

Gemma Angélica Sánchez Lerma

Doctora en Derecho .

Letrada de la Asesoría Jurídica de la Cámara de Comptos de Navarra.

Prof. Titular de Universidad (en excedencia) y

Profesora Asociada Derecho Administrativo. Universidad Pública de Navarra

“La realidad es más rica en matices que nuestra imaginación”

Aspectos de legalidad en las fiscalizaciones de internalizaciones o remunicipalizaciones¹

RESUMEN/ABSTRACT:

En nuestro entorno asistimos a una tendencia más o menos generalizada de cuestionamiento de las formas de gestión indirecta de los servicios. El debate se plantea en términos políticos y sociales, y son muchos los fenómenos asociativos creados con la finalidad de defensa de las formas de gestión directa. La incorporación de estas ideas en los objetivos estratégicos definidos en los programas políticos, ha dado lugar a decisiones de modificación de la forma de gestión de los servicios públicos, que dada su incidencia tiene que ser objeto de actuaciones de fiscalización por las Instituciones de Control Externo (ICEX). Este artículo analiza los principales aspectos y comprobaciones que deben realizarse en las fiscalizaciones de cumplimiento de legalidad en esta materia.

In our environment we can see a generalized tendency of publicly questioning the indirect management of public services. The debate has not only involved all political actors, but also fueled lively debates in the social networks and make arise many associative movements in defense of the direct management of public services.

Implementation of these ideas in the strategic objectives of most political movements, has led to decisions that involve modifications of the way in which public services are handled, and must consequently be inspected by external audit institutions.

The current study analyses the main aspects and the procedures that should be followed in the audits of legal compliance in this field.

SERVICIO PÚBLICO, REINTERNALIZACIÓN, REVERSIÓN, REMUNICIPALIZACIÓN, CONTRATACIÓN PÚBLICA,, SUCESIÓN DE EMPRESA, FISCALIZACIÓN
PUBLIC SERVICE, REVERSIÓN, ADMINISTRATIVE CONTRACT, AUDIT TRAIL, BUSINESS SUCCESSION

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

¹Este artículo tiene su origen en los trabajos de fiscalización de la Cámara de Comptos en esta materia. Mi agradecimiento especial para Ignacio Cabeza, Luis Ordoki y Fermín Erbiti por sus inestimables aportaciones.

1. PRECISIONES INICIALES

Hablamos de remunicipalizaciones en el ámbito de las entidades locales (EELL), siendo la denominación *reinternalización o reversión* la utilizada en ámbitos de las otras Administraciones territoriales (CC.AA. y AGE). Las reinternalizaciones, remunicipalizaciones, reversiones... desde el punto de vista jurídico suponen una modificación en la forma de gestión, si bien cualificada por la dirección indirecta-directa implícita en su nombre.

La situación previa a la decisión de modificación suele ser la gestión indirecta, instrumentada conforme a fórmulas contractuales, no obstante, hay que reconocer que algunas reinternalizaciones se refieren a supuestos en los que la situación previa es de gestión directa mediante empresa pública u otra forma de personificación.

Los efectos de la remunicipalización o reinternalización atendiendo a las variantes de la situación previa serán diferentes; por una parte porque toda relación jurídica crea derechos y obligaciones; por otra, porque la decisión de modificación necesariamente estará condicionada por los contenidos previos relativos a coste y calidad del servicio.

2. COMPROBACIONES DE REGULARIDAD LEGAL DEL PROCESO

La primera cuestión que debemos tener en cuenta en las reinternalizaciones a los efectos de la verificación del cumplimiento de la legalidad aplicable, es que éstas deben observarse como un proceso dilatado en el tiempo. Es erróneo plantear estas fiscalizaciones solo asociadas al momento de la toma de decisión por la entidad controlada. La reinternalización tiene un pasado, un presente y un futuro, y todos ellos son momentos clave para la adecuada valoración acerca de la adecuación de la decisión tomada a la buena gestión de los fondos públicos. Esta característica complica y retarda la formulación de las conclusiones de fiscalización en relación con un proceso de reinternalización.

Por lo tanto, independientemente del tipo de fiscalización que se realice, cuando el ámbito objetivo de la misma incluye procesos de reinternalización, deberá tenerse en cuenta este aspecto temporal; en caso contrario correremos el riesgo de analizar nuestro objeto como una fotografía, siendo lo cierto que lo más importante en la valoración de la adecuación de este tipo de toma de decisiones es la valoración de la adecuación de los resultados a las previsiones fundamentadoras de las mismas. Consecuentemente, uno de los aspectos importantes en la fase de planificación será fijar el alcance relativo a la fiscalización de la reinternalización.

2.1 Identificación del ámbito objetivo: normativa y criterios

La normativa aplicable en gestión de servicio público alude a los principios de sostenibilidad y eficiencia de la gestión. Este criterio de elección debe situarse en el contexto de las normas sobre estabilidad presupuestaria (principalmente artículo 135 de la Constitución Española y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad financiera, en adelante LOEPSF). La eficiencia supone la obtención de los objetivos marcados al mínimo coste; la sostenibilidad tal y como viene referida en estas normas es la económica, es decir, el control del déficit y del endeudamiento.

La normativa aplicable no se pronuncia a favor de las formas de gestión directa frente a formas de gestión indirecta; es más, incluso puede afirmarse que la posición legal no es neutra, sino que se decanta a favor de fórmulas de gestión indirecta promoviendo la externalización y la colaboración público-privada.

Así por ejemplo, la normativa local es especialmente exigente cuando lo que se plantea es gestión directa por entidad pública empresarial o por sociedad pública local. Por su parte, el artículo 30. 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) parece *a priori* optar por la gestión directa en la prestación de los servicios, dado que la motivación solo se exige en el caso de que se opte por la gestión indirecta por *carecer de medios suficientes*. Esta previsión de la LCSP –que no es básica— debe, no obstante, enmarcarse con los principios generales de aplicación a las Administraciones públicas y, singularmente, con los principios de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, economía y suficiencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, todos ellos recogidos en el artículo 3 de la ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); esto nos lleva de nuevo a una necesaria valoración de la eficiencia en la elección en las formas de prestación, vaciando en cierta forma de contenido la afirmación inicial.

Para la aplicación del criterio de sostenibilidad y eficiencia de la gestión hay que realizar un análisis comparativo de los costes de la anterior forma de gestión en relación con los previstos para la nueva. Este informe debe contemplar escenarios a medio plazo en ambos casos (comparativa de pasado y de futuro) así como las implicaciones que la decisión pudiera tener a efectos de sostenibilidad y cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria en la situación económico financiera de la Administración actuante.

La actual configuración de los criterios hasta ahora expresada no justifica decisiones fundamentadas en

motivos ideológicos o políticos, y tampoco en valoraciones tales como como las supuestas *ventajas que puede suponer la tutela o control directo de la Administración sobre el servicio*. Afirmaciones como éstas, que suelen utilizarse a favor de las internalizaciones, son contrarias a los principios y criterios más básicos de configuración de las formas de gestión, porque el hecho de que un servicio esté externalizado nunca debería suponer falta de tutela o control por parte del órgano de contratación.

El criterio de eficiencia nos lleva, por otra parte, a vincular el coste económico con el adecuado estándar de calidad del servicio, y a contemplar las consideraciones sociales y medioambientales de la decisión.

Para fijar adecuadamente la normativa aplicable, se debe partir de la identificación de la competencia que se ejercita o título legitimante de la prestación del servicio y, en consecuencia, del tipo de la actividad ejercida por la entidad fiscalizada (prestación de servicios económicos esenciales de interés general, iniciativa pública económica, o servicios esenciales de interés general sin contenido económico...). La identificación del marco jurídico competencial ayudará a definir e identificar los aspectos más importantes de la situación previa a la decisión de reinternalización, debiendo tener en cuenta las características de la previa forma de gestión de servicios.

2.2 El expediente. Aspectos formales y procedimentales

Desde el punto de vista formal deberá existir un expediente específico de modificación de la forma de gestión. Este expediente, dependiendo del ámbito vendrá regulado por diferente normativa, pero en cualquier caso deberá cumplir con unos mínimos pasos o fases procedimentales.

Deberá constar una propuesta de modificación, emitida por el órgano competente por razón de la materia. Esta propuesta deberá ir acompañada de informes de los servicios técnicos en los que se analicen las necesidades que se atienden con la prestación del servicio, las características cualitativas de la prestación con expresa definición de los estándares de calidad técnica del servicio tal y como se venía prestando, y su igualación o mejora en la reinternalización proyectada. Se deben tener en cuenta en cuenta las necesidades de inversiones que, en su caso, deban realizarse. Deberán constar informes económicos en los que se analicen los costes asociados a la modificación y los costes de la nueva forma de gestión propuesta.

En expediente constarán los correspondientes informes jurídicos que deberán pronunciarse acerca de la posibilidad de proceder a la modificación propuesta, considerando todos los efectos jurídicos derivados. Deberán también pronunciarse estos informes jurídicos acerca de las actuaciones exigibles en el caso de necesitar realizar inversiones para la correcta asunción del servicio, así como sobre los efectos jurídicos de las modificaciones y decisiones de reorganización de recursos humanos anudadas a la decisión (plantilla orgánica, oferta de empleo público, tasa de reposición...).

En el caso de que la forma de gestión propuesta sea directa mediante sociedad pública debe, en todo caso, constar memoria justificativa de sostenibilidad y eficiencia, valorada de acuerdo con criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Si es una entidad local, debe constar el informe del interventor en los términos del artículo 4 de la LOEPSF

El expediente deberá finalizar con el acto administrativo emitido por órgano competente por el que se acuer-



da la modificación de la forma de gestión. Dicho acto administrativo deberá estar adecuadamente motivado, con expresa referencia a mayor eficiencia, eficacia y sostenibilidad de la nueva forma de gestión. También deberá hacer referencia a las actuaciones necesarias para hacer efectiva la modificación en la forma de gestión acordada.

2.3 Principales aspectos a revisar

a) Justificación conforme al criterio primario de sostenibilidad y eficiencia de la gestión.

La motivación por remisión a los informes realizados será adecuada, pero deberán recogerse en el acto administrativo, al menos, las conclusiones o grandes cifras tenidas en cuenta y base principal o fundamento de la resolución analizada. Sería además conveniente que en dicha resolución se expresaran las previsiones efectuadas (ahorros previstos con la decisión, mantenimiento o incrementos previstos en la oferta del servicio, incrementos en la calidad de las prestaciones), todo ello a los efectos de una mayor justificación pero también de una mejor comparabilidad y control de la toma de decisiones.

b) Aspectos mercantiles o civiles derivados, así como su coste económico y temporal.

En algunas ocasiones la reinternalización se aborda existiendo previamente gestión directa por ente dependiente —ya sea total o parcialmente—. Normalmente este ente dependiente suele presentar la forma de una sociedad mercantil. En estos supuestos hay que tener en cuenta los aspectos mercantiles o civiles relacionados con la disolución y liquidación de la persona jurídica (sociedad mercantil pública, fundación, entidad pública empresarial). También deberán tenerse en cuenta los aspectos laborales derivados de la liquidación del ente dependiente que presentan, junto a los meros aspectos económicos, otros de gran trascendencia social².

Podríamos incluso encontrarnos sociedades irregulares. Evidentemente en estos casos la sociedad habría actuado en el tráfico, con los efectos determinados en el artículo art. 39 de la Ley de Sociedades de Capital y debería procederse a su disolución y liquidación también adecuadamente³.

Una vez que se concrete la extinción de la personalidad del ente dependiente, lo lógico sería entender que procedería la extinción de las relaciones laborales de su personal. Estas extinciones de las relaciones laborales, en principio, deberían resolverse dentro del

ámbito del proceso de disolución afectando las posibles indemnizaciones por esta causa solo al patrimonio de la sociedad pública en liquidación. Sobre los temas socio-laborales de la reinternalización volveremos más adelante, siendo por otra parte, este un aspecto en el que la litigiosidad es mayor.

c) Observar si existe contrato vigente, tipo de contrato y duración del mismo.

Tanto la tipología, como la vigencia o no del contrato administrativo, son elementos esenciales en cuanto a la valoración de los efectos jurídicos y económicos de las reinternalizaciones. Con respecto a los contratos vigentes, deberá tenerse en cuenta la tipología contractual y los efectos en función de la misma de la resolución anticipada de contrato. Las indemnizaciones que, en general, gravarán tal actuación, deberán considerarse como coste asociado a la decisión de modificación.

En cuanto a tipología contractual, por materia, lo lógico es que nos encontremos ante contratos de concesión de servicios— en el caso de que la concreta configuración de las prestaciones recíprocas desplazara hacia el contratista el riesgo económico derivado de la prestación del servicio— o ante contratos de servicios.

Si al momento de hacer efectivo el acuerdo de reinternalización los contratos han finalizado, la entidad contratista no tendrá derecho a indemnización alguna por la finalización del contrato, sin perjuicio de tener en cuenta que a la reversión del servicio el contratista deba entregar las obras e instalaciones a que esté obligado conforme a lo previsto en el contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

La transmisión obligatoria y sin derecho a indemnización de las inversiones realizadas por el concesionario conforme a la norma aplicable, no debe confundirse con posibles operaciones por parte de la Administración que asume el servicio, de compra de las inversiones que pudiera haber realizado la anterior adjudicataria y que sean necesarias para la prestación del mismo. Este fue el caso reciente analizado —desde el punto de vista de laboral y al que volveremos más adelante— en la sentencia del juzgado de lo Social num. 1 de Pamplona de fecha 18 de diciembre de 2017— sobre la reinternalización de la concesión de servicio de restauración de un hospital. En estos supuestos es preciso tener en cuenta en la valoración del coste la necesidad de asumir inversiones por parte de la Administración.

Deberá en estos casos valorarse si es adecuado asumir las soluciones de servicio ofrecidas por la adjudicataria y si las correspondientes inversiones realizadas

²Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante LSC). Artículos 360 a 400.

³Vid. un supuesto de sociedad local irregular y toma de decisiones de remunicipalización en *Informe 2018/05 Ayuntamiento de Cintruénigo, 2016*, de la Cámara de Comptos de Navarra de fecha 22 de marzo de 2018.

por la misma son igualmente válidas y económicamente aceptables para la prestación del servicio por la Administración actuante, siempre teniendo en cuenta que nos estamos refiriendo a adquisiciones de equipamiento que, si no fuera por la decisión de adquisición, no le corresponderían a la Administración por razón de la finalización del contrato de concesión de servicios.

Deberá aplicarse en la compra de las inversiones la normativa propia sobre adquisiciones de bienes de la Administración actuante y en función de la naturaleza de los mismos (normativa sobre contratación y normativa patrimonial, en su caso); deberá, en todo caso, constar en los informes técnicos y económicos la necesidad de proceder a la adquisición, y la justificación suficiente para la no adquisición de los bienes en mercado y por procedimientos de licitación competitivos, (como por ejemplo condiciones especialmente ventajosas del proveedor por cese de actividad...); y en todo caso, deberá constar la realización de un informe de tasación del valor de los bienes adquiridos a la anterior adjudicataria.

Si se trata de un contrato de concesión de servicios hay que tener en cuenta el cambio conceptual operado por las últimas Directivas, que han introducido nuevos requisitos para poder proceder al rescate de las concesiones. En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), aun admitiendo que el rescate del servicio para su gestión en forma directa pueda basarse en el interés público, ha añadido un nuevo requisito, dado que ahora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 294 c), deberá *“acreditarse que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional”*. Esto supone un esencial cambio de configuración, porque el interés público no sirve ya por sí solo para justificar el rescate, cumpliendo con ello los principios comunitarios al respecto, que obligan a la *“preservación del derecho de la competencia entre operadores y el respeto al principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado entre las partes”*⁴.

Por ello, el rescate ya no solo debe considerarse por su coste económico, sino además por sus eventuales costes jurídicos (que también a la larga pueden implicar mayores costes económicos, evidentemente). En consecuencia, deberá tenerse en cuenta el coste de la decisión resolutoria con las eventuales indemnizaciones al contratista (art. 295. 4 LCSP) y las posibles impugnaciones

de la decisión de rescate y demás derechos del concesionario derivados (mucho más si tenemos en cuenta que la actuación es calificada como de naturaleza expropiatoria por algunos autores como Gimeno Feliú).

Cuando la tipología es de contrato de servicios, la resolución anticipada para reinternalización puede realizarse mediante la figura del desistimiento (art. 313 1.b) LCSP) o bien, en los supuestos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía (art. 312 LCSP) por medio de rescate, secuestro o intervención (art. 312 apartado g) LCSP) y art. 294 c) d) y f) LCSP).

d) Análisis de los supuestos habilitantes de la subrogación laboral

En el ámbito de la contratación administrativa, el artículo 130 LCSP admite la posibilidad de que exista obligación de subrogación laboral del contratista nuevo en los contratos del anterior contratista en el caso de que una norma con rango de ley, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general así lo determinen. Este mismo artículo, en su apartado 3, determina la obligación de subrogación en los mismos casos para el supuesto de reinternalización. Como puede observarse, esta norma no admite la subrogación voluntaria como supuesto de hecho generador de la subrogación de la Administración.

La jurisprudencia, de forma general, ha venido vetando la alegación de aplicación de convenios colectivos de los que la Administración no sea parte para asumir las subrogaciones⁵.

Tampoco se ha admitido la subrogación cuando la Administración alegaba, como único hecho generador, que los pliegos de la anterior contratación pública determinaban la obligación de subrogación del nuevo contratista en las relaciones laborales de aquél que anteriormente era el adjudicatario⁶.

El artículo 130 3 LCSP ha venido a matizar pero también a corroborar estas interpretaciones. Existirá obligación de subrogación conforme a la LCSP en supuestos de reinternalizaciones, cuando exista una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general que establezca la subrogación laboral del personal que venía prestándolo; a *sensu contrario*, cuando la obligación subrogación del contratista provenga únicamente de una decisión unilateral de la

⁴Colomé i Nin, A./ Grau i Arnau, S. “Remunicipalización” de servicios locales y competencia” en *Cuadernos de derecho local*, Número 43, 2017, 124; Fracchia, F., “Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales entre externalización y remunicipalización”, en *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, Font i Llovet, T./ Díez Sánchez, J.J. 2017, págs. 80-116; Gimeno Feliú, J.M.et al, “Servicios Públicos e ideología”, edit. Profit, 2017, Barcelona.

⁵La jurisprudencia en este sentido es ya reiterada (vid. entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2012 (RJ 2012, 9976); sentencia de 19 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2886) y sentencia de 21 de abril de 2015 (RJ 2015, 2177).

⁶Sobre la posibilidad de obligar por la Administración en los pliegos a la subrogación existe jurisprudencia contradictoria. Parece que este artículo 130 corrobora la interpretación negativa, ya que admite la posibilidad de que exista obligación de subrogación solamente en el caso de que una norma con rango de ley, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general así lo determinen.

Administración contratante, inserta en los pliegos de la contratación anterior o que se extingue, no procederá la subrogación.

Así mismo, en materia de incorporación de personal laboral proveniente tanto de las empresas contratistas como de entidades instrumentales, hay que tener en cuenta la Disposición Adicional 26ª uno b) de la Ley 3 /2017 de Presupuestos del Estado para 2017⁷. La norma viene a descartar la posibilidad de subrogación voluntaria en la Administración del personal laboral que viniera prestando sus servicios en empresas privadas contratistas o en medios propios.

Lo que en el fondo se busca es intentar evitar que mediante expedientes de reinternalización se conculquen los principios de acceso al empleo público y se consoliden situaciones claramente contrarias al principio de igualdad de los empleados públicos.

En esta misma dirección abunda la Disposición Adicional 43ª tercera, de la mencionada Ley de Presupuestos de 2018. Esta norma determina, por una parte, que la contratación de personal laboral en el sector público deberá realizarse conforme a las prescripciones y en los términos establecidos en la legislación aplicable, lo cual no deja de ser una obviedad; por otra, la norma recoge la exigencia de responsabilidad ante situaciones irregulares y la forma de actuar en su caso. Esta norma no está pensada específicamente para las reinternalizaciones, sino que se refiere al supuesto de la denominada cesión ilegal de trabajadores, regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo

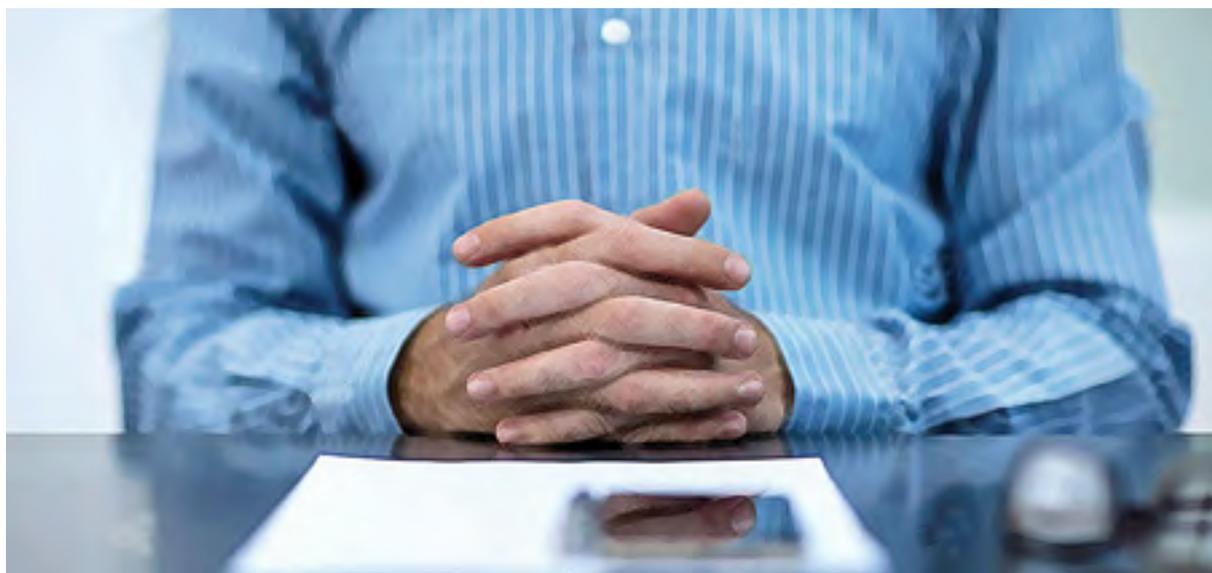
2/2015, de 23 de octubre, en adelante ET). La existencia de un importante sector público dependiente, societario y fundacional, es campo abonado para estas prácticas, y ello ha dado lugar a una ya a numerosa jurisprudencia y diversas medidas normativas dirigidas a su evitación⁸

No es posible descartar que en un proceso de reinternalización en el que previamente existiera una entidad dependiente para la prestación del servicio, aparezca litigiosidad relacionada con la posible concurrencia de supuestos de cesión ilegal de trabajadores. En este caso sería de aplicación esta Disposición adicional cuadragésimo tercera. Sin embargo, es conveniente diferenciar los supuestos porque esta aplicación no deriva de la decisión de reinternalización, sino de la situación previa de irregular gestión de personal que da lugar a la cesión ilegal de trabajadores.

Salvado lo previsto en el artículo 130.3. LCSP (existencia de norma, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general) la normativa contractual administrativa tiende también a evitar la subrogación o consolidación de los trabajadores de la empresa contratista en la Administración contratante.

Así por ejemplo queda prohibida la consolidación del personal de la entidad contratante en la administración contratista cuando el contrato es de servicios y la decisión de reinternalización se toma cuando está finalizado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 308 LCSP⁹.

Ahora bien, lo cierto es que la cuestión no es tan clara como pudiera parecer porque hay también normas que pueden obligar a la subrogación.



⁷Esta Disposición tiene carácter indefinido y es normativa básica, no habiendo sido ni modificada ni derogada expresamente por la Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018

⁸Vid por todas TSJ de Andalucía, Sevilla Sala de lo Social, Sección 1ª, de 11 mayo 2017, RJ. 1347/2016.

⁹Vid. por todas sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015, Rec. 91/2014; de 19 de mayo de 2015, Rec. 358/2014 o de 9 de febrero de 2016, Rec 400/2016.

Una de las vías que ineludiblemente puede dar lugar a la subrogación de una empresa o entidad en los contratos laborales de otra empresa es la denominada *sucesión de empresas*. En este caso la subrogación no es por voluntad de las partes, sino por aplicación de la ley. La sucesión de empresa es una institución de derecho laboral dirigida a dar estabilidad en el empleo. En el ordenamiento español, la figura es recogida con rango legal en el artículo 44 ET¹⁰.

Se presenta la sucesión de empresa legal cuando a través de cualquier vía y sin solución de continuidad, cambian de titularidad todos los elementos materiales necesarios para prestar el servicio. Esta vía exige que el elemento objetivo de explotación de la actividad siga con la nueva situación manteniendo su individualidad. Afirma la jurisprudencia que la transmisión debe operar sobre la explotación empresarial viva (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2002). Cuando mediante lo transmitido no sea posible la continuación de la actividad, o el nuevo empresario realice aportación de elementos materiales patrimoniales relevantes en la actividad, deberá entenderse que no procede la sucesión de empresa¹¹.

En ocasiones, la subrogación se produce por la denominada *sucesión de plantillas*, figura nacida de la jurisprudencia del TJUE, que se fundamenta en la continuidad de la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante¹².

Las decisiones de reversión deben siempre analizar la posible concurrencia de los requisitos de la sucesión de empresa y caso de que concurran valorarlos como componente importante de los parámetros de eficiencia sobre los que debe descansar la decisión de reversión.

En consecuencia, deberá verificarse en la fiscalización que no se ha procedido de forma voluntaria a la subrogación de los trabajadores. No se admitirán subrogaciones derivadas de la mera observación de que en los pliegos por decisión de la Administración contratante se obligaba a la subrogación de los trabajadores del anterior contratista. En su caso, y cuando se declare dicha subrogación, deberá comprobarse que queda adecuadamente justificada e identificada la norma de referencia que obliga a la subrogación o, en su

caso, el convenio colectivo o el acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.

Caso de concurrir los supuestos habilitantes en la norma para la sucesión de empresas deberá procederse a la subrogación, sin necesidad de esperar impugnaciones o declaraciones judiciales al respecto, dado que en esos casos, siendo la subrogación obligada por aplicación de la Ley se corre el riesgo de incrementar los costes de la actuación por los gastos que todo procedimiento judicial lleva implícito y por las indemnizaciones a que puede condenarse a la Administración incumplidora. Por otra parte, la resistencia injustificada a la aplicación de la norma laboral es incompatible con los objetivos sociales propios de toda actuación administrativa.

Solo en el caso de que concurra un supuesto de cesión ilegal de los trabajadores y sea éste hecho generador de la subrogación —y no el de la sucesión de empresas— será obligado el reconocimiento judicial de tal situación previamente a la integración de los trabajadores en la Administración. En este caso, también deberán tenerse en cuenta los costes asociados a esta litigiosidad y, dado que se trata de irregularidades, deberá observarse si se han depurado las correspondientes responsabilidades derivadas de la actuación; caso contrario se deberá instar al ente fiscalizado a su incoación

e) **Comprobaciones que deben realizarse cuando caso concurra subrogación laboral**

Aparte del informe jurídico en el que se determine la concurrencia de los requisitos necesarios para entender que la Administración debe asumir los contratos, deberá constar en el expediente informe relativo al impacto en la organización de los recursos humanos de la Administración que asume el servicio. Normalmente, la asunción de la gestión directa afectará de forma importante a las necesidades de personal y a su estructuración. El área encargada de recursos humanos de la entidad deberá analizar la concreta estructura y organización necesaria para la prestación del servicio, debiendo determinar las necesidades de personal para el mantenimiento de la actividad de servicio con los mismos ratios de calidad que venía realizándose.

Aun en el caso de obligación de subrogación, no se deberá asumir la continuidad de más contratos que aquellos que sean necesarios para la adecuada presta-

¹⁰Una de las primeras cuestiones que se plantearon en relación con la aplicación de la “sucesión de empresas” en caso de reinternalización fue la posibilidad de su aplicación a las Administraciones. La cuestión fue resuelta en forma positiva, tanto doctrinal como jurisprudencialmente (vid. sentencias TJUE de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C-175/99; de 29 de julio de 2010 UGT-FSP C 151/099; Asunto ADIF, C-509/14 (TJCE 2015, 283), de 26 de noviembre de 2015; TJCE de 6 de septiembre de 2011, asunto Scattolon, C-108/10 (TJCE 2011, 246); y la más reciente TJCE de 20 de julio de 2017, asunto Piscarreta, JUR 2017\200816.

¹¹Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Social, 27 enero de 2015, RJ 2015, 68338 y STJUE de 26 de noviembre de 2015, asunto ADIF, C-509/14 (TJCE 2015, 283).

¹²Vid. sentencia del TJCE de 11 de marzo de 1997, asunto Süzen (TJCE 1997, 45) y a nivel de Derecho interno, sentencias STS de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 106), 27 de febrero de 2012 (RJ 2014, 4023), 15 de julio de 2013 (RJ 2013, 6759), 9 y 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4637 y RJ 2014, 4774) y 27 de enero de 2015 (RJ 2014, 471) y en Todolí Signes A. /Martínez Saldaña D. (2017) “Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos” Aranzadi, Pamplona. 93.

ción del servicio. En estos casos, deberá procederse al pago de la indemnización correspondiente a los trabajadores con derecho a subrogación de los que se decida prescindir. Deberá comprobarse que el coste de esta actuación está incluido en las previsiones económicas realizadas.

Existiendo subrogación, el informe deberá contener información clara de las obligaciones que se asumen, por lo que debería constar el listado del personal objeto de subrogación, indicando el convenio colectivo que les es aplicable, los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento en su caso de los contratos, salario bruto anual y demás derechos económicos adquiridos, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. Deberá así mismo constar un listado de litigios actuales de la anterior empresa en relación con contratos laborales a los que les sea aplicable la subrogación.

A este respecto, hay que tener en cuenta que las relaciones laborales se asumen en la situación y con los derechos adquiridos de su relación laboral antecedente. Esto puede plantear problemas por el régimen específico de los empleados laborales de la Administración y, eventualmente, por entender que la Administración no debería quedar obligada por convenios de los que no es parte. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia comunitaria la no aplicación de las condiciones anteriores, solo sería admisible cuando las nuevas condiciones supongan el reconocimiento de condiciones globalmente más favorables. Esta es la doctrina que se recoge en la sentencia TJUE 6 de septiembre 2011 (asunto Scattolon C-108/10).

La asunción de los contratos laborales no deja de ser problemática si tenemos en cuenta que proviene de la aplicación de normas laborales. El derecho regulador del empleo público se mueve en la órbita del Derecho público, por la cualificación que supone que la relación de servicio se realiza para una Administración pública, lo cual publica tanto la relación, que supone el reconocimiento de un vínculo jurídico entre funcionario y Administración (relación de servicio) diferente al que existe entre empresario y trabajador (contrato de trabajo). Incluso en el caso de relaciones laborales en el seno de las administraciones públicas el contenido contractual se modula para su adaptación, principalmente a los principios constitucionales aplicables en cuestión de acceso al empleo público.

Siendo esto así, no puede extrañar observar que cuando por efecto de la aplicación de una norma es obligado para las Administraciones públicas subrogarse en contratos laborales preexistentes, el efecto de tales

singularidades supone que los trabajadores subrogados no puedan igualarse en términos de reconocimiento de permanencia y derechos a los empleados públicos (funcionarios o laborales). Por ello, cuando por ejemplo analizábamos la declaración de cesión ilegal de trabajadores, se concluía por la doctrina y la jurisprudencia que, efectivamente, uno de sus efectos era la subrogación de la Administración en los contratos realizados en forma ilegal, pero los trabajadores pasaban a ser laborales indefinidos no fijos, lo cual en ningún caso puede ser comparable con la situación de un empleado público laboral (TSJ de Andalucía, Sevilla Sala de lo Social, Sección 1ª, de 11 mayo 2017, RJ. 1347/2016).

Lo normal es que las relaciones laborales asumidas se rijan por la legislación laboral, debiendo tener en cuenta que existen también relaciones laborales especiales (por ejemplo la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección regulada por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto), que presentan singularidades.

El problema será menor si la integración lo fuera en una entidad privada que perteneciera al sector público, es decir, una sociedad pública o una fundación, dado que las mismas tienen un régimen jurídico y de funcionamiento en el que todavía perviven ámbitos propios del régimen jurídico-privado. No obstante, debemos reconocer que esto es cada vez menos cierto, pues de la *huida del Derecho* administrativo estamos *ya de vuelta*, y muchos de los aspectos jurídicos y económicos que inicialmente justificaron la creación en el sector público de estas personificaciones han dejado de ser aplicables para pasar su regulación a ser más coherente con la regulación del sector público al que al fin y al cabo pertenecen.

Es la existencia de especiales procedimientos de acceso al empleo público lo que más escollos plantea. A diferencia de lo que ocurre en la contratación laboral entre privados en la que existe total libertad del empleador para elegir aquél que más adecuado considere para desempeñar el puesto, la contratación en el sector público no puede ser discrecional y debe realizarse a favor de los candidatos que acrediten mayor mérito y capacidad en relación con las cualidades profesionales necesarias para el desempeño adecuado de las funciones propias del puesto a cubrir.

Esta incompatibilidad entre los principios de Derecho público de acceso a la función pública y el principio laboral de estabilidad en el empleo se presenta singularmente en los contratos de duración indefinida. Los contratos laborales temporales en los que se subroga la Administración tienen, por definición, fecha de extinción.

En este sentido, es importante comprobar que existe una clara identificación de los trabajadores con contra-

to laboral temporal y de los trabajadores con contrato laboral indefinido. Los contratos temporales generarán obligaciones e indemnizaciones, todos ellos costes que deberán ser tenidos en cuenta en la valoración de la modificación de la forma de gestión. Estos contratos pueden dar lugar a problemas, porque la contratación temporal necesariamente tiene que estar justificada conforme a ET. La asunción de un contrato *irregularmente* temporal incrementa la litigiosidad y el coste de la reinternalización. Por otra parte, la conversión de contrataciones temporales en indefinidas da lugar a responsabilidad de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional cuadragésimo tercera ya comentada más arriba

Pero donde se presenta verdaderamente el problema de integración es en relación con los trabajadores laborales indefinidos subrogados, porque, en virtud de la normativa administrativa sobre función pública no pueden pasar a ser laborales indefinidos de una Administración pública.

Este escollo ha sido solventado por la jurisprudencia mediante la utilización de la figura del contrato laboral indefinido no fijo. Conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial (vid. por todas Tribunal Supremo, sentencia de 20 de enero de 1998) el carácter de indefinido de estos contratos solo implica *“desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término”* lo cual no supone ni que se consolide el puesto, ni que se adquiera la condición de fijo en la plantilla.

La regularización de la situación del laboral indefinido no fijo exige la decisión administrativa sobre el carácter estructural o no de las funciones desempeñadas. En el caso de que la respuesta sea afirmativa se deberá crear el correspondiente puesto en la plantilla orgánica e incluirlo en la oferta de empleo público en cuanto las limitaciones legales (tasa de reposición de efectivos) y económicas lo permitan. Por ello, debe comprobarse que los trabajadores subrogados, constanding en plantilla que están perfectamente identificados.

Caso de entender que no es procedente la creación de un nuevo puesto deberá amortizarse la plaza y procederse al despido del contratado en los términos previstos en la normativa laboral.

En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta que los trabajadores subrogados no tienen ningún tipo de preferencia en relación con la cobertura de las nuevas plazas, debiendo presentarse en términos de igualdad con respecto a los demás ciudadanos candidatos. Caso de que el trabajador indefinido no fijo no acceda a la plaza (por no presentarse o por no aprobar) al momento de la

¹³Vid. por todos el análisis Alfonso Mellado, “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales” en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, num. 69, 2017, 22 a 35.

efectiva cobertura de la misma deberá procederse a su despido. En este sentido es importante tener en cuenta que tal extinción del vínculo laboral dará lugar a la pertinente indemnización (doctrina ya reiterada al respecto del Tribunal Supremo, tal y como pone de manifiesto en su reciente sentencia, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 257/2017 de 28 Mar. 2017, Rec. 1664/2015)

Deberá comprobarse que en el análisis de costes asociados al proceso de reinternalización aparecen todos los anteriores costes asociados a los procesos de selección.

Por otra parte, en tema de reorganización de plantillas y oferta de empleo público hay que tener en cuenta las restricciones presupuestarias que se han venido dando en los últimos años. En consecuencia, en la modificación de la forma de gestión nos encontramos ante la aporía que representa, por una parte, obligar a asumir los trabajadores; por otra obligar a reorganizar y cumplir las normas sobre acceso al empleo público; y por otra, obligar a respetar las normas presupuestarias limitativas o restrictivas en la incorporación de nuevo personal.

Las expresadas contradicciones se han intentado solucionar por la doctrina con arreglo a diferentes explicaciones, que no dejan de ser forzadas¹³. El problema se presenta porque en todas estas actuaciones existe contradicción a nivel de principios y habrá, por lo tanto, que realizar una interpretación integradora priorizando los principios aplicables y teniendo en cuenta que estas restricciones son coyunturales.

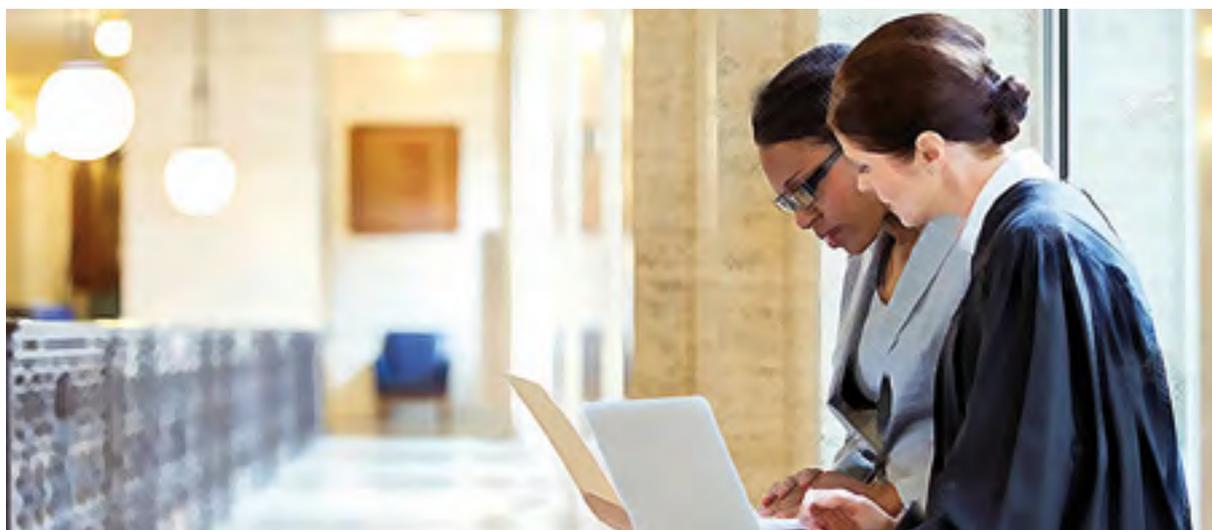
3. SEGUIMIENTO EN EJERCICIOS FUTUROS DE LAS OPERACIONES DE REINTERNALIZACIÓN

Comenzábamos nuestro escrito observando que las reinternalizaciones deben fiscalizarse teniendo en cuenta que nos enfrentamos ante un proceso dilatado en el tiempo. De nada nos puede valer una fiscalización que observe que se han cumplido las formalidades necesarias del expediente, que se han realizado informes jurídicos, económicos y de reestructuración de recursos humanos, si posteriormente no se corrobora la bondad de tales estimaciones y que se han cumplido todos los aspectos que inicialmente se determinaron debían realizarse a los efectos de regularizar la situación.

Por ello en caso de reversiones deberemos plantear fiscalizaciones de seguimiento en ejercicios futuros .

Uno de los objetivos de nuestro seguimiento será la comprobación de que las previsiones económicas eran acertadas, lo que implica un análisis comparativo de costes.

Cuando la reinternalización se realice mediante entidad pública empresarial o sociedad pública debe



realizarse una evaluación constante y supervisión continua de la eficacia de la forma de gestión elegida.

En el caso de caso de subrogación laboral de los trabajadores, además, deberán revisarse las plantillas orgánicas o relación de puestos de trabajo y confirmar que siguen dando imagen adecuada de los efectos sobre la misma provocados por la reinternalización. Debe evitarse la desaparición documental de las situaciones de temporalidad y la consolidación en los puestos de trabajo por el mero paso del tiempo.

Se comprobará que se han realizado las actuaciones conducentes a evitar la temporalidad que supone la existencia de contratos indefinidos no fijos (oferta de empleo pública, convocatorias de acceso y cobertura de los puestos de acuerdo con la normativa sobre empleo público aplicable). Y se comprobará qué costes efectivos han producido estas actuaciones, comparándolo con la estimación, si bien teniendo en cuenta en este caso que existen variables humanas (no se presentan, no aprueban) que pudieran justificar un juicio no demasiado estricto en relación con las desviaciones que por este concepto se observen.

4. CONCLUSIONES: CUADRO RESUMEN DE COMPROBACIONES

Se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

1.-Adecuada calificación jurídica del supuesto y situación de la que se parte:

1.1.-Competencia, título legitimante y tipo de la actividad ejercida por la administración pública

1.2.-Identificación de la situación previa a la decisión de reinternalización; forma de gestión previa; informe sobre los costes económicos con suficiente horizonte temporal a pasado..

1.3.-Identificación de los aspectos sociales y medioambientales implicados en la contratación y su consideración para la toma de decisiones.

2.-Expediente de modificación de la forma de gestión

2.1.-Existencia de un expediente propio

2.2-Proposición de modificación emitida por el órgano competente.

2.3.-Informes jurídicos sobre la propuesta.

-Valoración jurídica acerca de la posibilidad de proceder a la modificación propuesta: requisitos formales y procedimentales.

-En su caso, aspectos mercantiles, civiles, patrimoniales derivados de la modificación propuesta, (deberán tener reflejo en el informe económico a realizar o realizado).

-Existencia de contrato administrativo, tipología, duración y vigencia, posibilidad de resolución anticipada y efectos jurídicos de la misma (deberán reflejarse también en el informe económico).

- Subrogación de trabajadores,(si procede) justificación legal, análisis de los efectos en la plantilla orgánica, indemnizaciones por despido, tasa de reposición, y oferta pública de empleo a realiza (puede acompañarse o precisar la existencia de informe de los servicios de recursos humanos).

2.4-Informes de los servicios técnicos y económicos:

-Análisis de la posibilidad de realización por la Administración de la prestación: inversiones, necesidades de personal, mantenimiento del adecuado estándar de calidad de servicio y consideraciones sociales y medioambientales.

-Análisis comparativo de costes: cuantificación y comparación teniendo en cuenta además los costes asociados a la modificación y todos los costes

económicos asociados de la nueva forma de gestión propuesta. Se debe realizar en forma realista y para la reinternalización concreta, por lo que deberán considerarse todos los posibles costes asociados a la liquidación de la anterior forma de gestión, las inversiones a realizar, indemnizaciones de todo tipo, posibles subrogaciones laborales, litigios, y costes derivados del proceso de adaptación de la plantilla orgánica pública a la actividad asumida.

2.5.-Acto administrativo emitido por órgano competente por el que se acuerda la modificación de la forma de gestión. Acto motivado.

-Se ha justificado el cambio en la forma de gestión conforme al criterio primario de sostenibilidad y eficiencia de la gestión

3. Otras comprobaciones:

3.1.-En el caso de que la forma de gestión propuesta sea directa mediante sociedad pública, debe constar memoria justificativa de sostenibilidad y eficiencia, valorada de acuerdo con criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Si es una entidad local, debe constar el informe del interventor en los términos del artículo 4 de la LOEPSF.

3.2.-En su caso, se ha realizado expediente de modificación de la plantilla orgánica aprobada del ejercicio.

-Constan en la plantilla identificados los puestos de laborales subrogados derivados de la actuación.

-El coste de la modificación de plantilla deberá estar incluido en la valoración de costes.

-la identificación en plantilla orgánica de las plazas cubiertas por indefinidos no fijos deberá constar en todas las sucesivas plantillas que se aprueben y hasta el momento en que, previos los trámites oportunos se proceda a cubrir las plazas en forma definitiva.

-deberá comprobarse, que en la valoración se han tenido en cuenta los costes asociados a los futuros procesos de selección que necesariamente deberán realizarse (costes asociados a las modificaciones de plantilla, la aprobación de ofertas públicas de empleo, las convocatorias, los costes asociados a los tribunales de selección.

-deberán constar en la valoración de costes las posibles indemnizaciones a los trabajadores asumidos que no aprueben con derecho a plaza o no se presenten a la oposición.

4. Seguimiento

4.1. Se programarán fiscalizaciones de seguimiento.

4.2. Comprobación de que las previsiones económicas eran acertadas, lo que implica un análisis comparativo de costes

4.3. La comprobación puede incluir técnicas para medir y comparar el nivel del estándar de calidad del servicio.

4.4. Repercusión de la reinternalización en las estrategias y políticas de Desarrollo sostenible de la Administración (comparativa de los aspectos sociales y medioambientales).

5. BIBLIOGRAFÍA

Alfonso Mellado, C.L., *La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 69. 2017, pp, 22 a 35.

Castillo Blanco, F. "Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm.. 58-59, 2016, págs. 72-95.

Colomé i Nin, A./ Grau i Arnau, S. "Remunicipalización" de servicios locales y competencia" en *Cuadernos de Derecho Local*, Número 43, 2017, 124-

Esteve Pardo, J., "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", *Revista de Administración Pública*, núm. 202, 2017, págs. 305-336.

Fracchia, F., "Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales entre externalización y remunicipalización", en *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, Font i Llovet, T./ Díez Sánchez, J.J. 2017, págs. 80-116.

García Rubio, F. "Pros y contras jurídico-administrativos de la "reinternalización" (remunicipalización) de servicios locales" en *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, Font i Llovet, T./ Díez Sánchez, J.J. 2017, 173-187.

Gimeno Feliú, J.M. *et al*, "Servicios Públicos e ideología", edit. Profit, 2017, Barcelona.

Haffner, R. (Dir.) et al. (2016): *Study on the financing models for public services in the E.U. and their impact on competition*. EUROPEAN COMMISSION Directorate General for Competition Brussels.

Martínez Fernández J.M., "La remunicipalización de servicios" en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, num. 9, 2017, 1195-1212.

Mauri Majós, J. "Consecuencias de la remunicipalización en materia de Personal", en *Cuadernos de Derecho Local*, Número 43, 2017, 79-123.

Todolí Signes A. /Martínez Saldaña D. *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijo* Aranzadi, 2017, Pamplona.

Tornos Mas, J., "La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales" en *Cuadernos de Derecho Local*, Número 43, 2017 págs. 12-30