente pasarán a estar adscritos a la nueva entidad que vaya a realizar el servicio, respetando ésta los derechos y obligaciones que viniesen disfrutando en aquella” (CCSP, art. 50.2). Esta previsión se subordina al cumplimiento de ciertos requisitos y obligaciones previstos en las normas sectoriales con un esquema normativo común. Por un lado, se establecen los requisitos que deben cumplir los trabajadores para beneficiarse de la subrogación convencional (en general: mínimo de antigüedad en la contrata –los cuatro últimos meses, como regla-, incluyendo al personal con suspensión de contrato y con derecho a reserva del puesto de trabajo, con contrato de interinidad en sustitución de los anteriores, personal de nuevo ingreso por exigencia de la empresa cliente, o que hayan sustituido a otros trabajadores en los meses de referencia para la antigüedad mínima).

Por otro lado, se establecen obligaciones documentales consistentes en la entrega por la empresa saliente de la documentación sobre el personal vinculado a la prestación del servicio con sus datos laborales y de Seguridad Social. Conviene recalcar la importancia de esta previsión normativa de los convenios sobre obligación de documentación a cargo de la empresa saliente. La jurisprudencia interpreta que, conforme a dicha norma, si ésta no hubiera cumplimentado de manera suficiente los deberes que le impone el convenio colectivo, no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante, “siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente”¹⁷.

El asunto que resulta de nuestro interés es el de la delimitación del supuesto de “contrata” a los efectos de determinar el ámbito de la subrogación prevista en los convenios. Ello se concreta, en primer lugar, vinculando dicha previsión

¹⁷ Esta consolidada doctrina jurisprudencial la refleja la STS 16-10-2013, Rec. 1640/12, en referencia a la obligación de la empresa contratista saliente de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante la entrega de la documentación pertinente, puntualizando que, “aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa”, ello no ocurrirá si se trata de «documentación imprescindible», como puede serlo la información sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de Seguridad Social. Con cita de las precedentes SSTS 11/03/03, Rec. 2252/02; y 28/07/03, Rec. 2618/02.

a los cambios de entidad prestataria del servicio en cualquier actividad de las reguladas en el ámbito funcional del convenio (CCSP art. 50.1, CCLEL, art. 17). En segundo lugar, los convenios se centran en delimitar conceptualmente la “contrata” y concretar el negocio jurídico que hace entrar en juego el mecanismo subrogatorio.

En términos generales hay una coincidencia en el concepto de contrata como “conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional” del convenio (CCSP art. 50.1). Aunque también los convenios proceden a una adaptación del concepto de contrata tomando en consideración las actividades donde, más que los elementos materiales, es central la prestación de servicios por los trabajadores¹⁸.

Respecto del negocio jurídico hay una coincidencia en remitirse a “cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, realizada por una determinada empresa, sociedad u organismo público” (CCSP art. 50.1). A diferencia de algunos convenios que se mantienen en el concepto clásico de contrata (como sucesión de empresas en la prestación de un servicio para la principal, mediante negocios de traspaso, transmisión, venta, arrendamiento o cesión: V ALEH, art. 59), la tendencia de los convenios sectoriales estatales es hacia una delimitación abierta de los negocios jurídicos que conllevan la subrogación, abarcando “cualquiera de las modalidades de gestión de servicios públicos, contratos o concesiones para la explotación de los mismos, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo”; previéndose que la subrogación se producirá “en todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión, cesión o rescate de una contrata así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga el cambio de entidades, personas físicas o jurídicas que llevan a cabo la actividad de que se trate” (CCSP art. 50.1; CCLEL art. 17; CCJ art. 43.1 A).

La singularidad de los convenios que nos sirven de referencia es la introducción de negocios jurídico-públicos en el concepto de contrata y a efectos de la subrogación, en particular el supuesto de reversión de contratas a cualquier administración u organismo público (CCSP, art. 50.1; CCJ, art. 43.1; CCEI, art. 26.2). Nos sirve de ejemplo, el art. 25.I del CCID, que establece que “la absorción del personal será de obligado cumplimiento para las empresas, siempre

¹⁸ Así, el CCJ, art. 42.1 define el término contrata “como el conjunto de medios organizados (fundamentalmente mano de obra) con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional del Convenio, ya fuere esencial o accesoria, que mantiene su identidad con independencia del adjudicatario del servicio”. También el V ALEH, en su art. 60, puntualiza que su regulación “será de aplicación en todos los supuestos de sucesión o sustitución de empresas, en los que no exista, transmisión patrimonial”.

y cuando se de alguno de los siguientes supuestos: (...) b) Rescate, suspensión, rescisión, pérdida o cesión por parte del titular tanto público como privado de las instalaciones deportivas o del promotor de actividades socio-deportivas, de una contratación, concesión o contrato de arrendamiento”.

Estos convenios cuentan con dos datos normativos relevantes a nuestros efectos. En primer lugar, como acabamos de ver, incluyen a las Administraciones Públicas en el ámbito funcional de sus convenios, imponiéndoles, por tanto, obligaciones de subrogación en caso de reversión de los servicios. En segundo lugar, a diferencia de las previsiones del art. 44 ET, en su interpretación jurisprudencial, estos convenios prevén que la subrogación se producirá incluso en el caso de que la Administración proceda a la reversión del servicio para prestarlo con empleados propios. Los convenios diferencian los supuestos de que sean con personal ya en plantilla o de nueva contratación para la prestación del servicio rescatado. Así, a modo de ejemplo, el art. 50.6 del CCSP dispone que “en caso de rescisión de la contrata por cualquier causa, de forma que pase a realizarse el servicio de forma directa con personal propio, sea o no de nueva contratación, el personal afectado de la empresa saliente que venía prestando el servicio tendrá derecho a ser subrogado por la entidad que realice el servicio”. Otros convenios limitan el alcance de esta previsión de subrogación al supuesto de rescate y prestación con empleados propios, pero de nueva contratación. Así, art. 43.1 D) CCJ: “En el caso de que el propósito del cliente, al rescindir el contrato de adjudicación del servicio, fuera el de realizarlo con personal propio pero de nueva contratación, quedará obligado a incorporar a su plantilla a los trabajadores afectados de la empresa de jardinería hasta el momento prestadora de dicho servicio” (igualmente, art. 17.6 pár. 3º CCLEL).

Los problemas que plantean estas previsiones de los convenios sectoriales son de dos tipos. Por un lado, no prevén reglas para adaptar la previsión general de la subrogación al supuesto de reversión de la gestión de servicios públicos. Por otro lado, las escasas reglas de previsión de la subrogación para el supuesto de reversión del servicio encuentran dificultades para su aplicación, debido a que se han previsto dando la espalda a una jurisprudencia firme en este asunto.

4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE APLICACIÓN DE CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE SUBROGACIÓN A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los tribunales vienen rechazando como regla general la aplicación de las cláusulas convencionales de subrogación de los convenios sectoriales a las AA.PP.. Así, las SSTs 17-6-2011, Rec. 2855/10, 11-7-2011, Rec. 2861/10, y 26-

7-2012, Rec. 3627/11, revocan las de Suplicación de Castilla La Mancha por entender inaplicable el convenio estatal de limpieza viaria a la reversión de los servicios municipales de limpieza y recogida de basuras; las SSTS 19-5-2015, Rec. 358/14, y 21-4-2015, Rec. 91/14, estiman inaplicable el IV Acuerdo laboral de ámbito estatal de hostelería a los supuestos del servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid y al servicio de cafetería-restaurante de la Intervención General del Estado, respectivamente¹⁹.

Por tanto, podemos hablar de una jurisprudencia firme en los últimos años²⁰, que ha ido despejando la confusión sobre esta problemática (de lo que era reflejo la serie de pronunciamientos contradictorios de los primeros años de la década), pero que no parece del todo firme en algunos argumentos (la Administración como tercero ajeno al convenio que impone la subrogación) y que resulta insatisfactoria en otros (la reversión como supuesto ajeno a las previsiones de las cláusulas de subrogación).

4.1. La Administración como tercero ajeno al convenio que impone la subrogación

En un supuesto clásico hablamos de sucesión en la concesión de empresas contratistas de un mismo ámbito funcional, y por tanto vinculadas al convenio colectivo sectorial aplicable y a su cláusula de subrogación. Como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/09, de 26 de febrero de 2010, “Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes”: “La obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trate. (...) La falta de previsión en los pliegos respecto de tal obligación

¹⁹ Constituyen aplicación de esta jurisprudencia la STSJ Asturias 26-9-2014, Rec. 1632/14: inaplicación del art. 25 del Convenio Colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios a la reversión de la gestión de la piscina municipal; SSTSJ Castilla y León 3-10-2012, Rec. 1256/12, Castilla La Mancha 14-3-2013, Rec. 1/13, y 27-6-2014, Rec. 524/13, Andalucía 13-5-2015, Rec. 498/15: inaplicación del art. 49 del Convenio Colectivo Estatal de Limpieza Pública, Viaria, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado a la reversión del servicio de limpieza y recogida de basuras; STSJ Castilla La Mancha 20-10-2014, Rec. 601/14, respecto del art. 10 del Acuerdo Marco Estatal del sector de limpieza de edificios y locales; STSJ Canarias 23-7-2014, Rec. 566/2014, respecto del IV ALEH; STSJ Castilla La Mancha 8-3-2011, Rec. 1427/2008, sobre el Convenio de limpieza de edificios y locales (en el caso el art. 14 del convenio provincial de Toledo).

²⁰ SSTS 17-6-2011, Rec. 2855/10, 11-7-2011, Rec. 2861/10, 26-07-2012, Rec. 3627/11, 19-5-2015, Rec. 358/14, 17-9-2015, Rec. 1280/15.

no debe afectar en absoluto a su exigibilidad puesto que ésta deriva de una norma general aplicable a todos los que actúan en el sector²¹.

La cuestión es que el planteamiento debe ser otro cuando nos referimos a una reversión de la gestión del servicio a la Administración. En estos casos, la jurisprudencia es constante al considerar que carece de eficacia frente a la Administración la cláusula de subrogación contenida en los convenios sectoriales, porque aquella no está incluida en el ámbito del convenio y tampoco ha participado en la negociación ni directamente, ni a través de representación. Tal como lo expone la STS 26-7-2012, Rec. 3627/11, la cuestión que se debate consiste en determinar si el Ayuntamiento debe asumir, por subrogación empresarial, el personal de la empresa que prestaba el servicio de limpieza viaria que le había sido contratado por dicho Ayuntamiento, una vez producida la reversión de dicho servicio, para ser prestado directamente por el ente municipal. Para el Alto Tribunal no es aplicable la subrogación del personal que regula el artículo 49 del Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria al Ayuntamiento, dado que el hecho de que el mismo asuma esta limpieza pública con sus propios medios, no convierte a la Entidad Local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública.

Aunque se trate de una competencia municipal conforme a la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, tampoco el hecho de que el Ayuntamiento asuma esta competencia con sus propios medios convierte a la entidad local en una empresa dedicada a esa actividad. Este argumento se apoya en la doctrina del TS, referida en concreto al sector de contrata de limpieza, que indica que “el mero hecho de que una empresa decida realizar la limpieza de sus propios locales o centros de trabajo directamente y con su propio personal, aunque éste sea de nueva contratación, no la convierte en modo alguno en una empresa dedicada a la “actividad de limpieza de edificios y locales” ajenos, ni le obliga a asumir trabajadores de la contratista de limpieza que hasta entonces desempeñaban esa actividad, pues no le vinculan las previsiones del Convenio Colectivo del sector, y es libre, por tanto de contratar a los trabajadores que estime conveniente” (STS 10-12-2008, Rec. 2731/07). Estos criterios constituyen la aplicación de una doctrina jurisdiccional constante y más general que estima que el convenio colectivo no puede, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación²².

²¹ Tomo la referencia del Informe de Castillo Blanco, pág. 86.

²² Es una doctrina consolidada del TS que “el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el invocado artículo 82.3 del citado Estatuto de los Trabajadores al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que

Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica en los casos de reversión. Es necesario traer a colación otro filón jurisprudencial sobre la posibilidad de aplicar el convenio colectivo sectorial que rige la actividad del servicio público revertido en el caso excepcional de que el ente público no cuente con convenio propio. En este terreno se argumenta a partir de una jurisprudencia que, en atención a las singulares circunstancias concurrentes y para cubrir un vacío de regulación, estima posible que en el caso de ayuntamientos carentes de convenio propio se pueda aplicar al personal municipal el convenio sectorial de la actividad que los trabajadores venían realizando.

En el caso de las SSTS 7-10-04, Rec. 2182/03 (dictada en Pleno), y 1-06-05, Rec. 2474/04 (que reproduce la doctrina de la anterior), la cuestión se refiere a si un Ayuntamiento queda o no vinculado a efectos salariales por el VI y VII Convenio Colectivo de Ámbito Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, en tanto en cuanto regenta una guardería infantil a cuyo servicio emplea trabajadores asalariados. En ambos casos el Ayuntamiento sostiene la solución negativa, con base en que ni el Ayuntamiento estuvo representado como empresario en la gestación de ese Convenio ni podía legalmente estarlo. Frente a esta argumentación el TS sostiene que “el hecho de no poder formar parte de ninguna organización empresarial relacionada con sus actividades regidas por el Derecho Laboral no constituye obstáculo bastante para que el recurrente deba resultar vinculado por el convenio que nos ocupa”. Con base en el art. 82.3 ET se argumenta que la eficacia normativa de los convenios estatutarios “es una eficacia privilegiada, pues llegan a formar parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que obligan no solo a los negociadores y a los representados por ellos, sino a muchos trabajadores y empresarios que ni participaron en la negociación ni tampoco estaban representados por los negociadores”.

Para el TS cabían dos opciones. Conforme a la primera habría sido posible que el Ayuntamiento hubiera impulsado un convenio colectivo propio para regular las condiciones en las que se desarrollaría la relación laboral con todos sus trabajadores (abarcando así las distintas clases de actividad para las que este empleador necesitara contratar empleados en régimen laboral). Por tanto, no hay cuestión si la Administración tiene convenio propio²³.

sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio”. SSTS 28-10-1996, Rec. 566/96, 14 de marzo de 2005, Rec. 6/04, y 26 de abril de 2006, Rec. 38/04.

²³ STSJ Canarias 23-7-2014, Rec. 566/2014: la Administración autonómica cuenta con convenio propio que hace inaplicable el IV ALEH.

La segunda opción, descartada la primera, es que la relación laboral abordada en el caso quede sujeta al convenio sectorial en cuestión “que, con carácter general, resulta aplicable a todas y cada una de las empresas que se dedican a la misma actividad de Guardería Infantil en la que prestaba sus servicios la demandante de origen. Si así no fuera, se crearía un injustificado vacío de regulación en los centros de trabajo a cargo de los Ayuntamientos, y quebraría el principio de igualdad que consagra el art. 14 de la Constitución Española y también acoge el art. 17 del ET, resultando indebidamente perjudicados los trabajadores que prestaran servicios para el Ayuntamiento con respecto a los que los prestaran en la misma actividad para otra empresa en la que no concurriera la cualidad de Ente público”.

Considera el TS que en este segundo supuesto, cuando las actividades municipales sean diversas, “ciertamente puede resultar incómodo al Ente público empleador cumplir la normativa resultante de tantos convenios como actividades, pero este inconveniente puede fácilmente obviarse acudiendo a la solución, ya antes apuntada, de gestar un convenio colectivo propio o «de empresa», en el que se regulen las condiciones de trabajo de todos sus asalariados, solución ésta a la que acude un gran número de Ayuntamientos, tal como la experiencia revela”. Lo que no resulta admisible para el Alto Tribunal es que “el empleador decida prescindir de un convenio «de empresa», y a la vez pretenda no someterse a aquél o aquéllos convenios que regulen cada una de las actividades en cuyo desarrollo el empleador contrate trabajadores asalariados”.

Posteriores pronunciamientos en Suplicación se acogen a esta doctrina y concluyen que “careciendo las Corporaciones Locales de una actividad única o prevalente que permita determinar la aplicación de un concreto convenio colectivo, cuando no existe convenio colectivo propio que pueda regular todas y cada una de las actividades a las que atienden aquellas, en relación con el personal a su servicio para su desempeño, se opta por la solución ad hoc únicamente justificada para estos supuestos que permite realizar una aplicación “ecléctica” de diversas normas convencionales para salvar el vacío de regulación existente en estos casos”²⁴. En algún supuesto, incluso, se aplica el convenio sectorial existiendo convenio propio del Ayuntamiento, porque éste excluye expresamente de su ámbito de aplicación a un colectivo específico (personal de las escuelas de educación infantil) (STSJ Asturias 22-2-2013, Rec. 85/13).

Esta jurisprudencia de la primera década del 2000 (concretamente las SSTs de 2004 y 2005, que acabo de comentar) plantea un singular problema de regulación

²⁴ SSTSJ Cataluña 17-1-2006, Rec. 8579/04 y 25-4-2007, Rec. 2017/06.

de condiciones de trabajo en las entidades locales, al situarlas en el ámbito de aplicación de cualquier convenio sectorial al que se pueda vincular el múltiple campo de actuación de las Corporaciones Locales, que se expone genéricamente en el artículo 25.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. En lo que nos interesa, esta doctrina no parecía contemplar la problemática de los supuestos de reversión y las cláusulas de subrogación, y lo que parece claro es que entra en contradicción con la doctrina jurisdiccional que acabamos de exponer sobre la inaplicación del convenio sectorial basándose, como uno de sus argumentos fuertes, en que el convenio colectivo no puede, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.

Ahora bien, la STS 17-6-2011, Rec. 2855/10, que sintetiza esta jurisprudencia, parece corregir implícitamente la doctrina de las sentencias del TS de 2004 y 2005 sobre posible aplicación del convenio sectorial a un municipio sin convenio propio. En la STS de junio de 2011, la sentencia de suplicación del TSJ Castilla La Mancha revocada mantenía, entre otros argumentos, que “no consta que el Ayuntamiento tenga Convenio propio”, por lo que la aplicación del convenio estatal del sector debía imponerse a efectos de la cláusula de subrogación en consideración precisamente de la doctrina contenida en las SSTS de 2004 y 2005. Sin embargo, este argumento no será tenido en cuenta por la STS de junio de 2011 en un razonamiento jurídico que conducirá a revocar la sentencia de suplicación.

Precisamente la STSJ Extremadura 31-5-2012, Rec. 144/12, se hace eco en su argumentación de este sutil cambio doctrinal en el TS para rechazar la pretensión del trabajador del Ayuntamiento que reclama diferencias salariales por aplicación del convenio colectivo de industrias siderometalúrgicas de la provincia de Badajoz, al no tener el Ayuntamiento convenio propio. La sentencia se apoya en la jurisprudencia sobre inaplicación de las cláusulas de subrogación de convenios sectoriales de actividad a las Administraciones Públicas con la argumentación expuesta²⁵.

²⁵ Esta línea argumental se reitera en las SSTSJ Extremadura 2-10-2012, Rec. 352/12, 22-1-2013, Rec. 555/12, y 21-5-2013, Rec. 120/2013. La STSJ Extremadura 2-10-2012, sin embargo, llega a un pronunciamiento favorable a la aplicación del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Cáceres y Provincia al trabajador del Ayuntamiento, porque en el supuesto las partes pactaron en el contrato la aplicación del convenio referido, además porque en el supuesto la Entidad local carece de convenio colectivo que regule las relaciones del personal a su servicio, y finalmente porque se interpreta que el pacto contractual no es lesivo de las previsiones sobre determinación de las cuantías y de los incrementos retributivos del art. 27 EBEP, en relación con el art. 21 del mismo cuerpo legal.

Por tanto, sin que la contradicción jurisprudencial quede resuelta expresamente puede afirmarse que el TS hace prevalecer en todo caso su doctrina de que frente a la Administración la cláusula de subrogación contenida en los convenios sectoriales es inaplicable por ser aquella un tercero en relación con el convenio sectorial de referencia.

Distinta podría ser la respuesta jurídica si se parte de que la Administración no puede considerarse un tercero ajeno al convenio. Con base en este argumento, la STSJ Andalucía 11-4-2012, Rec. 2508/11, interpreta que en la reversión del servicio público al Ayuntamiento es aplicable la cláusula de subrogación del Convenio Colectivo Estatal de Limpieza Pública, Viaria, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado. En el caso, la gestión indirecta del servicio público tiene lugar a través de una sociedad pública creada por una mancomunidad de municipios de la provincia de Huelva. Con posterioridad algunos de los municipios deciden rescatar el servicio y prestarlos directamente. La sociedad mercantil cuenta con un convenio propio que establece que se estará a lo dispuesto por el Convenio General para Limpieza Pública en lo referente a la cláusula de subrogación del personal en el caso de que alguno de los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad rescatara el servicio, y estará obligado a asumir la cuota de trabajadores que le corresponda. Para la sentencia el Ayuntamiento afectado no puede sustraerse de la previsión del convenio colectivo de la sociedad, porque, sin perjuicio de ser suscrito entre la representación de la empresa y la de sus trabajadores, la empresa fue constituida por la Mancomunidad vinculando a cada uno de los Ayuntamientos que componían la Mancomunidad, por lo que se puede mantener que era empresario, ya que formaba parte de la mancomunidad propietaria de la empresa y no puede negarse que mancomunadamente se conformaba su voluntad. Argumenta la sentencia además que en caso de sostener que el Ayuntamiento era un tercero al convenio, tal convenio a ese respecto es de aplicación, no solo en atención a lo dispuesto a las exigencias de buena fe, por el art. 7.1 del Código Civil, sino porque el mismo nunca resultó impugnado, por quien pudo, ya que si el Ayuntamiento que formaba parte de la Mancomunidad, propietaria de la empresa, entendía que el convenio no le debía afectar, bien pudo acudir al cauce que le brinda el art. 163 de la LPL (lo que no deja de ser un argumento en contradicción con la jurisprudencia sobre la consideración de la Administración como tercero, en la que en ningún caso se exige a la misma la impugnación del convenio sectorial).

Esta última observación del TSJ de Andalucía nos lleva a otra consecuencia importante derivada de la tesis jurisprudencial de la consideración de la Administración como tercero ajeno al convenio sectorial que establece la cláusula

subrogatoria como contenido normativo. Al considerarse tercero ajeno al convenio queda abierta a la Administración la posibilidad de impugnar el convenio no sólo por incluirla ilegalmente en su ámbito normativo, como ocurre con las cláusulas de subrogación, sino por lesividad cuando la Administración entienda que el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista implica una afectación grave de sus intereses. Es el caso de la STSJ Extremadura 31-3-1992, Rec. 91/92, en un caso donde la empresa concesionaria formaliza una subida salarial conforme al convenio colectivo con sus trabajadores en el momento de denuncia por la Administración de la concesión. La variación salarial se sitúa por encima de la subida del IPC, alterando las condiciones de la prórroga de la concesión administrativa (subidas salariales limitadas a la subida del IPC) y obstaculizando con ese pacto colectivo la sucesión de contratistas al obligar a alterar los contenidos del pliego de condiciones en lo referente a las condiciones que deben ofrecer las empresas que concurran al concurso (que debe suponer asumir los costes salariales pactados a última hora en el convenio). Sin entrar en la existencia de lesión grave del interés de la Administración, la sentencia se apoya en la consideración de la misma como tercero que tiene legitimación para la impugnación del convenio, revocando la sentencia de instancia.

4.2. La reversión como supuesto ajeno a las previsiones de las cláusulas de subrogación

Un segundo argumento jurisprudencial para rechazar la aplicación de las cláusulas de subrogación consiste en interpretar que con el establecimiento de estas cláusulas convencionales los negociadores de los convenios sectoriales están pensando en las empresas contratistas del sector y no en las AA.PP.. Tradicionalmente estas cláusulas identifican el concepto de contrata con “cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad u organismo público” (art. 10 del Acuerdo marco estatal del sector de limpieza de edificios y locales de 2005 o art. 29 del Convenio General del sector de limpieza pública, viaria, etc. de 1996) que prevén la absorción del personal solamente entre las empresas que se sustituyan mediante “cualquiera de las modalidades de contratación, de gestión de servicios públicos o privados, contratos de arrendamiento de servicios o de otro tipo, en una concreta actividad de las reguladas en el ámbito funcional de este Convenio Colectivo”. Para el TS es evidente que cuando los Ayuntamientos rescinden la adjudicación y asumen directamente la ejecución del servicio público, no actúan como otro contratista del sector que obtenga una nueva adjudicación, ni que suceda en la contrata a otro contratista anterior.

Esta doctrina se deduce claramente, por ejemplo, de las cláusulas de los sucesivos Acuerdos Laborales Estatales del Sector de Hostelería (STS 26-7-2012, Rec. 3627/11). La STS 21-4-2015, Rec. 91/14, observa que “en realidad los negociadores del ALEH y del Convenio Colectivo en manera alguna pretendieron -como corresponde a la representatividad de sus negociadores- que las previsiones pactadas alcanzasen a las Administraciones Públicas contratantes, sino tan sólo a las empresas del sector, aunque en este caso cualquiera que fuese el ámbito -público o privado- en el que la contrata tuviese lugar”. Igualmente, la STSJ Castilla La Mancha 14-3-2013, Rec. 1/13, entiende que la reversión del servicio a la Administración o empresa “no constituye un supuesto de sucesión empresarial, ni tampoco de subrogación si se trata de un mecanismo convencional de continuidad de las relaciones laborales”.

Esta argumentación jurisprudencial, sin embargo, se debilita si observamos que los convenios sectoriales más recientes introducen, como hemos descrito, cambios en las cláusulas de subrogación a efectos de incluir este supuesto de subrogación. Nos ilustran los convenios de los sectores que acabamos de tomar como ejemplo. El art. 17 del I Convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales suscrito en 2012 (que sustituye al Acuerdo marco estatal de 2005) indica que la contrata a la que se refiere la previsión de subrogación “engloba con carácter genérico cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, e identifica una concreta actividad que pasa a ser desempeñada por una determinada empresa, sociedad, o entidad de cualquier clase, siendo aplicable la subrogación aún en el supuesto de reversión de contratas a cualquiera de las administraciones públicas”. En la STSJ Castilla La Mancha 20-10-2014, Rec. 601/14, en un supuesto de reversión del servicio de limpieza por la diputación de Ciudad Real, se toma en consideración que el I Convenio Colectivo sectorial de limpieza, contempla expresamente la subrogación de las Administraciones Públicas aun en casos de reversión del servicio o actividad (art. 17), pero la sentencia entiende que no es de aplicación al supuesto porque no estaba en vigor a la fecha de la presunta subrogación por terminación de la contrata, siendo aplicable el anterior Acuerdo Marco Estatal del sector de limpieza de edificios y locales que prevé en el artículo 10, apartado 6, que este convenio “será de obligado cumplimiento para las partes a las que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador/a”, obviando toda mención a la Administración Pública. Aunque en todo caso, se reitera en la Sentencia el argumento de que la cláusula del I Convenio carecería de cualquier eficacia frente a quien no está incluido en el ámbito del convenio y que tampoco ha participado en la negociación ni directamente, ni a través de representación.

Por su parte, el actual art. 50 del Convenio General del sector de limpieza pública, viaria, etc. suscrito en 2013 (que sustituye al convenio de 1996) establece que “el término contrata se refiere, con carácter genérico al conjunto de medios organizados con el fin de llevar a cabo una actividad económica de las definidas dentro del ámbito funcional del presente Convenio, mediante cualquier modalidad de contratación, tanto pública como privada, realizada por una determinada empresa, sociedad u organismo público, siendo aplicable la subrogación aún en el supuesto de reversión de contrata a cualquier administración u organismo público”.

Un claro ejemplo del cambio en la negociación colectiva lo encontramos en la modificación introducida en el XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil. En principio, el art. 2 refiere su ámbito funcional a “los Centros privados de Educación Infantil no integrados, Preescolar no integrados y Parvularios no integrados, cualesquiera que sea la nacionalidad de la Entidad titular, así como aquellos cuya entidad gestora tenga carácter privado”. Por su parte, el art. 26 en su apartado único disponía hasta su reforma de 2015 que “en lo relativo a la sucesión de empresas se estará a lo establecido en los artículos 42, 43 y 44, y concordantes, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Pues bien, en mayo de 2015 se aprueba una nueva redacción del artículo 26 del XI Convenio colectivo (BOE 19 junio 2015) para incluir los fenómenos de reversión. Su nuevo apartado 2º indica que “para las empresas privadas que gestionan centros de titularidad pública, en los supuestos en los que se produzca la adjudicación de la concesión a una nueva empresa, por finalización de la concesión y concurso posterior, rescate del servicio por la entidad titular o cualquier otra modificación en el sistema de gestión del servicio, se estará ante un supuesto de subrogación...”. Precisamente, en aplicación de esta modificación algunos ayuntamientos han aplicado la cláusula de subrogación en supuestos de reversión de escuelas infantiles, como el de Barcelona²⁶.

5. LA INEXISTENCIA DE UNA REGULACIÓN SINGULAR COMO CUESTIÓN DE FONDO EN LA INOPERANCIA DE LAS CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN

La cuestión de fondo en la aplicación de las cláusulas de subrogación contenidas en los convenios sectoriales es que no están contemplando que la subrogación de la plantilla adscrita al servicio tiene que darse en un marco normativo singular, sometido a específicos principios, reglas y limitaciones de contratación

²⁶ La web de la Federación de empleados de los Servicios Públicos de UGT da cuenta de la noticia: “La subrogación defendida por UGT da sus frutos”.

laboral, vinculantes para la Administración y los entes públicos empresariales, contenidas en el EBEP y aplicable a todas las entidades de derecho público (art. 2.1 EBEP; en el caso de la LBRL: art. 91)²⁷.

En términos generales, hay que contar también con las limitaciones sobre tasas de reposición e incremento del gasto establecidas en la legislación presupuestaria, en particular las previstas en la DA 15ª Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que afecta a todo el sector público, incluyendo también a las sociedades públicas mercantiles²⁸.

Este marco de regulación se plasma en la ejecución del plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal (Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012) mediante la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, que establece en su apartado Quinto que “en los procesos de integración del personal laboral que se lleven a cabo en ejecución de este Acuerdo, habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos en la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando aquellos se realicen entre entidades de diferente naturaleza jurídica. En cualquier caso, de la ejecución de las actuaciones autorizadas en este Acuerdo no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en las entidades afectadas”. En términos semejantes se expresa el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización la Orden HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el del sector público estatal fundacional y empresarial y a la que se remite la DA 9ª de la Ley 15/2014²⁹.

Cabe puntualizar que la DA 15ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, refiriéndose a la contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales en 2016, matiza que las limitaciones y requisitos establecidos en dicha DA “no serán de aplicación cuando se trate de contratación de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público estatal, autonómico o local en el que, respectivamente, esté incluida la correspondiente entidad pública empresarial o sociedad mercantil”. Además, añade en su párrafo 2º que “las sociedades mercantiles públicas y

²⁷ Un tratamiento diferente tiene el supuesto de sociedad pública empresarial que se rigen por el ordenamiento jurídico privado, aunque están vinculadas a ciertos principios rectores establecidos en materia de contratación por el EBEP (art. 55 en relación con la DA 1ª).

²⁸ Alfonso Mellado, págs. 29 y sigs.

²⁹ Remito a Castillo Blanco, págs. 74-75.

las entidades públicas empresariales que hayan tenido beneficios en dos de los últimos tres ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100 por ciento de su tasa de reposición”. Lo cual podría interpretarse como una vía de escape favorable a la subrogación de personal (de interpretarse que no estamos ante nuevas contrataciones) en supuestos de reversión de servicios a través de entes públicos empresariales.

Por otra parte, el artículo 85 LBRL impone la necesidad de justificar la opción entre gestión directa o indirecta en base a los criterios de eficiencia y sostenibilidad. El legislador estatal, y para los servicios de titularidad estatal, reitera los criterios expuestos (art. 86.2 de la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público). La opción por la gestión directa (con un medio propio) debe fundarse en una demostración de su mayor eficacia respecto a la contratación con un tercero privado, por lo que parece introducirse una especie de principio de subsidiariedad³⁰.

Al margen de estos límites generales existen obstáculos legales específicos a la aplicación de estas cláusulas de subrogación, como es el art. 301.4 TRLCSP, para el que, en “la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”. Hay que tener en cuenta que esta norma no es oponible a la subrogación cuando ésta es consecuencia de la aplicación del supuesto legal del art. 44 ET. Como observa la STS 30-12-2013, Rec. 3633/2012, “no se debe pasar por alto que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaba el anterior en sus contratos de trabajo no es una innovación normativa, sino una aplicación de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores)”.

De la misma forma existen otras previsiones legales de subrogación de plantillas, tanto de la AGE como de las CC.AA., respecto de los procesos de reestructuración administrativa con supresión o fusión de entes u organismos públicos³¹. Por poner un ejemplo, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, prevé, en forma expresa, la subrogación en las relaciones laborales mantenidas por el personal de fundaciones que se integran en otros organismos públicos (art. 4). Aunque en estos supuestos de subrogación legal, su legalidad viene determinada porque el personal subrogado ya tenía la condición de empleado

³⁰ Tornos Mas, pág. 41 y sigs.

³¹ Castillo Blanco, págs. 76-78.

público, de forma que el proceso de reordenación del sector público no cambia su estatus jurídico (STS 30-12-2013, Rec.3633/2012).

Pero la interpretación de la jurisprudencia respecto de las cláusulas convencionales no es la misma que los supuestos de subrogación *ex lege*, porque “se oponen frontalmente a contundentes -e imperativas- previsiones legales”, debiendo prevalecer esta regla legal (el art. 301.4) sobre la convencional en base al principio de jerarquía normativa (STS 21-4-2015, Rec. 91/14). Dicho esto, también hay que contemplar que esta previsión del art. 301.4 TRLCSP tiene sus matices³².

Por una parte, hay que tener en cuenta que la norma se circunscribe a los contratos de servicios y no de gestión de servicios públicos (los supuestos que nos sirven de ejemplo a lo largo de este estudio abarcan ambas modalidades contractuales públicas). Por otro lado, la prohibición de “consolidación” no necesariamente es incompatible con la subrogación del personal laboral adscrito al servicio, dado que su incorporación a la Administración lo sería en su condición de trabajadores indefinido no fijo (presuponiendo que los trabajadores temporales vinculan la duración de su contrato a la vigencia de la contrata o concesión), llegándose en su caso a la cobertura reglamentaria de los puestos de trabajo o a la amortización de los puestos de trabajo vía art. 51 o 52 c) ³³. Este encaje jurídico es acogido en suplicación³⁴.

Una cuestión adicional radica en la determinación del convenio aplicable a los trabajadores vinculados al servicio revertido. Si la subrogación entra en juego ex art. 44 ET, resultarían aplicables sus previsiones del apartado 4º, de manera que será necesario que los trabajadores subrogados por la Administración sigan rigiéndose por el convenio sectorial de la actividad correspondiente hasta la fecha de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo, que será normalmente el convenio para el personal laboral

³² Véase, Alfonso Mellado, págs. 37 y sigs.; De La Puebla Pinilla, pág. 118 y sigs.

³³ Sande Perez-Bedmar, págs. 110 y sigs.

³⁴ STSJ Canarias 12-4-2010, Rec. 298/10) y STSJ Andalucía 13-5-2015, Rec. 498/15. Esta última entiende aplicable el art. 44 ET en un supuesto de reversión del servicio de limpieza y recogida de residuos, observando que “no puede ser óbice para esta extensión de responsabilidad el invocado art 91 de la LBRL que según alguno de los recurrentes e impugnantes impide el acceso al empleo público sufragado con presupuesto público si no es a través de los procedimientos de concurso reglamentarios tasados y conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, o los límites de control presupuestario impuestos, pues ello implicaría también dejar sin efectividad por ejemplo la consolidada figura del trabajador indefinido no fijo, de sólida construcción jurisprudencial, también predicable respecto a los ayuntamientos”.

de la Administración subrogada, o llegarse a un pacto entre la Administración y los representantes de los empleados públicos laborales en la misma estableciendo la aplicación anticipada del convenio vigente de la Administración a aquellos trabajadores. Pero esto tiene lugar en el marco de las previsiones del art. 44 ET y del art. 3 párrafo 2º de la Directiva 2001/23³⁵. La cuestión es que al tratarse de una subrogación en aplicación de la cláusula convencional debe ser ésta la que prevea el marco convencional de aplicación en cada momento a estos casos singulares de reversión.

6. LA SUBROGACIÓN DESDE LOS ACUERDOS DE CONDICIONES DE TRABAJO EN LAS AA.PP.

Ya se ha indicado que, al margen de la vía del art. 44 ET, la subrogación podría operar cuando el propio pliego de condiciones así lo prevea. Como ya hemos comentado, haciendo referencia al Informe 58/09 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, el pliego no puede, en principio, establecer la obligación de subrogación *ex novo*, sino porque se dé el supuesto de hecho del art. 44 ET o lo imponga un convenio; en otro caso, no sería posible puesto que afecta a terceros (trabajadores de la empresa saliente), y excedería del ámbito administrativo y de la relación entre la Administración y el contratista³⁶. Por otra parte, en los últimos años las instrucciones sobre buenas prácticas en la gestión de contrataciones por parte de las AA.PP. recomiendan no incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios cláusulas de subrogación empresarial que puedan implicar compromisos sobre los empleados del adjudicatario de servicio³⁷.

Lo cierto es que el establecimiento de cláusulas de subrogación es práctica en los pliegos de condiciones en relación con el supuesto de sucesión de concesionarias en la prestación del servicio, bien por responder al supuesto legal del art. 44 ET o por imponerlo una cláusula convencional³⁸. De hecho, el art. 120 TRLCSP prevé en estos casos la inclusión en el pliego de condiciones de información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo. La cuestión es que estas previsiones no están pensadas para los supuestos de reversión del servicio.

³⁵ STSJ Canarias 12-4-2010, Rec. 298/10; STSJ Andalucía 9-6-2014, Rec. 1123/14.

³⁶ Castillo Blanco, págs. 87-88.

³⁷ La referencia está en las "Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones administrativas de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores", dictadas por la Secretaria de Estado de Administraciones del MHAM de 28-12-2012.

³⁸ Rodríguez Escanciano, 2016, págs. 11 y sigs. del texto original.

Sin embargo, se abre paso una vía específica que se configura desde la negociación colectiva dentro de las AA.PP.. Tampoco aquí se está contemplando el caso estricto de la reversión de servicios externalizados, pero el supuesto podría hipotéticamente ser resuelto por esta vía. Así, por ejemplo, atendiendo a los procesos de reestructuraciones administrativas, el art. 12 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, prevé una cláusula de subrogación referida al personal laboral de la propia AGE afectado por procesos de reorganización administrativa³⁹.

Más interesantes son, en este sentido, los supuestos donde la negociación colectiva, bajo la cobertura del art. 36 EBEP, impone cláusulas de subrogación a incluir en los pliegos de condiciones, tanto para supuestos clásicos de contratos de gestión de servicios públicos con previsión de sucesivas adjudicaciones, como para el supuesto de relevancia más reciente de reversión de servicios a la Administración, al margen del convenio sectorial que resulte aplicable. Un ejemplo claro, aunque contemplando el supuesto de la sucesión de empresas concesionarias, lo tenemos en el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios y del personal laboral de las instituciones locales vascas, de 2006, que dedica el art. 171 a la “Subrogación de trabajadores y trabajadoras de empresas adjudicatarias”. En él se estipula que se garantizará en los pliegos de condiciones que en las sucesivas adjudicaciones de contratos públicos de servicios las empresas adjudicatarias se subrogarán en los trabajadores empleados, al margen de que exista previsión en el convenio de sector. (apartado 1º). Se añade en su apartado 2º condiciones de antigüedad de los trabajadores y colectivos excluidos de la subrogación.

La jurisdicción contencioso-administrativa otorga validez a tales cláusulas como contenido obligatorio de los pliegos de condiciones, llegando a anular las convocatorias y pliegos de condiciones aprobados por la Administración por contravenir las mismas. En el caso de la STS 30-4-2014, Rec. 1416/13, el debate gira en torno al alcance del art. 17 del Acuerdo regulador de Condiciones de Empleo de Personal de la Diputación Foral de Guipúzcoa para el período 2009-2011, que prevé en su apartado 1º: “A fin de hacer posible la estabilidad de la plantilla de personal, en los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos prestados por trabajadores o trabajadoras cuyo centro de trabajo sea un centro de

³⁹ Indica la norma que “Si durante la vigencia de este Convenio se produjera, por reestructuración administrativa, algún cambio en la dependencia orgánica de los actuales centros de trabajo, dicha modificación garantizará las relaciones jurídico-laborales con respeto a las diferentes condiciones individuales expresamente reconocidas al personal afectado”.

la Diputación Foral y respecto de los que exista previsión de sucesivas adjudicaciones, en el supuesto en que se produzca un cambio de empresa adjudicataria, se garantizará por parte de la nueva empresa, la subrogación de los trabajadores o trabajadoras -adscritos/as al contrato- existentes en el centro de trabajo o unidad productiva autónoma en el momento de cada adjudicación. La presente cláusula de subrogación deberá recogerse expresamente en la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que excepcionalmente se justifique su inaplicación". Sin embargo, la Diputación recurrente considera que dicho Acuerdo no puede regular las condiciones de empleo de terceros ajenos al ámbito de negociación como son los trabajadores e las empresas que celebran contratos administrativos con la Administración Pública.

La sentencia parte de la consideración de que "para que la Administración pudiese exonerarse de lo que pactó, debiera, en su caso, comenzar por haber declarado la lesividad del acto unilateral por el que aprobó, después de pactado el convenio regular, e impugnarlo a continuación ante este orden jurisdiccional contencioso-administrativo; lo que no hizo". La sentencia considera "excesivamente reduccionista" el posible contenido de la negociación, y en relación con el argumento de que "el pacto en cuestión se refiere a condiciones de empleo de terceros ajenos a la negociación", la sentencia argumenta que "hay que partir así de la base de que, vencido un contrato de adjudicación de un servicio público del que es titular la Administración, dicho servicio revierte jurídicamente en la Administración, con lo que operará respecto de ella la obligación legal de subrogarse en los contratos de los trabajadores empleados por la adjudicataria en el servicio. Sobre esa base, cuando en un posterior contrato de adjudicación del mismo servicio establece la cláusula de subrogación del adjudicatario en los contratos de trabajo de los trabajadores que el adjudicatario anterior tuvo empleado en el servicio, como establece el apartado 17 del Acuerdo regulador, no puede decirse en rigor que la Administración sea un tercero ajeno a esos contratos, sino que está directamente concernida en la posición del empleador en el mecanismo de la subrogación".

Y concluye que "la idea de «terceros ajenos al ámbito de la negociación», sobre la que asienta el planteamiento de la recurrente, no resulta por tanto correcta". De este modo "la interpretación sistemática de los art. 44 LET, 104 Ley 30/2007 y 37.1 de la Ley 7/2007, debe llevar a la conclusión de que un pacto como el que aquí se cuestiona tiene plena cabida en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas; por lo que no es aceptable que el tan citado apartado 17 del Acuerdo regulador infrinja los preceptos de la Ley 7/2007 que en el motivo se aduce".

También las SSTSJ País Vasco C-A 11-3-2014, Rec. 1088/2011, y 26-10-2015, Rec. 337/14, anulan la Convocatoria y Pliegos objeto de recurso por no respetar el Acuerdo regulador de las Condiciones de Empleo del Personal de la Diputación Foral de Gipuzkoa para el período 2.009-2.011. La primera de las citadas concluye que “dado que el referido Acuerdo regulador impone a la Diputación Foral que lo aprueba y promulga, que la cláusula de subrogación se recoja “expresamente en la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo que excepcionalmente se justifique su inaplicación”, el siguiente paso consiste en constatar que, en efecto, el apartado 8 del pliego de condiciones administrativas particulares, (folios 77-78 del expediente), acoge una versión inferior y limitada de dicha cláusula, (a la que ni siquiera cita ni toma como referencia), que no satisface el estándar del reiterado artículo 17, y del que conceptual y objetivamente se aparta sin aportar esa “excepcional justificación”, que, como se sostiene en fase de Conclusiones por la recurrente, no puede consistir en la simple discrecional y unilateral variación de su contenido por la Administración convocante del procedimiento concurrencial”.

Quizá esta vía de los acuerdos de condiciones de trabajo en las Administraciones como vía de fijación de cláusulas convencionales de subrogación, como digo, puede ser una forma de eludir el principal reproche jurisprudencial de la consideración de la Administración como tercero ajeno al convenio, pero en todo caso su introducción debería igualmente contemplar los problemas derivados de los límites de la legislación presupuestaria y del EBEP sobre contratación laboral, que ya hemos apuntado.

7. LA PROBLEMÁTICA DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE EQUIPARACIÓN SALARIAL DE LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS CONCESIONARIAS CON EL PERSONAL LABORAL DE LOS ENTES PÚBLICOS ADJUDICATARIOS

Un tema final controvertido se refiere a la problemática de las empresas adjudicatarias de los servicios de limpieza de centros hospitalarios dependientes de gobiernos autónomos, cuyos convenios colectivos relacionan las retribuciones de sus trabajadores con las del personal funcionario, estatutario o laboral de esos mismos centros. La cuestión que se ha suscitado es si las retribuciones de los trabajadores de las empresas concesionarias pueden ser revisadas a la baja con ocasión de las reducciones salariales de los empleados públicos por el ajuste salarial del 5% aprobado por el Gobierno por el Decreto-Ley 8/2010 de 20 de mayo.

Los procesos de conflicto colectivo cuentan todos con un mismo perfil: las empresas tienen como objeto social, entre otros, la limpieza de edificios privados

y públicos, y su personal laboral, que presta servicios en centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud autonómico, percibe la misma retribución que el personal laboral de dicho Organismo con la misma categoría y con las mismas funciones. Las empresas concesionarias, en aplicación del convenio colectivo, donde se contiene una cláusula de equiparación salarial, proceden a imponer a su personal que trabaja en los centros sanitarios la misma reducción que la CC.AA. impone a sus empleados laborales en los centros sanitarios. En todos los supuestos se parte de que el RD-L 8/2010 no resulta directamente aplicable porque afecta sólo al personal de la Administración, del que no forman parte los trabajadores de las concesionarias, radicando el problema en el alcance de la cláusula convencional aplicable a éstas.

Contamos con dos sentencias del TS en el asunto, con matices diferenciados. En la STS 20-7-2012, Rec. 196/11, la cuestión se examina a partir del art. 2.2 del convenio colectivo del sector de «Limpieza de Centros Sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de la Salud» de la Comunidad Autónoma de Aragón, que establece que “Cualquier pacto alcanzado en materia salarial, así como cualquier modificación relativa a jornada y vacaciones entre los representantes de los sindicatos y la DGA en la Mesa General de la Función Pública o en la Mesa Sectorial de Sanidad de la CCAA que afecta al personal estatutario de la misma categoría o similar, se aplicará al personal recogido en el ámbito funcional del presente Convenio Colectivo en el plazo no superior de un mes a contar desde la firma del Acuerdo.”.

La sentencia considera que del tenor literal de las normas del convenio colectivo se desprende que la extensión al personal laboral de las condiciones salariales reconocidas al personal estatutario “es sólo de las logradas en virtud de “pacto”, cual corrobora el hecho de entren en vigor a partir “de un mes a contar desde la firma del Acuerdo””. De esta manera concluye, “Como la reducción salarial fue impuesta por Ley, no por acuerdo, a funcionarios públicos, personal estatutario y personal laboral de ciertas empresas públicas, no cabe aplicar el recorte al personal laboral de empresas privadas”. En esta sentencia, por tanto, es relevante que la norma convencional se remite a los salarios “pactados” para los empleados públicos.

En esta sentencia el TS admite que, en la interpretación de este tipo de cláusulas convencionales de equiparación salarial, cabe entender posible “la transposición de las mejoras y también de las posibles reducciones de derechos”. Pero también debe ser subrayado que, para el TS, es importante el espíritu de este tipo de norma convencional, que es el de “ampliar las conquistas salariales del personal estatutario al personal laboral, máxime cuando en aquél momento

no era imaginable una crisis financiera que obligara a recortes salariales de los empleados de la función pública”.

Por su parte, la STS 17-7-2012, Rec. 36/11, se construye esencialmente sobre una interpretación literal de la cláusula, amparando la tesis de la equivalencia del concepto de equiparación salarial a equiparación absoluta respecto a la retribución de los trabajadores de la empresa concesionaria. La cuestión gira en torno al artículo 30 del Convenio Colectivo para las empresas de limpieza de Edificios y locales de Asturias, que dispone: “Equiparación salarial de los trabajadores adscritos a los servicios de limpieza de los centros sanitarios dependientes de la Seguridad Social. Las empresas concesionarias de las contrataciones para la limpieza de los Centros Sanitarios dependientes de la Seguridad Social; abonarán a los trabajadores adscritos a dichos servicios, la diferencia existente, en cada momento, entre el salario anual fijado por este Convenio y las retribuciones aprobadas oficialmente para el personal de igual categoría de la plantilla de la Seguridad Social, para el mismo periodo de tiempo”.

En el supuesto, el Acuerdo de 21 de julio de 2010 del Principado de Asturias, dictado en aplicación del RD Ley 8/2010, procedió a reducir las retribuciones del personal que presta servicios en régimen laboral en Instituciones Sanitarias del SESPA en un 5% de las retribuciones mensuales como media. La empresa concesionaria, a partir de septiembre de 2010, procede a reducir las retribuciones de su personal en aplicación del artículo 30 del Convenio Colectivo.

La Sentencia estima que no hay modificación de condiciones salariales irregular por parte de la empresa, porque “no ha quedado acreditado por los recurrentes que esta reducción suponga que van a percibir un salario inferior al que percibe, tras la reducción del 5%, el personal laboral de la misma categoría que presta servicios en Instituciones Sanitarias del SESPA, ni que vayan a percibir cantidad inferior a la fijada en el Convenio Colectivo aplicable, teniendo en cuenta la interpretación que ha de darse al artículo 30”.

La doctrina de suplicación muestra caminos divergentes. Las diferencias interpretativas se amparan en diferencias muy sutiles, a veces apoyadas en el cambio de un término. Las consecuencias son relevantes, como comprobamos en que justifica la inadmisión o desestimación del recurso de unificación de doctrina esencialmente por la diferencia en el redactado de las cláusulas convencionales, lo que produce “una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción”⁴⁰.

⁴⁰ STS 12-12-2013 Rec. 167/13; AATS 10-3-2015, Rec. 2538/14, 16-9-2015, Rec. 2825/13.

Por una parte, tenemos la tesis del rechazo de una interpretación del convenio en términos que legitime una equiparación salarial a la baja. Es el caso de la STSJ Madrid 24-9-2012, rec. 4228/12, que tiene como norma de referencia el art. 24 del convenio colectivo de la empresa Valoriza, para los trabajadores de limpieza del centro Hospital Universitario Príncipe de Asturias, que indica: “Los trabajadores afectados por este convenio percibirán su retribución en igual cuantía bruta anual dividida en catorce pagas que los trabajadores del Grupo E - Nivel 13 del IMSALUD”. A partir de la reducción salarial impuesta legalmente al personal laboral de la CAM, la empresa procede a imponer a sus trabajadores una reducción equivalente en aplicación de la norma del convenio.

La empresa recurre la decisión contraria a sus intereses del Juzgado por estimar que la redacción del precepto colectivo “es clara y no admite ninguna duda interpretativa, en el sentido de que la voluntad de las partes es y ha sido en todo momento la equiparación retributiva del personal a su servicio con la del personal laboral de la CAM”. Sin embargo, el TSJ de Madrid rechaza su pretensión en base a dos consideraciones. La primera es que la interpretación literal no debe ofrecer ningún género de dudas, es decir, debe ser inequívoca. Así, observa la sentencia que del tenor literal de la norma del convenio “no cabe desprender, sin lugar a duda, y de forma inequívoca, que lo pretendido por ambas partes fuese modificar, también a la baja, las retribuciones del personal afectado por el convenio”.

Por otro lado, la sentencia atiende al espíritu de la norma, que conduciría a rechazar esta hipótesis. Es interesante resaltar que la sentencia trae en su apoyo, aunque el supuesto no es idéntico, y a efectos meramente interpretativos, los criterios jurisprudenciales sobre las cláusulas de revisión de los convenios, referidas a las variaciones habidas del IPC. Conforme a esta jurisprudencia “para que se produjera el efecto de revisión a la baja, sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión (...). Pero pasar de una cláusula de revisión solo al alza a otra de doble dirección y mucho más desfavorable para los trabajadores habría exigido una redacción mucho mas clara y contundente”⁴¹.

En el caso de la STSJ Galicia 19-11-2012, Rec. 4389/12, el conflicto gira en torno al art. 4º del Convenio colectivo del sector de la limpieza del Complejo Hospitalario de Pontevedra, que bajo el título de “equiparación”, dispone: “Los trabajadores afectados por este convenio tendrán una equiparación a las categorías equivalentes del personal no sanitario, grupo E y D, del SERGAS, o grupos que

⁴¹ En el mismo sentido, STSJ Madrid 8-4-2013, Rec. 773/13.

los sustituyan en el Complejo Hospitalario de Pontevedra, y toda mejora que repercuta en este personal será de inmediata aplicación a los trabajadores que se rigen por este convenio”. El TSJ interpreta que “lo que se pacta es la equiparación con el personal del Sergas, de forma que se les aplique toda mejora que se produzca, y por mejora ha de entenderse cualquier situación que establezca una condición en la prestación de servicios más favorable que la anterior, pero no cabe deducir que las que reduzcan aquellas condiciones sean igualmente aplicables de forma automática”. De manera que la cláusula de equiparación salarial hay que interpretarla como “una garantía de mínimos con el citado personal, pero sin que ello impida incluso condiciones superiores”; es decir, el art. 4º del convenio “no lleva a cabo una equiparación absoluta de los trabajadores afectados por el conflicto, en más o en menos, con el personal del Sergas”.

La tesis contraria es defendida por otro bloque de sentencias de suplicación⁴². Y es oportuno comenzar refiriéndonos a la STSJ Galicia 30-5-2014, Rec. 986/14, porque se formula contraponiendo la redacción de la cláusula del convenio que se cuestiona en la sentencia con la de la STSJ Galicia 19-11-2012 que acabamos de comentar. Se trata de cláusulas aplicables al mismo colectivo de trabajadores adscritos a los centros de trabajo del complejo hospitalario de Pontevedra, pero con distintas concesionarias.

Pues bien, el art 7 del Convenio Colectivo de los Trabajadores del Hospital Provincial de Pontevedra, adscritos a la empresa Mediterránea de Catering, S.L 2011-2012, dice: “los/las trabajadores afectados por este Convenio quedan equiparados/as al personal estatutario del SERGAS (grupo C1, C2, agrupación de profesionales)”. De esta manera a partir de esta equiparación, toda modificación que repercuta en el personal estatutario del Sergas se aplicará de igual forma a los trabajadores afectados por este convenio”. La sentencia de instancia considera que es evidente que lo que trataron de buscar las partes con la cláusula de equiparación fue una mejora en los derechos reconocidos y rechaza la interpretación de la parte empresarial, esto es, que esa equiparación lo es tanto al alza como a la baja. El TSJ estima la pretensión empresarial. Considera la sentencia de suplicación que, mientras en el convenio de la STSJ Galicia 19-11-2012 se habla de equiparación y "mejora" en su caso, en ésta el convenio habla de equiparación y "modificación" en su caso. Y este término no puede circunscribirse a la "mejora".

Quiero llamar la atención de que el convenio colectivo 2014-2015, ha modificado la redacción de la norma aclarando ahora: "art. 7 Equiparación ..De

⁴² A parte de las que se pasa a comentar, STSJ Madrid 29-7-2013, Rec. 1585/13; STSJ Madrid 9-6-2014, Rec. 320/14; SSTSJ Galicia 22-1-2015, Rec. 3235/14, y 26-1-2015, Rec. 2947/14.

esta manera a partir de esta equiparación, toda modificación *en cualquier sentido* que repercuta en el personal estatutario del Sergas se aplicará de igual forma a los trabajadores afectados por este convenio” (cursiva nuestra). La aclaración permite deducir que la interpretación de la cláusula del convenio anterior no era evidente.

También admite la pretensión de la parte empresarial la STSJ Madrid 6-5-2013, Rec. 1274/13, en una normativa convencional semejante a la comentada (arts. 9 y 26 del Convenio Colectivo de los Trabajadores de Limpieza del Hospital Clínico San Carlos, de Madrid). El art. 9 prevé que “todos los trabajadores tendrán la misma subida salarial que los trabajadores del Instituto Nacional de Seguridad Social, pertenecientes al Grupo E, Nivel 14 (según lo dispuesto en el artículo 26 del presente Convenio)”. Y el artículo 26 del Convenio establece: “A) La empresa retribuirá a los trabajadores afectados por este Convenio, en igual cuantía bruta anual que lo que perciban los trabajadores del Insalud, Grupo E, nivel 14 (celador con atención directa), en la forma establecida en el artículo 9 del presente Convenio.... B) La empresa se compromete a aplicar de forma automática los aumentos o mejoras económicas y sociales que sean concedidas a los trabajadores del Insalud, grupo E, nivel 14, en la misma fecha que éstas les sean concedidas”.

De ello, la sentencia deduce dos conclusiones: “la equiparación total entre limpiador-celador de atención directa, y la segunda es que aun no recogido expresamente se pacta que todos los aumentos (y por ende disminuciones) de retribución también le resultarán de aplicación”. Es llamativo que en el convenio se habla de equiparación y “subida salarial”; probablemente si seguimos la argumentación de la STSJ Galicia 30-5-2014, Rec. 986/14, que acabamos de comentar, la conclusión sería la inversa (en los términos de la STSJ Galicia 19-11-2012, Rec. 4389/12).

Como vemos las claras discrepancias en suplicación tienen su apoyo en los criterios interpretativos de las cláusulas convencionales. La STS 20-7-2012, Rec. 196/11, que hemos comentado al inicio, subraya que en la solución de esta problemática hay que estar a la jurisprudencia sobre interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, donde "debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes cuyo criterio -por objetivo- ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual”.

Las sentencias que amparan la pretensión empresarial de reducciones salariales lo hacen argumentando formalmente la necesidad de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes. Aunque en última instancia se acogen al criterio de que si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los pactantes habrá de estarse al sentido literal de las cláusulas, conforme al artículo 1281 Código Civil. Como se observa en la STSJ Galicia 22-1-2015, Rec. 3235/14, las normas del convenio hablan de “una equiparación salarial” y “si ésta lo es para los incrementos, también lo debe ser en una situación -como la presente- para las disminuciones”; el TSJ deduce de la norma convencional “la voluntad de los negociadores -sin precisar acudir a otros parámetros hermenéuticos- que la equiparación salarial al personal del Sergas es para todos los efectos, positivos y negativos, y al cuadro retributivo; por lo que alterado ése, automáticamente y sin necesidad de ninguna actividad adicional ha de repercutir sobre el de los trabajadores” de la concesionaria.

Sin embargo también es doctrina jurisprudencial que “la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo” (ATS 10-3-2015, Rec. 2538/14). Recordemos, por otra parte, la jurisprudencia sobre la interpretación que debe darse a las cláusulas de revisión salarial (STS 21-2-2012, Rec. 855/11): “la escueta literalidad del precepto y la realidad social contemplada por los firmantes del convenio -en que para los negociadores era absolutamente impensable que se llegase a la situación de crisis actual (...) - no es lógico entender que su intención fuese establecer una posible revisión a la baja (...). Lo lógico es entender que la previsión de revisión se pactó solamente al alza, demostrativa solamente de la intención de que en ningún momento los trabajadores percibieran una cuantía inferior a la resultante, en el caso de autos, de la mencionada equiparación retributiva”.

De hecho las sentencias de suplicación contrarias a las reducciones salariales con base en el convenio argumentan a partir del espíritu de la norma, que no contemplaba la excepcional bajada de salarios de los empleados públicos impuesta legalmente (como confirma el cambio posterior en la redacción de los convenios, recogiendo expresamente esta posibilidad de bajada de salarios), y de una interpretación sistemática (por ejemplo, porque junto a la equiparación salarial se regula la subida o mejora de salarios). Y frente a las dudas que permite

albergar la aplicación de estos criterios, una interpretación literal sólo puede imponerse si no ofrece ningún género de dudas en cuanto a la voluntad de las partes, es decir, en palabras del TS, para que pueda imponerse “sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto”.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alfonso Mellado, C.L.: *“La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público”*, *Revista de Derecho Social*, núm. 73, 2016.
- Álvarez del Cuvillo, A., *“Las condiciones de trabajo en las empresas auxiliares”*, en *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Ricardo Escudero (Coord.), Tirant lo Blanch/Comisiones Obreras, 2006.
- Aragón Gómez, C., *“Análisis de las cláusulas de subrogación convencional a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo”*, en *Relaciones laborales*, Tomo II, 2006.
- Castillo Blanco, F.A., *“Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”*, en *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, febr-mar 2016, núm. 58-59.
- CC.OO., Federación de Servicios a la Ciudadanía de CC.OO., Informe encargado por la federación sindical europea de los servicios públicos a la unidad de investigación internacional de servicios públicos de la universidad de Greenwich (psiru) mayo 2012.
- Cruz Villalón, J (Coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, 2015.
- De la Puebla Pinilla, A., *“Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos”*, en *Trabajo y Derecho*, núm. 17, 2016.
- De Soto Rioja, *“Sucesión de empresas y de contratatas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”*, en Cruz Villalón, J (Coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, 2015.
- Escudero Rodríguez, R., *“Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo”*, en *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva. XIV Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2002.
- Kahale Carrillo, D.T., *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre contratación externa de actividades descentralizadas*, Aranzadi, 2011.

- Larrazabal Astigarraga, E., “*La influencia de la nueva regulación sobre contratación pública en materia de cláusulas sociales*”, en RGDTSS, núm. 42, 2016.
- Menéndez Calvo, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, CES, 2009.
- Rizzo Lorenzo, G. “*La subrogación convencional en los convenios colectivos estatales de los sectores más representativos: análisis transversal de algunos parámetros especialmente significativos*”, en *Información Laboral*, núm. 5, 2015 (Aranzadi, BIB 2015/1868).
- Revilla Esteve, E.: “*Problemas actuales del régimen de personal en contrata de obras y servicios de las Administraciones Públicas*”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016,
- Rodríguez Escanciano, S., “*Externalización y empleo público en régimen laboral*”, en *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Luis Ortega Alvarez, (dir.), Instituto Nacional de Administración Pública, 2011.
- Rodríguez Escanciano, S., *Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos*. Texto original, Santiago de Compostela, 16 de junio de 2016.
- Salcedo Beltrán, M.C.: *La regulación legal y convencional de la subrogación de contrata*, Bomarzo, 2005.
- Sande Pérez-Bedmar, M. de: “*La prestación de servicios públicos por las Administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas*”, *Documentación Laboral*, núm. 106, 2016.
- Soriano Cortés, D., *Las contrata en el derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, 2007.
- Tornos Mas, J., “*La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*”, *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, febr-mar 2016, núm. 58-59.