

SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

ASUNCIÓN DIRECTA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA GESTIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO DESARROLLADO POR UNA ENTIDAD PRIVADA; SITUACIÓN EN LA QUE QUEDAN LOS TRABAJADORES QUE PRESTABAN TAL SERVICIO

Isabel Sánchez Peña
Juez de lo Social

Fecha de recepción: 19 de septiembre
Fecha de aceptación: 13 de noviembre

RESUMEN: Cuando la Administración Pública desarrolla una determinada actividad o servicio sirviéndose de una entidad empresarial privada, ya sea a través de una contrata o concesión administrativa, y posteriormente revierte tal servicio a la propia Administración, se plantea la cuestión si es o no de aplicación el artículo 44 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y las diversas Directivas de la que aquél es transposición (77/1987; 98/50; y 2001/23) y si se produce o no una sucesión de empresas encuadrable jurídicamente en el referida la citada regulación.

En particular se cuestiona la situación en la que quedan aquellos trabajadores que venían prestando los servicios cuya gestión es asumida directamente por la Administración Pública. ¿Queda la Administración Pública subrogada en derechos y obligaciones frente a dicho personal, en aplicación del citado artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores?. En el caso en que no tenga lugar tal subrogación: ¿existe alguna obligación, por parte de la entidad que venía prestando el servicio (que revierte a la Administración) de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la misma?; ¿se considera despido objetivo?. En el presente artículo se abordarán todas estas cuestiones.

ABSTRACT: When the Public Administration develops a particular activity or service using a private business entity, either through a contract or administrative concession, and subsequently revert such service to the Administration itself, the question arises whether or not the article is applicable 44 Consolidated Text of the Law on the Workers' Statute and the various directives of which it is transposed (77/1987, 98/50 and 2001/23) and whether or not there is a succession of companies legally listed in the aforementioned The said regulation. In particular, the situation in which the workers who were providing the services whose management is directly assumed by the Public Administration are questioned. Is the Public Administration subrogated in rights and obligations vis-à-vis such personnel, pursuant to Article 44 of the Workers' Statute?. In the event that no such subrogation takes place: is there an obligation on the part of the entity that was providing the service (which reverts to the Administration) to "exhaust all possibilities of accommodation of the worker" in the same? Is considered objective dismissal?. This article will address all these issues.

PALABRAS CLAVE: Sucesión empresarial, Administración Pública, despido objetivo.

KEY WORDS: Business succession, Public Administration, objective dismissal.

SUMARIO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. NORMATIVA COMUNITARIA REGULADORA DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN O NO DE LA CONCURRENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. A Cuando por los tribunales se aprecia la existencia de sucesión empresarial: B Cuando los tribunales consideran que no concurre tal sucesión empresarial: CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN EL SUPUESTO QUE SE APRECIE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL. CONCLUSIONES.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, regulador de la sucesión empresarial, no contiene especificación alguna para el supuesto de reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio. La solución jurídica al respecto es fruto de la doctrina jurisprudencial.

Tradicionalmente la jurisprudencia ha mantenido que, en lo que atañe a la posible aplicación del art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni la contrata ni la concesión administrativa podían ser consideradas unidades productivas autónomas a los efectos del citado art. 44 ET, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. Por ello, manifiestan, que la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos.

En tal sentido afirman que no comporta la sucesión regulada en el referido art. 44 ET -, porque al carecer la contrata -por regla general- del adecuado soporte patrimonial, la sucesión de las mismas no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales. Ello es así, porque consideran que en las contratas sucesivas de servicios lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, y por lo mismo manifestaban que no opera, por este exclusivo hecho, la subrogación estatutaria -la del art. 44 ET -, sino que la misma se produciría -si no se trasmite la unidad productiva- tan sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión ¹. La regla general, entonces, es la no subrogación entre los concesionarios en las concesiones administrativas, con esas únicas tres excepciones.

Determinadas Sentencias del Tribunal Supremo también han venido a especificar que “cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, 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 responsabilidad alguna a la principal” (Sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 6 de febrero de 1997 (recur. 1886/1996); 27 de junio de 2008 (recur. 4773/2006); de 30 de mayo de 2011 (recur. 2192/2010); de 11de julio de 2011 (recur. 2861/2010) y 23 de septiembre de 2014 -recur. 231/2013); y siguiendo la misma doctrina mantenían que tal criterio resultaba de aplicación tratándose de Administraciones Públicas. (En conexión con ello destacar las previsiones legales reguladoras de la contratación en el Sector público. Al

¹ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 5 de abril de 1993 (rec. 702/92); 12 de febrero de 2014 (rec.2028/2012); 25 de febrero de 2014 (rec. 646/13); 19 de noviembre de 2014 (rec.1845/13) y 16 de diciembre de 2014 (rec.1198/13).

respecto señalar que establece el art. 301.4 de la Ley de Contratos del Sector Público² que: «(a) la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante» objeto de desarrollo por su Reglamento (Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)³. Y no hay que olvidar, tal como señala la jurisprudencia, que la Ley ocupa en la jerarquía normativa una posición superior a la del Convenio Colectivo, razón por la cual -se trata de una exigencia lógica- éste debe respetar lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, imponiéndolo así los arts. 9.3 CE y el art. 85.1 en relación con el 3.3 ET (en tal sentido se pronunciaban las sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 9 de julio de 1991 (recur. 45/1991); 5 de marzo de 2012 (recur. 57/2011); 6 de febrero de 2014 (recur. 261/2011); 24 de febrero de 2014 (recur. 268/2011); y 30 de abril de 2014 (recur. 2609/2012).)

No obstante, la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 ET, (STS de 30 de mayo de 2011, para el servicio municipal de retirada de vehículos; en STS de 26 de enero de 2012 para servicio público asistencial)⁴; si bien mantenían que “ mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas - tratándose de contrataciones administrativas- cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues «esta circunstancia como es lógico obsta -por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida- que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44 ET » que pueda imputarse a la Administración Pública (STS 21/04/15 -rco 91/14 -)» (literalmente, STS SG 19/05/15 (rco 358/14) -asunto «Palacio de Congresos »-).

NORMATIVA COMUNITARIA REGULADORA DE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 (modificada por la Directiva 98/50), que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (TJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la Directiva 2001/23 (codificación de aquéllas), puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (SSTJCE 99/1992, de 19/Mayo, Asunto Redmond Stichting; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09, apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines) (SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10 -; 26/01/12 -rcud 917/11 -; 11/06/12 -rcud 1886/11 -; y SG 23/09/14 -rco 231/13-, FJ 8.C).

² Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011 (BOE 16 de diciembre de 2011), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

³ Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre de 2001 (BOE 26 de octubre de 2001), por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 30 de mayo de 2011 (rec. 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos) y de 26 de enero de 2012 (rec. 917/11), para servicio público asistencial)

Como bien sabemos el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece que: 1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.

Éste nº 2 es mera transcripción del artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE⁵ del Consejo, de 12 de Marzo de 2001), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad". Establece dicho precepto que:

"a) La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspasos a efectos de la presente Directiva (la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio).

c) La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. 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".

Sobre el contenido del precepto que antecede la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Abril de 2016 declara que "Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo artículo 1 de la Directiva se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la citada normativa, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (artículo 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo/ una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio" (artículo 1b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en la precitada Directiva... trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (artículo 1c.)".

Con respecto a ésta última cuestión es de recordar que constituye doctrina nacional y comunitaria la que establece que no obsta a la existencia de una transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad, el que una parte relevante de los medios materiales con que se lleva a cabo sean los que la empresa adjudicatario del servicio pone a disposición de sus sucesivos contratistas. Criterio acogido por el Tribunal Supremo en sus

⁵ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Sentencias [de 28 de Abril de 2009 \(RCUD 4614/2007\)](#) y [de 23 de Octubre de 2009 \(RCUD 2684/2008\)](#), al indicar que: "Una segunda cuestión se plantea respecto a si el concepto de "transmisión de un conjunto de medios organizados", necesarios para llevar a cabo su actividad, requiere que haya transmisión de la propiedad del cedente al cesionario, o no es necesario que el cesionario adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado de forma reiterada en las sentencias de 17 de diciembre de 1987, My Molle Kiro, 287/86, 12 de noviembre de 1992, 1992/84, Watrson Risk y Christensen 209/91, y 20 de noviembre de 2003 Abler y otros, C-340/01, señalando que el ámbito de aplicación de la Directiva abarca todos los supuestos de un cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales concluyendo, la última de las sentencias citadas, que "la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenezcan a su antecesor, sino que fueron puestos a su disposición por el primer empresario no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 0".

La Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 26 de Noviembre de 2015, nº de recurso C-509/14, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco relativa a la interpretación del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de Marzo de 2001), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, ha extendido el ámbito subjetivo de aplicación de ésta al declarar que "procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23) debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal".

Consecuentemente con ello, con arreglo a las citadas Directivas la condición de Organismo de Derecho Público no excluye la existencia de transmisión comprendida en el ámbito de la referida Directiva Europea y por lo tanto que tal sucesión empresarial (prevista en el artículo 44 del ET) pueda concurrir en el ámbito de la Administración Pública.

CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN O NO DE LA CONCURRENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL EN EL AMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A Cuando por los tribunales se aprecia la existencia de sucesión empresarial:

Como hemos indicado anteriormente, establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva el hecho que se aprecie la concurrencia de la sucesión empresarial prevista en el artículo 44 ET.

El estudio de la jurisprudencia sobre la materia nos permite concluir que, en general, los tribunales del orden Social y en particular la Sala de lo Social Tribunal Supremo son muy restrictivos a la hora de apreciar tal sucesión empresarial en el ámbito de la Administración Pública.

Destacar al respecto la sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2011⁶, en unificación de doctrina, (de la que gran parte de su fundamentación vuelve a ser reproducida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2012⁷) que aprecia la concurrencia de sucesión empresarial en el ámbito de la Administración y, en aplicación de lo previsto en el artículo 44.3 del Estatuto de los Trabajadores, reconoce la responsabilidad solidaria de la Administración Pública (y en concreto del Ayuntamiento de Sevilla) en el abono de los salarios pendientes a los trabajadores encargados de la retirada de vehículos de la vía pública en Sevilla. Dicha sentencia razona que si bien “con carácter general, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal (en este sentido, por ejemplo, las SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96 -; 17/06/97 -rec. 1553/96; y 27/12/97 -rec. 1727/97).

Pero no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET y en las diversas Directivas de la que aquél es transposición (77/1987; 98/50; y 2001/23) (así, la STS 27/06/08 -rcud 4773/06 -, a contrario sensu). Como es también inatendible el criterio general cuando -así se ha dicho interpretando esa Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio"; o el "conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio". Y para cuya determinación - transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers; 22/2001, de 25/Enero, Asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, Asunto Sützen; 286/2003, de 20/Noviembre, Asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, Asunto Güney-Görres; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Y, reproduciendo tales criterios, entre otras las SSTS 12/12/02 -rcud 764/02; 29/05/08 -rcud 3617/06; 27/06/08 -rcud 4773/06; 28/04/09 -rcud 4614/07; y 23/10/09 -rcud 2684/08).

De otra parte no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 (modificada por la Directiva 98/50),

⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011, Recur. 2192/2010, que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2010.

⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012, Recur. 917/2011 que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 2011.

que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (STJCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto Mayeur, apartado 33); y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 (codificación de aquéllas), puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva (SSTJCE 99/1992, de 19 /Mayo, Asunto Redmond Stichting; 195/2000, de 14/Septiembre, Asunto Collino y Chiappero; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09, apartado 25, que en cuestión prejudicial planteada por Juzgado de España, precisamente enjuicia -y declara- la sucesión empresarial de un Ayuntamiento por la asunción directa de la gestión del servicio público de mantenimiento de parques y jardines).

En el caso de que tratamos, el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla en 14/01/04, resolviendo que el servicio de grúa municipal habría de ser llevado de forma directa por la Corporación a través de la empresa «Tussam», con todos los medios materiales que en su día habían sido incautados (esta es la expresión que utiliza la sentencia recurrida) a «Setex Aparki, S.L.», y que al personal de la empresa concesionaria caducada «le sería de aplicación la legislación vigente», configura la transmisión de empresa cuyos contornos hemos perfilado someramente en los precedentes apartados.

Y no porque se hubiese acordado expresamente -que no fue así, como más arriba hemos indicado- la «asunción de plantilla» que entendió concurrente la sentencia de contraste y que configura por sí misma sucesión empresarial en ciertos sectores en los que prima la actividad personal y la organización (SSTJCE 45/1997, Asunto Sūzen; 308/1998, de 10/Diciembre, Asunto Hernández Vidal; 309/1998, Asunto Hidalgo; 29/2002, de 24/Enero, Asunto Temco Service Industries; y 241/2010, de 29/Julio, Asunto C-151/09. Ya en nuestra jurisprudencia, entre otras, SSTS 20/10/04 -rcud 4424/03 -; 07/11/05 -rec. 3515/04 -; y 27/06/08 -rcud 4773/06 -). Sino básicamente porque se trata de la transmisión de «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica» (art. 1 b) de la Directiva 2001/23), la «unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada» de que habla -desde siempre- nuestra doctrina jurisprudencial (valgan de ejemplo las SSTS 23/09/97 -rec. 300/97 -; Sala General 15/04/99 -rcud 734/98 -; 17/05/00 -rec. 2953/99; y 25/02/02 -rcud 4293/00 -). Sin que pueda argumentarse -en contra de esta conclusión- que los elementos patrimoniales ya eran propiedad municipal y que ello nos sitúa frente a una simple reversión de medios (no determinante de sucesión empresarial), que no transmisión de los mismos, puesto que el argumento únicamente sería válido si se tratase de una propiedad municipal originaria, y no es viable cuando - como en autos- los citados componentes materiales habían sido previamente «incautados» a «Servicleops, S.L.» y su utilización pasó sin solución de continuidad a las nuevas concesionarias (primero «Setex Aparki S.A.», posteriormente -aunque sin ejercicio efectivo de la gestión transmitida a la entidad municipal- a «Tussam» y en último término a «Aussa».)”

Además, la citada sentencia Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 30 de mayo de 2011 utiliza como fundamento para llegar a dicha conclusión le hecho que la «cesión» de la gestión del servicio de grúa, llevada a cabo por la empresa municipal a favor de empresa de economía mixta, fue contraria a la normativa administrativa y en tal sentido la citada resolución hace una importante reflexión sobre la regulación a la que está sometida la gestión indirecta de los servicios públicos y razona lo siguiente: “Nuestra conclusión, favorable a la cuestionada responsabilidad y -por tanto- a la estimación del recurso interpuesto, trae causa en razones de Derecho Administrativo que hemos de examinar con carácter prejudicial (art. 4.1 LPL) y cuya sucinta exposición ha de limitarse a expresar que:

a).- Es innegable que la gestión directa de los servicios públicos puede ser llevada a cabo directamente por la Administración Pública, por sus propios medios o a través de entidades instrumentalizadas exclusivamente dependientes de ellas (art. 41 RSCL, aprobado por Decreto de 17/Junio/55), en tanto que su capital social sea de exclusiva propiedad de la Administración Pública (art. 89.2 del RSCL). Pero también puede la Administración

atender la gestión de ese servicio público de forma indirecta, utilizando como modalidades de contratación la concesión, la gestión interesada, el concierto con persona natural o jurídica y la sociedad de economía mixta (art. 156 del TRLCAP, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 /Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente hasta el 30/04/08; art. 253 de la LCSP, Ley 30/2007, de 30/Octubre, aunque inaplicable al presente caso por obvias razones temporales; y en términos similares, los arts. 67 y 113 del RSCP).

b).- Pero en el bien entendido de que en tanto que para la gestión directa -tratándose de Administración Local- bastará el acuerdo de la Corporación en pleno (art. 42 del RSCL), para acordar la gestión indirecta necesariamente ha de seguirse un procedimiento de adjudicación minuciosamente precisado por las disposiciones legales (arts. 154 y siguientes del TRLCAP; y arts. -entre otros- 121 y 122 LCSP), con los que se pretende garantizar la primacía de los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia (arts. 11 TRLCAP y 123 LCSP). Y tal es la relevancia que ha ido adquiriendo progresivamente esta necesidad de cumplir con dichos principios, que a medida que se han buscado en la práctica grietas en el ordenamiento jurídico por las que eludir su aplicación, la normativa de contratos públicos ha endurecido sus previsiones y extendido su ámbito de forma más intensa no sólo a Administraciones sino también a otras entidades consideradas poder adjudicador (término empleado por las Directivas 2004/18/ CE y 2004/17 e incorporado a la LCSP), así como a otros entes pertenecientes al sector público. No obstante, ya con la normativa anterior, es decir, el citado TRLCAP (art. 2 y Disposición Adicional Sexta), se somete a los citados principios la contratación realizada por ciertas sociedades de Derecho Privado.

c).- Finalmente, es principio del Derecho Administrativo la general indelegabilidad de las competencias atribuidas ya por delegación (art. 13.5 LRJAP y PAC), lo que en orden a la gestión de servicios públicos de que tratamos supone tanto como afirmar que la persona jurídica -municipalizada, de economía mixta o privada- a la que le ha sido encomendada tal gestión por el titular, no puede a su vez -ni por propia iniciativa ni con la mera anuencia del delegante- encomendarla a tercera persona (diferente solución corresponde a la subcontratación en la concesión de obra pública: arts. 236 y sgs. Ley 13/2003, de 23 /Mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas), y menos si se tiene en cuenta que con ello se burlan los estrictos procedimientos que el propio titular del servicio hubiera tenido que seguir para atribuirlo a esa tercera persona.

Precisamente cuando se trata de contratos de gestión de servicio público, por la relevancia de esta tipología para los usuarios y administrados en general, la cesión y la subcontratación se ve considerablemente más limitada que en otras categorías contractuales; es decir, para el caso en que el Ayuntamiento hubiese optado por la gestión indirecta y adjudicase mediante el correspondiente procedimiento selectivo el contrato a una empresa, ésta sólo podría subcontratar prestaciones accesorias, nunca la principal (art. 170 TRLCAP); y en cuanto a la cesión, ésta sólo cabe en los contratos de gestión de servicio público cumpliendo las rigurosas exigencias que impone el art. 114 TRLCAP, singularmente que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato, así como la autorización expresa de la Administración; y sobre todo ha de tenerse en cuenta que sólo pueden ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y que en los contratos de gestión de servicios públicos la adjudicación es siempre por concurso (art. 159.1). En todo caso, el supuesto debatido en autos todavía incurre en una mayor infracción, desde el punto y hora en que lo cedido no es un contrato sino una competencia, tratando de eludir por completo la normativa -ya referida- de los contratos. “

El reconocimiento de tal sucesión empresarial en el ámbito de la Administración Pública conlleva, para ésta última, los efectos propios previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Desde esta perspectiva no cabe duda que si resulta de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, no se producen desajustes entre el nivel de empleo de la entidad cedente y su presencia real en el mercado, por lo que dicha disposición constituye una limitación real para la utilización con causa en la pérdida de parte de la actividad, causa productiva o despido económico.⁸

Corolario de lo dicho será que cuanto más extensible resulte en su aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, más amplia o más espiritualmente⁹ se interprete su ámbito material u objeto de transmisión, menos justificación tendrá la aplicación en estos casos del despido económico y por el contrario, cuanto más restrictivamente se interpreten los términos de transmisión de parte de la empresa o unidad productiva autónoma, cuando más tiendan a materializarse, exigiéndose que la transmisión afecte a la globalidad de elementos que constituyen la entidad, mas cancha habrá para este tipo de despidos.¹⁰

B Cuando los tribunales consideran que no concurre tal sucesión empresarial:

Como hemos indicado anteriormente la mayoría de los tribunales del orden Social (en particular la Sala de lo Social Tribunal Supremo) son muy restrictivos a la hora de apreciar tal sucesión empresarial en el ámbito de la Administración Pública.

Cuando los tribunales aprecian que no concurre tal sucesión empresarial, se plantea entonces la cuestión relativa a si existe alguna obligación por parte de la entidad cesante en el servicio de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la misma o si, por el contrario resulta de aplicación la regulación prevista para el despido objetivo.

Al respecto destacar que el Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada que el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores no impone al empresario la obligación de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado "otro puesto vacante de la misma". Así lo ha establecido en sus sentencias de 21 de julio del 2003 ; 19 de marzo del 2002 y 13 de febrero del 2002, entre otras¹¹. En consecuencia, de conformidad con esta doctrina jurisprudencial, debe concluirse que la amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido.

Los efectos del despido objetivo por parte de la entidad cesante en el servicio son los previstos en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo. Ello implica la obligación de poner a disposición del trabajador "la

⁸ Así lo ha entendido la Sentencia del Juzgado de lo Social nº11 de Madrid de 29 de septiembre de 1994, Rec1572/1994, para quien la obligada sucesión empresarial vía artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en un arrendamiento de industria impide que aflore la causa económica.

⁹ M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Fusiones y Escisiones: aspectos laborales", *Grupo de Empresas y Derecho del Trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1994, pp. 124.

¹⁰ J.P. ARAMENDI SÁNCHEZ, "Problemas sustantivos y procesales conexos al enjuiciamiento de los despidos por causas económicas", *Cuadernos de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1996.

¹¹ Sentencias del Tribunal Supremo de: 21 de julio del 2003 (Rec. 4454/2002); 19 de marzo del 2002 (Rec. 1979/2001) y 13 de febrero del 2002 (Rec. 1436/2001).

indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN EL SUPUESTO QUE SE APRECIE LA EXISTENCIA DE SUCESIÓN EMPRESARIAL

En casos en los que la Administración o entidad pública titular de un servicio público decide la reversión del mismo (mediante internalización de la contrata, rescate o cualquier otra fórmula legalmente establecida) y asume, por sucesión empresarial, el personal de la entidad saliente que prestaba el servicio, se plantea la cuestión de si resulta de aplicación para la misma el convenio colectivo de la última empresa adjudicataria (en los supuestos en que entidad cedente y la cesionaria se rigen por convenios colectivos diferentes).

Para resolver esta cuestión conviene recordar la doctrina del Tribunal Supremo en materia de sucesión de empresas:

"a) la subrogación empresarial solo abarca "aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras " Sentencias 5 de diciembre de 1992 ; y 20 de enero de 1997 ;

b) la obligación de la subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad" Sentencia de 12 de noviembre de 1993 ;

c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores (sentencia de 13 de febrero de 1997

y d) la subrogación "no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitiente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador" Sentencia de 20 de enero de 1997 "

La Directiva CEE 77/1987/CEE el cual ya establecía que "después del traspaso..., el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo".

Como vemos, la regulación en sus aspectos más esenciales coincide con la actual del art. 44.4 ET como con la del art. 3.3 de la Directiva 2001/23/CEE ("después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo").

El precepto estatutario al igual que las Directivas contiene tres reglas: una principal y dos supletorias. La principal es de carácter dispositivo (convenio que acuerden las partes). Las supletorias del pacto determinan la aplicación del Convenio vigente en la empresa cedente pero de forma limitada en el tiempo, ya que la aplicación solo opera hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo en la entidad económica de origen.

En relación con ello es necesario recordar que " la limitación de la vigencia del convenio de la entidad cedente no se produce solo por la nueva negociación de un convenio colectivo en

la empresa cesionaria, sino por "la extinción o expiración del convenio colectivo " de la empresa cedente" (STS de 26 de diciembre de 2013 Rjud. 291/2011) .

También las SSTs de 20 de enero de 1997, 22 de julio de 1999 y 22 de marzo de 2002 se ocupan de la aplicación no indefinida del convenio colectivo de la empresa cedente pues, de aplicarse de forma indefinida, se impediría la homologación de las condiciones laborales, sin que con la actual Directiva 2001/23/CEE se llegue a solución diversa. En el mismo sentido la STJUE de 9 de mayo de 2006 en la que se establece que los derechos y obligaciones que resulten de un convenio colectivo siguen siendo vinculantes para la nueva empresa después de la transmisión del centro de actividad sin que sean aplicables los nuevos convenios que pudieran entrar en vigor en la empresa cedente con posterioridad a la sucesión.

CONCLUSIONES

Primero.- Tal como sostiene la mayoría de la doctrina jurisprudencial, en lo que atañe a la posible aplicación del art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni la contrata ni la concesión administrativa podían ser consideradas unidades productivas autónomas a los efectos del citado art. 44 ET, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. En las contratas sucesivas de servicios lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, y por lo mismo manifestaban que no opera, por este exclusivo hecho, la subrogación estatutaria -la del art. 44 ET -, sino que la misma se produciría -si no se trasmite la unidad productiva- tan sólo si lo determina la norma sectorial o lo prescribe el pliego de condiciones de la concesión. El criterio jurisprudencial tradicional al respecto, entonces, es la no subrogación entre los concesionarios en las concesiones administrativas, con esas únicas tres excepciones.

Segundo.- En cuanto a la normativa comunitaria destacar que lo dispuesto respecto a la sucesión de empresas en el apartado 2º del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (cuando especifica los requisitos para la existencia de sucesión empresarial) constituye una mera transcripción del artículo 1.1.b) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de Marzo de 2001 (EDL 2001/19273), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad". Dicho precepto especifica en su apartado c) que: "c) La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. 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". Por lo tanto, la normativa comunitaria prevé expresamente la sucesión empresarial en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Tercero.- Sucesión empresarial del artículo 44 del ET como límite al despido objetivo.

Si resulta de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, no se producen desajustes entre el nivel de empleo de la entidad cedente y su presencia real en el mercado, por lo que dicha disposición constituye una limitación real para la utilización con causa en la pérdida de parte de la actividad, causa productiva o despido económico. Cuanto más extensible resulte en su aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, menos justificación tendrá la aplicación en estos casos del despido objetivo (por causas económicas, organizativas y de producción) y por el contrario, cuanto más restrictivamente se interpreten los términos de transmisión de parte de la entidad o unidad productiva autónoma, mas oportunidad habrá para que se aprecie la concurrencia de este tipo de despidos.

Cuarto.- En cuanto a los efectos derivados de la apreciación o no de sucesión empresarial por parte de los tribunales:

a)- En el supuesto que se considere que concurren los requisitos anteriormente citados para considerar que el ámbito de la Administración opera la subrogación estatutaria del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores.

Las sentencias favorables a reconocer tal sucesión de empresas (entre ellas las sentencias del Tribunal Supremo de fecha: 30 de mayo de 2011 rec. 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos y de 26 de enero de 2012 (rec. 917/11), para servicio público asistencial) fundamentan que puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa, encuadrable jurídicamente en el referida art. 44 ET, cuando la transmisión vaya referida a cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio" y en cuya determinación han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

Los efectos de tal reconocimiento son en general los previstos en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores para toda entidad afecta de sucesión empresarial.

b) En el supuesto que se considere que no concurren los requisitos anteriormente citados para considerar que el ámbito de la Administración opera la subrogación estatutaria del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, la jurisprudencia mayoritaria mantiene que: no se impone a la entidad que cesa en la prestación del servicio, la obligación de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" y tal amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en tal entidad saliente determinados puestos vacantes determine la declaración de improcedencia de tal despido.

Quinto.- Respecto de la cuestión relativa a cuál sería el convenio colectivo aplicable en el supuesto que por los tribunales se aprecie la existencia de sucesión empresarial, es de señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene: que la entidad cesionaria ha de mantener y respetar las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo. Ello determina la aplicación del Convenio vigente en la empresa cedente pero de forma limitada en el tiempo, ya que la aplicación solo opera hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta que entre en vigor un nuevo convenio colectivo en la entidad económica de origen.

UCAM.