

## **JURISPRUDENCIA**

---

**Comentarios monográficos**

**Notas de jurisprudencia  
contencioso-administrativa**

**Notas de jurisprudencia del  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

**Notas de jurisprudencia de la Corte  
Interamericana de Derechos Humanos**



# LA SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN CASOS DE REVERSIÓN DEL SERVICIO: UNA VUELTA DE TUERCA<sup>1</sup>

EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN  
Universidad de Oviedo

## *Cómo citar/Citation*

Menéndez Sebastián, E. M.ª (2022).  
La subrogación de personal en casos de  
reversión del servicio: una vuelta de tuerca.  
*Revista de Administración Pública*, 218, 125-146.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.04>

## **Resumen**

Desde hace tiempo la jurisprudencia de lo social viene haciendo una interpretación extensiva de la sucesión de empresa y de la subrogación de personal al ámbito del sector público y, en concreto, a los supuestos de reversión del servicio. Postura que, si ya era difícil de conciliar con determinadas previsiones de derecho administrativo, tras la STS 270/2022, de 28 de enero, parece que el entendimiento entre ambas visiones está aún más lejos.

## **Palabras clave**

Sucesión de empresa; subrogación de personal; reversión y empleo público.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se incardina en el proyecto «Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo» Ref. PID2020-118499GB-C33, dirigido por los profesores Paz Menéndez Sebastián e Ignacio González del Rey y concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

**Abstract**

For some time now, the case law of the social courts has been interpreting company succession and subrogation of personnel extensively in the field of the public sector and, specifically, in cases of reversion of the service. If this position was already difficult to reconcile with certain provisions of administrative law, following STS 270/2022, of 28 January, it seems that the understanding between the two views is even further away.

**Keywords**

Company succession; subrogation of staff; reversion and public employment.

## SUMARIO

---

I. PLANTEAMIENTO. II. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE DE LA NORMATIVA APLICABLE: 1. Marco jurídico-administrativo de referencia: imprescindible para entender el supuesto y calificarlo. 2. La normativa laboral: ¿realmente una reversión del servicio puede equipararse a una sucesión de empresa? 3. La interpretación extensiva de la sucesión de empresa realizada por la jurisprudencia. III. UN PASO MÁS EN LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: LA STS 270/2022, DE 28 DE ENERO. IV. REFLEXIÓN FINAL.

---

### I. PLANTEAMIENTO

Si desde hace un tiempo se aprecian ciertas dificultades para reconciliar las posturas mantenidas por administrativistas y laboristas en cuanto a la contratación laboral indefinida en la Administración<sup>2</sup>, a mi juicio, dos hitos recientes han venido a ahondar en mayor medida, incluso, en este desencuentro; me refiero a la reforma laboral<sup>3</sup>, de un lado, y a la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de otro, particularmente por lo que se refiere al tema concreto de la subrogación de personal en casos de reversión del servicio<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A estas posiciones distantes se ha referido de forma muy clara R. Jiménez Asensio (2021), «Transformar el empleo público (I): ¿función pública o empleo público?», *La Mirada Institucional* (<https://rafaeljimenezasensio.com/2021/05/04/transformar-el-empleo-publico-i-funcion-publica-o-empleo-publico/>).

<sup>3</sup> En relación con la misma cabe destacar la reciente obra colectiva dirigida por J. García Murcia (2022), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, Oviedo: KRK; o el trabajo de P. Gómez Caballero (2022), «El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre», *Temas Laborales*, 161, págs. 431-445.

<sup>4</sup> Un tema que en los últimos tiempos ha hecho correr ríos de tinta. Así, entre otros, cabe citar a J. Tornos Mas (2016), «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59, págs. 32-49; J. M<sup>a</sup>. Gimeno Feliú (2016), «Remunicipalización de servicios locales y Derecho Comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59, págs. 50-71; J. Esteve Pardo (2017), «El movimiento remunicipalizador. Experiencia».

A esta última cuestión responde este trabajo, en el que, en particular, se tratará de exponer la evolución de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo al respecto —siguiendo la dirección apuntada por el TJUE—, con ocasión de lo que supone, a mi juicio, un nuevo hito importante en este camino *in crescendo* que parece no tener fin. Una renovada postura, que supone una vuelta de tuerca en la carrera por la consolidación de personal procedente, incluso, de concesionarias o contratistas en la plantilla de las Administraciones, y de la que es clara muestra la Sentencia 270/2022, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2022:270).

Se tratará también de analizar las implicaciones y los puntos de fricción que tal posicionamiento conlleva respecto a ciertas previsiones e, incluso, yo diría, principios elementales del derecho administrativo y del funcionamiento mismo de las Administraciones públicas, que no pueden ser obviados en el tratamiento de un tema como este en el que es preciso tomar en cuenta el marco jurídico en que tales supuestos se enmarcan desde una perspectiva global e integradora, es decir, teniendo presente tanto la regulación de carácter laboral como la propia del derecho administrativo, la cual se expondrá brevemente a tal fin.

---

cias y expectativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 60, págs. 4-11; J. Colomer I Missé (2015), «La remunicipalización de la gestión de servicios municipales», *Ecología Política*, 49, págs. 108 y ss.; J. Ortega Bernardo (2016), «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Revista de Información Laboral*, 6; A. de la Puebla Pinilla (2016), «Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, 17; S. Rodríguez Escanciano (2015), «La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales», *Seminari sobre relacions col·lectives*, Federació de Minicipis de Catalunya; O. García Coca (2017), «Sucesión de empresa y reversión de los servicios públicos», *Temas Laborales*, 136, págs. 223-236; M. Treviño Pascual (2017), «El supuesto de “sucesión de plantillas” en caso de reversión de servicios públicos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 47; S. Yagüe Blanco (2018), «Reversión de actividades externalizadas en el sector público y sucesión de empresa. Algunas cuestiones en torno a la delimitación del supuesto de hecho», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9, págs. 991-1009; J. Gorelli Hernández (2019), «Vías para la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7; J. García Murcia y A. Ceinos Suárez (2019), «Reversión de servicio público previamente descentralizado desde la perspectiva de la transmisión de empresa», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3; A. Ceinos Suárez (2019), «La reversión de actividades a la Administración pública de actividades externalizadas», en J. García Murcia (dir.), *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales. Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Navarra: Aranzadi; A. Villalba Sánchez (2020), «La garantía de los derechos de los trabajadores afectados por una sucesión de empresa frente a los principios rectores del acceso al empleo público: comentario a la STSJ Andalucía de 13 de junio de 2019 (AS 2019, 1740)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 228, págs. 231-239; o L. Fernández-Caballero Lamana (2021), *La sucesión de empresas en las Administraciones Públicas y su impacto en el empleo público*, Navarra: Aranzadi; entre muchos otros.

En definitiva, el principal objetivo de este trabajo es analizar la evolución jurisprudencial respecto a las consecuencias laborales del paso de la gestión indirecta a la gestión directa de los servicios públicos (reversión)<sup>5</sup>.

## II. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE DE LA NORMATIVA APLICABLE

De este modo, en primer lugar, procede exponer brevemente el problema de fondo y el marco normativo de aplicación al mismo. Sin entrar a su desarrollo, sí se debe tener en cuenta la variedad de supuestos que pueden darse cuando se habla de cambios en la gestión de los servicios públicos, pues no todos ellos se reducen al mismo caso, y, por ende, las normas aplicables también son dispares. Así, las opciones de cambio que conllevan dudas respecto al personal que venía realizando las prestaciones son considerables, tanto del paso de la gestión indirecta a la directa, por ejemplo, con la reversión, como a la inversa, la externalización del servicio<sup>6</sup>, o, incluso, los cambios dentro de cada una de estas formas, es decir, el paso dentro de la gestión directa de un ente a otro o el cambio dentro de la gestión indirecta de un contratista o concesionario a otro<sup>7</sup>.

No obstante, a mi juicio, dentro de esos distintos supuestos y de los problemas de tipo laboral que pueden derivar de los mismos, merece una atención destacada el referente a la subrogación de personal y a la correspondiente sucesión de empresa, de forma particular cuando se produce la reversión de un servicio público. Y ello, porque no debemos perder de vista que en estos supuestos se trata de incorporar a los trabajadores de una empresa contratista o concesionaria

---

<sup>5</sup> También en estos casos se han empleado otros términos, como el de «remunicipalización», expresión que, a mi juicio, no es del todo adecuada, pero que ha proliferado en los últimos años para referirse a la decisión de las Administraciones, normalmente entes locales (de ahí la expresión utilizada), de pasar de la gestión indirecta a la directa en la prestación de servicios públicos. También se habla de «reinternalización» o «república», tal y como explica A. Ceinos Suárez (2019: 281).

<sup>6</sup> Que es el supuesto que menos problemas ocasiona, por cuanto se trata de personal de la propia Administración. Sin embargo, pueden encontrarse casos en que ese personal pasa o es asumido por la empresa, así, por ejemplo, el de la STS de 12 de diciembre de 2002, en la que se entendió que se trataba de un supuesto de sucesión de empresas cuando un colegio dedicado a la enseñanza cede el arrendamiento a otra empresa los servicios de cocina y limpieza. Es decir, se trata de un contrato de arrendamiento y de la subrogación de personal contratado por el colegio a la empresa arrendataria que pasa a prestar el servicio. Aunque en un supuesto similar se resolvió en sentido contrario, por ejemplo, en la STS de 25 de octubre de 1996, Sala de lo Social (RJ\1996\7793).

<sup>7</sup> A esta variedad de supuestos ya me he referido con mayor profundidad en E. M<sup>a</sup>. Menéndez Sebastián (2018), «Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos», *REDA*, 193, págs. 127-155.

en la plantilla de una Administración, lo que sin duda choca frontalmente con los sistemas de acceso al empleo público y los más elementales principios constitucionales en la materia.

Por lo que se refiere al marco normativo aplicable a este caso concreto, muy brevemente, cabe apuntar en una doble dirección, es decir, tanto a las normas de derecho administrativo que cuentan con previsiones al respecto como aquellas propias del derecho laboral, que, precisamente viene aplicando la Sala Cuarta del TS en su polémica jurisprudencia que, por otro lado, no debemos olvidar que es consecuencia en gran medida de lo dicho por el TJUE en estos asuntos.

## 1. MARCO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE REFERENCIA: IMPRESCINDIBLE PARA ENTENDER EL SUPUESTO Y CALIFICARLO

Por lo que a las primeras se refiere, a mi juicio, cabe traer a colación al menos cuatro normas esenciales, el art. 103 de la CE, el Texto Refundido del Estatuto Básico de los Empleados Públicos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, 30 de octubre (TREBEP), la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), cuando de la reversión de servicios locales se trata.

De este modo, en primer lugar, es preciso tener en cuenta que nuestra Constitución ha reconocido el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, además de ser imprescindible atender a los principios de mérito y capacidad en el mismo, que han inspirado el sistema de acceso de empleo público regulado en el TREBEP.

De otro lado, en este tema es necesario tomar en consideración también una norma esencial en cuanto a las formas de gestión de los servicios públicos (locales), me refero a la LBRL y, en concreto, al grado de discrecionalidad en la elección en esa forma de gestión, a cuyos efectos resulta imprescindible recurrir a la noción de buena administración<sup>8</sup>.

En efecto, como ya he tenido ocasión de explicar en otros trabajos<sup>9</sup>, existe una fuerte imbricación entre servicio público y buena administración. Y es que la nueva perspectiva que esta rama del derecho ha ido adquiriendo, poniendo el

<sup>8</sup> Una noción jurídica a la que ya me he referido en E. M.<sup>a</sup> Menéndez Sebastián (2021), *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid: Marcial Pons. Y en cuya elaboración destaca la doctrina francesa, en particular, la tesis doctoral de la profesora R. Bousta (2010), *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris: L'Harmattan; así como los múltiples trabajos del profesor Juli Ponce, entre los que hay que mencionar J. Ponce Solé (2001), *Deber de una buena administración y derecho al procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid: Lex Nova.

<sup>9</sup> E. M.<sup>a</sup> Menéndez Sebastián (2020), «La buena administración en la gestión de los servicios públicos», en L. Tolivar Alas y M. Cueto Pérez (coords.), *La prestación de servicios socio-sanitarios: Nuevo marco de la contratación pública*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 171-200.



acento en el ciudadano e introduciendo principios y derechos que cristalizan en una buena administración<sup>10</sup>, no puede ser ajena al ámbito de los servicios públicos, sino al contrario, en el mismo adquiere aún más sentido.

Vinculada a la mejora de la toma de decisiones y del funcionamiento, la buena administración jugará un papel crucial en la elección misma de la forma de gestión de los servicios públicos, pues no se trata en absoluto de una decisión libre para la Administración, como también se desprende de la actual redacción de la LBRL cuando exige que los servicios públicos de competencia local sean gestionados de la forma más sostenible y eficiente posible de entre las enumeradas en el precepto en cuestión<sup>11</sup>.

En definitiva y por lo que aquí interesa, lo que quiero explicitar es que la Administración no es libre para decidir la forma de gestionar un servicio público, sino que esa decisión deberá ser aquella que, tras el análisis de los datos y la evaluación de las posibles consecuencias, se acredite que es la mejor opción, lo cual habrá de motivarse debidamente. En fin, la decisión, aunque discrecional, no es libre, sino que ha de superar el test jurídico correspondiente<sup>12</sup>.

Por último, en cuanto a las normas de derecho administrativo con incidencia en la materia, está sin lugar a dudas la LCSP. En primer lugar, no podemos olvidar que tanto las directivas de contratos públicos, así como de concesiones, como esta norma, regulan la opción perfectamente legal de acudir a la contratación externa para hacer frente a diversas necesidades.

En segundo lugar, es evidente que a la cuestión aquí analizada responden las previsiones de los arts. 308.2 y 312, f). Aunque llama la atención que ambos se refieran al contrato de servicios y no a la concesión de servicios, donde en los últimos tiempos se viene generando también el problema<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Como bien ha indicado J. Rodríguez-Arana (2013), «La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6, págs. 23-56 (pág. 23).

<sup>11</sup> Art. 85 LBRL. En relación con este tema, T. Font I Llovet (2019), «Gestión de servicios sociales: ámbito autonómico y local», en *La prestación de servicios socio-sanitarios: nuevo marco de la contratación pública*, Oviedo.

<sup>12</sup> Dentro de los límites con los que la Administración se encuentra en la toma de estas decisiones, han de mencionarse cuanto menos dos principios, el de interdicción de la arbitrariedad y el de proporcionalidad. Y todo ello sin olvidar que la propia CE ha consagrado implícitamente un auténtico deber jurídico de medios, el deber de buena administración, como bien ha indicado J. Ponce Solé (2016), «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local*, pág. 92.

<sup>13</sup> Recuérdese que en la LCSP, la diferencia entre el contrato de servicios con prestaciones a la ciudadanía y la concesión de servicios se ciñe a la concurrencia o no del riesgo operacional, que debe darse en las concesiones. Al respecto, véase, entre otros, I. Gallego Córcoles (2011), «Distinción entre el contrato de concesión de servicios y

El art. 308.2 de la LCSP prevé dos cuestiones fundamentales, en primer lugar, se determina que en ningún caso se puede canalizar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los menores. Si bien esta previsión podría estar pensando, por el carácter instrumental de los viejos contratos de servicios, en el problema de la contratación fraudulenta de personal por esta vía, que en gran medida dio lugar a la creación jurisprudencial de la figura del «indefinido no fijo de plantilla», me refiero al contratista persona individual con el que se conciertan contratos de este tipo de forma sucesiva para cubrir necesidades permanentes, cuando realmente debe acudir a la contratación laboral o a dotar en la plantilla de una plaza de funcionario; lo cierto es que cabe extraer con carácter general la prohibición de la posibilidad de acudir a un contrato de servicios con una empresa para cubrir necesidades de personal<sup>14</sup>. Algo que no es ajeno a nuestro panorama, donde pueden encontrarse las llamadas «plantillas paralelas» creadas por esta vía.

Sin embargo, lo que es evidente también es que tiene que ser viable un empleo correcto de estos contratos administrativos, o, de lo contrario, su regulación no tendría sentido, y no olvidemos que es la propia Unión Europea la que lo reglamenta en las directivas de contratos. De tal manera que, cabe concluir que cuando la Administración acude a los contratos de servicios o de concesión de servicios, por lo que luego se dirá, en aquellos casos que la LCSP lo permite y no, por tanto, para cubrir o *encubrir* necesidades de personal —lo que entiendo sucede en aquellas circunstancias en las que tienen plena cabida estas figuras contractuales de derecho administrativo—, las reglas a aplicar serán las propias de esta norma (LCSP) y las consecuencias también.

La segunda precisión que hace el precepto examinado es 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 de la entidad contratante, a cuyo fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponde a la empresa contratista<sup>15</sup>.

En la misma línea apunta el art. 312, f), que regula algunas particularidades del contrato de servicios cuando este conlleva prestaciones directas a favor de la

---

el contrato de servicios», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 11, págs. 56-61.

<sup>14</sup> Aunque a este respecto cuanto menos surge la duda de que en ese caso no se produzca más bien una cesión ilegal de trabajadores del art. 43 del ET.

<sup>15</sup> Precisamente en esta línea la LPGE/2017 (disposiciones adicionales vigésimo sexta y trigésimo cuarta) se inclinó claramente por la no integración e, incluso, la prohibición de actuación de la Administración en esta dirección, aunque bien es cierto que dichas previsiones fueron en parte declaradas inconstitucionales por cuestiones formales, al no ser propias de este tipo de normas (STC 122/2018, de 31 de octubre); en términos similares también la DA 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

ciudadanía. En este caso, prevé una serie de medidas con la intención de evitar la confusión de plantillas de la Administración y de la empresa contratista, como resulta evidente para eludir las consecuencias de una reclamación de integración de ese personal a la conclusión del contrato<sup>16</sup>. Estas previsiones deben extrapolarse a las concesiones de servicios, dado que la actividad es la misma, con la diferencia de que haya o no riesgo operacional.

Desde esta perspectiva, por tanto, tal y como se deduce de la normativa expuesta, o bien en aquellos casos en los que la jurisprudencia de lo social<sup>17</sup> entiende que procede la sucesión de empresa debemos entender que la Administración no cumplió lo prescrito en los citados arts. 308.2 y 312,f) de la LCSP<sup>18</sup>, o de lo contrario existe una incompatibilidad entre lo previsto en la normativa de contratación pública y el Estatuto de los Trabajadores (ET) o una extensión excesiva por vía judicial del art. 44 del ET, sin tener en cuenta otras normas como la LCSP o en su día la LPGE/2017.

En mi opinión, esta última opción es la que se está produciendo en la actual jurisprudencia aquí analizada —que deriva en gran medida de la propia del TJUE—, por cuanto sí es posible una interpretación coherente y armoniosa del régimen laboral y administrativo, es más, ello debe pasar, en primer lugar, por clarificar en qué supuestos se aplica la Directiva 2001/23/CE —a la que me referiré más tarde— y cuándo se puede acudir a los contratos de servicios y/o concesiones de servicios de la normativa de contratos públicos.

Por último, por lo que se refiere a la LCSP, es indudable que la redacción actual del art. 130 de la misma, respecto a la subrogación, en algún extremo no facilita la coherencia necesaria en este caso. Y es que la vigente norma introdujo en este tema dos novedades, una relativa a la información cuando se produce una subrogación del personal entre la empresa contratista anterior y la nueva —donde realmente se suceden dos empresas<sup>19</sup>—, y, la otra, más interesante por lo que aquí se refiere, la

<sup>16</sup> En particular, establece que: «Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones».

<sup>17</sup> Por ejemplo, la Sentencia 8/2017, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 21 de marzo de 2017; la del TS de la Sala Cuarta de 20 de febrero de 2018, o, con posterioridad, otras como la 249/2019, de 26 de marzo, comentada por J. García Murcia y A. Ceinos Suárez (2019). O más recientemente la STS 270/2022, de 28 de enero.

<sup>18</sup> O en su momento el art. 301.4 del TRLCSP.

<sup>19</sup> Se trata de la obligación de información que en cuanto a la subrogación de personal entre empresas que, en su caso, proceda. Y es que ahora esa información se instrumenta a través del órgano de contratación, siendo además necesario que se refleje en

previsión de la posibilidad de que al producirse una reversión del servicio, es decir, que pase la Administración a prestarlo, pueda producirse una subrogación.

En mi opinión, se trata más bien de una declaración sin grandes consecuencias prácticas, pues se limita a prever tal opción cuando así lo exija una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación de eficacia general. E, incluso, cabe plantearse si esa previsión es coherente y compatible con otros preceptos de la propia LCSP, ya analizados.

Por lo dicho hasta el momento, es fácil concluir que la trascendencia real del precepto debería ser mínima, pues las normas que han hecho previsiones de este tipo, al menos hasta el momento, parecen inclinarse claramente por la no integración e, incluso, la prohibición de actuación de la Administración en esta dirección. Y de otro lado, se debe tener en cuenta que la vía de los convenios colectivos es también residual, pues debe tratarse de supuestos en que sean de aplicación a la Administración en cuestión —tal y como ha dicho el propio TS<sup>20</sup>—, lo que resulta harto complicado.

De otro lado, hay que tomar en consideración la aplicación preferente de la LCSP en estos casos, dado que se trata de una norma especial, que contiene particularidades para este ámbito, un ejemplo de ello es que el art. 130.6, en cuanto a las obligaciones de la empresaria cesionaria respecto de los salarios impagados y cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores subrogados no prevé —a diferencia del art. 44 del ET para algún supuesto (3 años en transmisión inter vivos)— la responsabilidad solidaria, sino solo del contratista inicial, es decir, de quien no procedió a cumplir con sus obligaciones, pudiendo a tales efectos la Administración no devolver la garantía definitiva. Incluso se prevé ese impago como causa de resolución del contrato, lo que supuso también una novedad importante.

Aunque es evidente que quedan otras previsiones interesantes de la LCSP, valga ahora simplemente hacer referencia a otro aspecto regulado en esta norma y que puede ser determinante para una correcta aplicación del complejo marco normativo en que se incardina el supuesto aquí analizado, me refiero al tema de la titularidad de los bienes.

Y es que considero que resulta relevante tener en cuenta que una consecuencia de la finalización de una concesión es la reversión de ciertos bienes a la Administración, previsión que se establece, como ahora se verá, tanto en el art. 291 para la concesión de servicios como en el art. 312, b) *in fine* para el contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a la ciudadanía. Es decir, en todos aquellos casos que, con o sin riesgo operacional, de lo que se trata es de prestar

---

el pliego, como es lógico, pues ese dato debe conocerse para poder hacer la oferta económica de forma adecuada.

<sup>20</sup> Por ejemplo, en las sentencias de la Sala de lo Social, de 21 de abril de 2015 (RJ\2015\2177), rec. 91/14; la de 19 de mayo de 2015 (RJ\2015\2886), rec. 358/2014 o más recientemente la Sentencia 1227/2022, de 23 de marzo, rec. 108/2020 (ECLI:ES:TS:2022:1227).

un servicio a los ciudadanos y no de cubrir necesidades internas de la Administración. En esta línea puede verse también el art. 115 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL).

Así, el citado art. 291.1 de la LCSP establece que, finalizado el plazo de la concesión el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. De igual modo, el art. 312, b) fija dentro de las obligaciones del contratista la de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Es, por tanto, una consecuencia habitual de la reversión de una concesión de servicios o de un contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía, la entrega del contratista a la Administración de ciertos bienes empleados para la prestación de los mismos, que, en muchos casos, son bienes que la propia Administración ha puesto a disposición del contratista para ejecutar el contrato, mientras que, en otros, son obras que lleva a cabo el contratista que quedan afectas al servicio público<sup>21</sup>.

Lo dicho debe tenerse en cuenta, por tanto, a mi juicio, cuando los tribunales analizan si concurren en la reversión del servicio a la Administración los requisitos para hablar de sucesión de empresa, pues de apreciar, como ocurre en algún caso<sup>22</sup>, que al transferirse los medios materiales, aunque fueran puestos a disposición por la Administración al contratista, se considera que se cumple con la transmisión de un conjunto organizado de medios a efectos de estimar que se da la identidad exigida en el art. 44 del ET, debe tenerse en cuenta que de tratarse de la reversión de bienes propia de las concesiones o contratos de servicios, en el sentido de la LCSP<sup>23</sup>, se está ante otra figura, es decir, a mi juicio, en esos casos no se puede entender que se trata de una transmisión de una empresa o centro de actividad o trabajo, sino de la reversión de bienes a que se refieren la LCSP y el RSCL, si bien, como se ha visto, no es la postura ni del TJUE ni del TS, siguiendo al anterior<sup>24</sup>.

De este modo, entiendo que habría que analizar, en el caso concreto en que se transfieran medios materiales, si se trata de la reversión de los arts. 291 y 312, o

---

<sup>21</sup> Ambos tipos se encuentran en el citado art. 115 del RSCP, cuando al enumerar el contenido mínimo de las cláusulas del contrato, se refiere tanto a las obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquella, como a las obras e instalaciones de la Corporación cuyo goce se entregare al concesionario.

<sup>22</sup> La ya citada STS de 20 de febrero de 2018.

<sup>23</sup> Es decir, principalmente de obras o instalaciones afectas al servicio público, que por ello pueden incluso adquirir la condición de dominio público, pero sin descartar necesariamente los bienes muebles afectos al mismo.

<sup>24</sup> Ejemplo de ello es la ya citada STS de 20 de febrero de 2018.

realmente de una transferencia de un conjunto organizado de medios para realizar una actividad en el sentido del art. 44 del ET.

Todo ello conecta, de forma determinante, también con otro contrato administrativo, en este caso, especial, cuando se trata, por ejemplo, de la explotación de una cafetería en un edificio público o un colegio mayor. Supuestos que, por otro lado, se aproximan considerablemente a ciertos casos en que el TS ha entendido que hay sucesión de empresa, y en los que en muchas ocasiones ni siquiera se trata de un servicio público, sino de servicios al público<sup>25</sup>, que no constituyen siquiera el cometido propio de la Administración por más que se preste en sus dependencias<sup>26</sup>.

Y es que, en estos casos, se califica como contrato administrativo especial, precisamente porque su objeto comprende el propio de una concesión de servicios y una concesión de dominio público, al emplear en la prestación del primero dominio público de la Administración contratante, es decir, por su propia definición se trata de la prestación o explotación de un servicio a los ciudadanos utilizando el dominio público de la Administración.

Se trata de una muestra más de la necesidad de encontrar una interpretación coherente y armoniosa del sistema, que permita hacer compatible las reglas del derecho administrativo y las del derecho laboral. Y desde la perspectiva de la Unión Europea, la citada Directiva 2001/23/CE con las directivas de contratos y concesiones, que traspone la LCSP<sup>27</sup>.

Por todo lo dicho, en mi opinión, desde la perspectiva del derecho administrativo, cuando se trata de que la Administración pase a prestar un servicio que hasta ese momento tenía externalizado a través de un contrato, del tipo que sea, la regla general, salvo que una norma, convenio o acuerdo de carácter general aplicable al caso concreto fije la obligación de subrogar, es la no integración del personal de la empresa contratista en la Administración, de acuerdo con la propia LCSP, aunque el TS venga aceptando que de darse la transmisión del conjunto organizado de medios que encaja en el art. 44 del ET, se trata de una sucesión de empresa, influido en gran medida por las sentencias del TJUE.

En definitiva, a mi juicio, todas estas figuras, instituciones y normas propias de la Administración deberían ser tomadas en cuenta por la jurisprudencia de lo social, en el bien entendido de que, a pesar de ciertas similitudes con elementos propios de su disciplina, no son ni pueden ser lo mismo, ni, por supuesto, recibir el mismo trato, porque el hecho de que la Administración esté presente cambia

---

<sup>25</sup> E. M.ª. Menéndez Sebastián (2020), «El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos», *Revista de Administración Pública*, 212, págs. 374-399.

<sup>26</sup> Tal y como afirma la propia Sala Cuarta del TS en su Sentencia 1509/2021, de 22 de abril (ECLI:ES:TS2021:1509), precisamente en un caso de servicio de cafetería y catering que se prestaba en el INSSST y respecto del cual se produjo una sucesión entre dos contratistas sin que en ningún momento se diera la reversión.

<sup>27</sup> Es decir, las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero.

necesariamente la perspectiva —como se desprende del propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)—, por eso mismo nace el derecho administrativo, muchas veces sobre la base de instituciones de derecho privado que, no obstante, por la particularidad del sujeto (la Administración)<sup>28</sup>, hace imprescindible crear normas específicas<sup>29</sup>.

## 2. LA NORMATIVA LABORAL: ¿REALMENTE UNA REVERSIÓN DEL SERVICIO PUEDE EQUIPARARSE A UNA SUCESIÓN DE EMPRESA?

Una vez expuesto brevemente el marco jurídico-administrativo, cabe hacer una mención escueta a las dos normas de derecho laboral respecto de las cuales se está produciendo una interpretación, a mi entender, extensiva, al asimilar la reversión de un servicio público al de una sucesión de empresas en el ámbito del derecho privado. Evidentemente me refiero a 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; así como al art. 44 del ET. Si bien previamente cabe aludir también a un precepto esencial, como es el art. 45 del TFUE.

Muy brevemente, dado que a este respecto cabe remitirse a lo dicho ya con anterioridad en otros trabajos<sup>30</sup>, es preciso comenzar por recordar que el citado art. 45 del TFUE relativo a la libre circulación de los trabajadores de la Unión excluye expresamente (apartado 4) de su ámbito de aplicación a los empleados de la Administración pública, lo que pone de relieve las diferencias atinentes al personal de esta de las que es consciente el propio TFUE.

De otro lado, por lo que se refiere a la Directiva de 2001, la misma establece que 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; considerando a tales efectos que 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 accesorias; e incluyendo a las empresas públicas, pero excluyendo expresamente la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas, supuesto

<sup>28</sup> A este respecto resulta imprescindible la obra de S. Martín Retortillo (1996), *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Madrid: Civitas.

<sup>29</sup> Así es la forma en la que precisamente el *Conseil d'État* francés creó lo que hoy es el derecho administrativo, sobre la base de adaptar las normas de derecho privado a las particularidades de la Administración.

<sup>30</sup> E. Ma<sup>a</sup>. Menéndez Sebastián (2018), «¿Qué cambios en la gestión de los servicios públicos pueden implicar subrogación del personal? Una visión administrativista», *CEFLEGAL*, 213, págs. 85-122.

que claramente se produce cuando hay cambios dentro de la gestión directa, por ejemplo, a través de medios propios, así lo ha entendido la Sala Tercera del TS<sup>31</sup>.

Pues bien, lo cierto es que el debate sobre si es de aplicación al ámbito de las Administraciones y, más en particular, al supuesto de reversión está servido por varias razones, en primer lugar, porque estas cuentan con su propio régimen, al que ya me he referido, lo que está justificado por sus particularidades, que se reflejan en el propio TFUE.

En segundo lugar, la directiva incluye a las empresas públicas, y aunque es cierto que es preciso matizar, puesto que la terminología no es idéntica en todos los Estados, lo que es indudable es que las mismas ni son ni pueden equiparse a las Administraciones, premisa de base que, en mi opinión, obvia la jurisprudencia aquí analizada.

En tercer lugar, si la reorganización administrativa está excluida expresamente del ámbito de aplicación de la directiva, nuevamente por la particularidad del personal de las Administraciones, que no olvidemos cuenta con sus propias figuras y régimen jurídico, con mayor razón debe dejarse fuera la reversión, pues acaso ¿tiene sentido que si no se entiende que hay sucesión de empresa entre un medio propio de la Administración y la misma, se produzca cuando el personal proviene de una empresa privada contratista o concesionaria de la Administración? Cuando, además, ese cambio en la forma de gestión del servicio público es una decisión (no libre por lo que se ha dicho) de la Administración, que cuenta con su propia regulación.

Y es que la finalidad misma perseguida por la directiva es proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, manteniendo sus derechos<sup>32</sup>, lo que tiene sentido dentro del ámbito privado, en que las empresas empleadoras se someten a un mismo régimen, pero lo pierde cuando en nuestro sistema el personal de las Administraciones tiene reglas, especialmente de acceso, muy diferentes.

Es más, debe tenerse en cuenta que la Administración no actúa como una empresa<sup>33</sup>, no es una organización con el fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria, ni en puridad su actividad puede equiparse a la que se

<sup>31</sup> Por ejemplo, recientemente en la Sentencia 928/2022 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:928).

<sup>32</sup> Como recoge su considerando 3 y recuerda la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en las sentencias de 26 de noviembre de 2015, caso *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra Luis Aira Pascual y Otros* (TJCE\2015\283); de 20 de julio de 2017, caso *Luis Manuel Piscarreta Ricardo contra Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación y otros* (JUR\2017\200816).

<sup>33</sup> Así, como bien afirma R. Jiménez Asensio (2021), «por mucho que se empeñen algunos, la Administración Pública no es una empresa, aunque deba actuar con criterios de eficacia y eficiencia en la gestión. Los responsables públicos no son “sus empresarios”, sino gestores transitorios de quienes tienen —permítanme la licencia— la titularidad de las acciones públicas: esto es, la propia ciudadanía. Sus fines y sobre todo su sentido institucional es diferente».



hace en el mercado en competencia con otros operados<sup>34</sup>, sino que es una persona jurídica cuya finalidad es estar al servicio de la comunidad, que debe garantizar la prestación de ciertos servicios a los ciudadanos, lo que puede hacer con sus propios medios o mediante la gestión indirecta por vía contractual<sup>35</sup>.

No obstante, teniendo en cuenta la citada directiva y la aplicación extensiva que de la misma hace el TJUE, el TS sigue su estela extendiendo la figura de la sucesión de empresa<sup>36</sup> (art. 44 del ET) a supuestos que muy dudosamente deberían encajar en la misma, como es el de la reversión de los servicios públicos, generando un conflicto irresoluble con el derecho administrativo y la propia lógica de funcionamiento de la Administración y de lo que es la misma, a la vez que genera distorsiones en el empleo público muy difíciles de aceptar.

### 3. LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA REALIZADA POR LA JURISPRUDENCIA

Una vez expuesto el marco normativo, cabe referirse a la aplicación que del mismo se ha venido realizando por la Sala Cuarta del TS, siguiendo la dirección marcada por el TJUE.

Y de un estudio de la misma, cabe concluir que, según el TS, para saber si se produce o no una sucesión empresarial, con independencia de que exista o no un

<sup>34</sup> En efecto, esa expresión es utilizada por el TJUE para precisar qué servicios se incluyen dentro del ámbito de la directiva, generando la duda de si con ello se refiere en exclusiva a aquellos que están liberalizados y en los que la Administración puede intervenir a través de empresas públicas, que se someten a las mismas reglas o, por el contrario, encajarían también los servicios públicos en sentido clásico, siempre que sean susceptibles de explotación económica por los particulares, en términos del propio art. 284.1 de la LCSP.

<sup>35</sup> En esta línea, debemos atender a lo que el propio TJUE ha dicho respecto al concepto de «actividad económica», dado que mantiene que se aplica a cualquier actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado, excluyendo por principio las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, mientras que los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, pueden ser calificados de «actividades económicas» a efectos del art. 1 de la directiva, por ejemplo, apartado 34 de la sentencia de 20 de julio de 2017, caso *Luis Manuel Piscarreta Ricardo contra Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación y otros* (JUR\2017\200816).

<sup>36</sup> Y es que el TJUE ha admitido que se produzca la sucesión de empresas en todos los supuestos de reversión, sino en casos puntuales, particularmente, cuando el propio Ayuntamiento asume la plantilla, algo que a mi juicio está proscrito por la propia LCSP y, en su día, la LPGE/2017. En este sentido, es preciso no confundir la causa y la consecuencia, es decir, ¿hay subrogación de personal porque se produce una sucesión de empresa o existe sucesión de empresa porque se procede, entre otras cosas, a la subrogación del personal? Si bien es cierto que un paso decisivo en esta cadena ha sido la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, en la que se basa la comentada STS 270/2022, aunque en este caso también había habido subrogación voluntaria de personal por parte del Ayuntamiento de Pamplona.

negocio jurídico entre cedente y cesionario, lo determinante es que se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad<sup>37</sup>.

A tales efectos, además, viene sosteniendo el TS que en aquellos sectores (por ejemplo, limpieza, y vigilancia y seguridad) en los que la actividad suele descansar fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera esa actividad común, puede constituir una entidad económica que mantenga su identidad cuando se produce la transmisión y el nuevo empresario no solo continúa con la actividad de la que se trata, sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior<sup>38</sup>.

Por contra, si la actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige de instalaciones o importantes elementos materiales, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y este asuma un número significativo de los empleados por el anterior, no se considera que haya sucesión de empresa si al tiempo no se transmiten aquellos elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad<sup>39</sup>.

A mi juicio, lo relevante debe ser poder contestar afirmativamente a la siguiente cuestión: ¿con lo transmitido, es suficiente para desarrollar la actividad en cuestión que le es propia, en el sentido de ofrecer servicios en el mercado?

Será, por tanto, imprescindible tanto conocer y comprobar en el caso concreto si los elementos transmitidos suponen el mantenimiento de la identidad y con ellos puede prestarse la actividad, así como qué es en su caso lo que aporta la cesionaria, por ejemplo, la organización, el *know how*, etc., sin que sea suficiente que continúe con la actividad, por ejemplo, cuando hablamos de sucesión de contratistas con la Administración<sup>40</sup>. Además, del tema, nada sencillo, de los medios aportados por la propia Administración —al que ya me he referido—, pues recuérdese que la postura general de la jurisprudencia, tanto comunitaria como española, es prescindir de la cuestión de quién es propietario de los mismos<sup>41</sup>.

De otro lado, en cuanto al tema de estar la Administración presente, podría afirmarse, en mi opinión, que, en la mayor parte de los casos, ese dato no es relevante para el TS, quien analiza en cada supuesto si se produce, a su juicio, la trans-

<sup>37</sup> Especialmente, a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (RJ\2004\7162), rec. 4424/03 y (RJ\2004\7202), rec. 899/02, reiteradas por la de 29 de mayo de 2008 (RJ\2008\4224), rec. 3617/06.

<sup>38</sup> STS, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2015 (RJ\2015\1714), rec. 358/2014.

<sup>39</sup> En esta línea la citada sentencia de 23 de marzo de 2022 respecto a la reversión del servicio de limpieza viaria.

<sup>40</sup> A este respecto destaca la STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2015 (RJ\2015\471), rec. 14/2015.

<sup>41</sup> Así, por ejemplo, respecto a la irrelevancia de la propiedad, véase la STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2012 (RJ\2012\4970), rec. 199/10, sobre el caso del Grupo PRISA.

misión. Así, hay casos en que, en efecto, ha entendido que la misma no se produce<sup>42</sup>; mientras que en otros sí aprecia que se dan los requisitos y, por ende, la sucesión<sup>43</sup>.

De otra parte, entiende que por regla general ni la contrata ni la concesión administrativa ni la reversión por sí solas constituyen sucesión de empresa, si no van acompañadas de la transmisión de elementos patrimoniales y de personal necesarios para que encaje en el art. 44 del ET<sup>44</sup>.

De otro lado, a mi juicio, uno de los mayores problemas que se plantean es el tema de que precisamente un indicio de ello sea el traspaso de medios que hace la propia Administración<sup>45</sup>, pues no debe olvidarse que en ocasiones es consustancial a las concesiones la puesta a disposición de bienes de la Administración, que revierten a la misma, tras finalizar el contrato, tal y como ya se ha apuntado al analizar la LCSP.

Además, el propio ordenamiento jurídico parece prohibir, a mi juicio, a la Administración la subrogación voluntaria del personal (tanto por lo establecido en la LCSP como por lógica del sistema de acceso al empleo público, como expresamente en su día en la LGPE/2017 y en la LGPE/2018), con lo que realmente quedaría desactivada la sucesión de empresa del art. 44 del ET, salvo que se confunda la causa con la consecuencia. Es decir, es importante plantearse como cues-

---

<sup>42</sup> Por ejemplo, la STS de 12 de julio de 2016, rec. 349/15, la de 9 de diciembre de 2016, rec. 1674/15, o, más recientemente, la de 23 de marzo de 2022, rec. 108/20.

<sup>43</sup> Así, por ejemplo, la STS 53/2017, de 20 de febrero; o la más reciente y polémica de 270/2022, de 28 de enero.

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia 644/2016 de 12 julio (RJ\2016\3391), en la que se considera que no hay sucesión de empresa por la asunción directa por el Instituto de enseñanza del servicio de comedor, cuya actividad pasa a prestarse por personal del centro y voluntarios, sin que haya habido transmisión de plantilla ni asunción 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. O la ya citada de 23 de marzo de 2022, rec. 108/20, en que tampoco entiende que se produzca la sucesión al no haber transmisión de elementos patrimoniales.

<sup>45</sup> Por ejemplo, véase la STS, Sala de lo Social, 688/2017 de 19 septiembre (RJ\2017\4481), rec. 2832/16, en que se entiende que procede la sucesión de empresa en el caso de reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración que había sido externalizado a una empresa, con la recuperación conjunta de los elementos productivos y de las infraestructuras que previamente habían sido puestas a disposición de la contratista por la propia Administración, haciéndose eco de la STJUE de 26 de septiembre de 2015, caso *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)* (TJCE\2015\283), aunque a mi juicio no cabe extrapolar sin más la doctrina de dicha sentencia a cualquier supuesto de reversión del servicio, pues en puridad en el caso se trata de una entidad pública empresarial, ADIF —aunque en la sentencia se habla de empresa pública—, que externaliza el servicio y más tarde lo recupera. La citada STS cuenta con el voto particular de la magistrada doña Rosa María Viroles Piñol, que entiende que no procede, en línea con la sentencia de 12 de julio de 2016, ya citada.

ción previa si debe o incluso puede la Administración subrogar al personal de una empresa contratista o concesionaria de forma voluntaria.

Y todo ello sin olvidar que desde la doctrina administrativista se niega o, al menos, se pone en duda, la premisa básica, es decir, que la Administración se pueda considerar una empresa a estos efectos, cuestión distinta es la aplicación de la directiva y del art. 44 del ET a las empresas públicas, que no son Administración<sup>46</sup>.

### III. UN PASO MÁS EN LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: LA STS 270/2022, DE 28 DE ENERO

Ante el panorama expuesto que, como puede apreciarse sin dificultad, provoca necesariamente posturas encontradas, dado que la doctrina mantenida por la Sala de lo Social del TS —como consecuencia de la interpretación de la Directiva 2001/23/CE marcada en gran medida por el TJUE—, no acaba de acomodarse a las reglas básicas del empleo público, ni de la contratación pública, ni parece responder a una visión global e integradora del sistema, donde también se tengan en cuenta las particularidades propias del derecho administrativo, se da una vuelta de tuerca más con la Sentencia 270/2022, de 28 de enero (ECLI:ES:TS:2022:270) —que deriva en gran parte de la postura mantenida por el TJUE en su sentencia de 13 de junio de 2019—, la cual merece por ello una mención especial, dado que abre un camino incierto, ya de por sí repleto de fricciones entre ambas disciplinas.

En efecto, de notable relevancia resulta la sentencia indicada, por cuanto en ella se dirime si los trabajadores de empresas privadas concesionarias o contratistas de la Administración, cuando se produce una reversión del servicio, pasan a tener como empleador al Ayuntamiento, como consecuencia de la subrogación por transmisión de una unidad productiva autónoma, y, además, mantienen su condición de fijos o se integran como personal indefinido no fijo, optando por la primera solución.

Esta sentencia descarta que la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla resulte de aplicación en caso de reversión del servicio público previamente gestionado de forma indirecta por un empresario privado concesionario, cuando el trabajador objeto de subrogación empresarial *ex art. 44 del ET* ya tuviera la condición de fijo en su empresa privada. De ahí, la nueva vuelta de tuerca que, además, no solo resulta a todas luces, en mi opinión, contraria al marco jurídico-administrativo expuesto, sino también a la Constitución española y a los más elementales principios de acceso al empleo público.

Para llegar a esta solución, rupturista con la seguida hasta el momento por la propia sala y que ha sido expuesta en el epígrafe anterior, acude el TS en primer

<sup>46</sup> Esta diferenciación y, en general, la existencia de distintos tipos de entes del sector público y lo que ello implica en cuanto a su régimen jurídico diverso es algo que la jurisprudencia de lo social debería tener en cuenta, pues, a mi juicio, el no hacerlo es en gran medida lo que genera una postura que mal encaja con el derecho administrativo y, en particular, con las normas de esta rama del derecho que son de aplicación a estos supuestos.

lugar al respeto de la interpretación auténtica de la Directiva 2001/23 por parte de la Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, *Correia Moreira*<sup>47</sup>, conforme a la cual la subrogación empresarial no puede empeorar el estatus laboral del trabajador objeto de subrogación por el solo hecho de ser el empresario cesionario un empleador público. Lo que, a juicio del TS, acontece cuando el trabajador con contrato indefinido o fijo para un empleador privado pasa a tener la condición de indefinido no fijo para un empleador público en virtud de la sucesión legal de empresa producto de la reversión del servicio público previamente gestionado de forma indirecta.

En segundo lugar, recurre la Sala Cuarta a la diferenciación dentro del amplio colectivo de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla entre aquellos que acceden a esa condición de forma patológica, por irregularidades en la contratación temporal cometidas por la empleadora pública y a partir de una contratación laboral de base formalmente temporal, y aquellos otros que alcanzan esa condición, por ejemplo, por sucesión legal de empresa, en especial con una contratación laboral de base con su anterior empresario privado de carácter fijo o indefinido.

En definitiva, la exclusión de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla en el supuesto de hecho descrito se construye jurídicamente como una interpretación de la normativa española de acceso al empleo público en régimen laboral, conforme con el prevalente derecho de la Unión Europea, en particular, la Directiva 2001/23, en la reciente interpretación del TJUE<sup>48</sup>. Por lo tanto, en la aludida resolución el TS estima el recurso y declara la naturaleza de trabajador fijo en lugar de indefinido no fijo de plantilla, y ello tras la reversión del servicio público de asistencia a domicilio prestado por un concesionario privado por parte del Ayuntamiento de Pamplona, siendo la trabajadora demandante —antes de la sucesión legal de empresa vía reversión del servicio público— contratada de carácter laboral fija o indefinida.

Pues bien, resulta así más que evidente el salto en la argumentación que se ha producido con esta sentencia, al admitir que una empleada a tiempo completo y con carácter indefinido de una empresa contratista de un Ayuntamiento —el cual voluntariamente la integró como personal indefinido no fijo en su plantilla<sup>49</sup>—, se incorporase por subrogación en la categoría de contratada fija y no indefinida no fija.

Muy brevemente, dicha opción, a mi juicio, vulnera el art. 103.3 de la CE, el derecho a la igualdad y no discriminación y supone una excepción injustificada al

<sup>47</sup> Analizado por M. García Pérez (2020), «Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao», *REDA*, 203, págs. 49-94.

<sup>48</sup> En particular, en la ya citada sentencia de 13 de junio de 2019, referente a un Ayuntamiento de Portugal.

<sup>49</sup> Lo cual ya resulta, cuanto menos, dudoso por la normativa indicada, en concreto, por lo dicho en la LCSP, ya que la LPGE/2017 por razones temporales no era de aplicación al caso concreto.

régimen de acceso al empleo público. Además, y sin ánimo exhaustivo, cabe solo apuntar que parece equiparar el supuesto propio de esa resolución judicial con el de la sentencia de referencia, es decir, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares, de 17 de octubre de 2013<sup>50</sup>, cuando en ese caso se trataba, según consta en la Sentencia 270/2022, de la subrogación entre una empresa privada y una entidad del sector público, lo que conlleva importantes diferencias, porque dependiendo del tipo de entidad su sometimiento al TREBEP será distinto.

En definitiva, se excepciona el sistema de acceso al empleo público del TREBEP y los principios de la propia CE (art. 103.3), con base en una supuesta incompatibilidad con la directiva, respecto de la que cabría plantearse si no es posible encontrar una interpretación conciliadora, teniendo en cuenta varias cuestiones, por ejemplo, que no cabe equiparar empresa pública con Administración; de otro lado, que una cosa es la causa y otra la consecuencia, es decir, ¿la solución sería la misma si en los casos sometidos al TJUE y al TS no se hubiera producido la subrogación voluntariamente por la Administración que procede a la reversión del servicio?, máxime cuando tal subrogación parece contradecir lo establecido en la LCSP y en el sistema de empleo público español.

A mayor abundamiento, y no es menor, se comparte con la sentencia que la figura del indefinido no fijo surge de una contratación fraudulenta, que no es el supuesto concreto, puesto que la Administración, con respeto a la normativa aplicable al caso, puede pasar de una gestión directa a una indirecta o viceversa en la prestación de servicios; pero sería una irregularidad mucho mayor proceder a una subrogación del personal (ya dudosa en mi opinión cuando se trata de una Administración) en la condición de fijo, pues ello vulnera la propia Constitución española.

En efecto, quizás es que en estos casos cabe plantearse si realmente procede la subrogación y si la directiva es aplicable, lo que parece claro cuando se trata de una empresa pública, pero no tanto cuando hablamos de una Administración, por las razones ya expuestas. Así, por ejemplo, la Sentencia 928/2022 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2022, descarta la subrogación entre una sociedad mercantil íntegra y exclusivamente participada por un Ayuntamiento, y este mismo, al considerar que queda excluido de la directiva, pues se trata de un caso de reorganización administrativa, al producirse un cambio que queda en todo caso dentro de la gestión directa del servicio, lo cual se comparte; pero cabe plantearse si con más razón no debe descartarse la subrogación entre una empresa contratista y una Administración. Y sin olvidar que el propio art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo a la libre circulación de los trabajadores de la Unión, excluye expresamente (apartado 4) de su ámbito de aplicación a los empleados de la Administración pública. Pues no parece adecuado perpetuar, y mucho menos incrementar, una interpretación de la normativa (laboral y administrativa) que lejos de buscar la conciliación entre ambas perspectivas lleva incluso a vulnerar los principios más básicos del empleo público y la propia Carta Magna.

---

<sup>50</sup> Rec. 225/2013.

Y es que, en efecto, cabe recordar, como hace la sentencia, el principio de interpretación conforme al derecho de la Unión Europea, pero este principio también deja claro que no puede implicar una interpretación contraria al ordenamiento interno, pues su lógica es hacer una interpretación de este lo más acorde posible a la normativa de la Unión<sup>51</sup>.

Finalmente, la sentencia cita el comentado art. 130.3 de la LCSP, pero cabe recordar lo dicho al respecto, además de preguntarse: ¿en qué norma legal, convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva de eficacia general se prevé esa subrogación? ¿Y en qué condiciones? Pues a buen seguro que, si alguna previsión hubiera al respecto estableciendo además que la subrogación podría implicar el acceso en la condición de fijo, sería, a mi juicio, inconstitucional. Por no decir que, en efecto, la LCSP hace esa mención, a mi juicio, poco operativa y de apariencia como ya he dicho, pero también prevé —siguiendo las directivas de contratos y concesiones—, la posibilidad de optar por la contratación administrativa de servicios e igualmente para la gestión indirecta de servicios públicos; dos supuestos que también tienden a asimilarse en la jurisprudencia de lo social y que requieren de matizaciones importantes; así como 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 de la entidad contratante, a cuyo fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponde a la empresa contratista. Previsión que, como ya he dicho, debe entenderse extensiva a los supuestos de las concesiones de servicios, máxime cuando en la actualidad la diferencia entre algunos supuestos de ambas figuras —en concreto, los que implican servicios a la ciudadanía—, se reduce a la existencia de riesgo operacional o no, un criterio únicamente económico<sup>52</sup>.

Finalmente, a este respecto, quiero solo recordar que el principio de igualdad y no discriminación puede esgrimirse igualmente para lo contrario, pues, acaso ¿no sería discriminatorio que por esta vía ingresaran como empleados públicos personas que no han pasado los mismos procesos selectivos que el resto? Máxime si tenemos en cuenta el derecho fundamental del art. 23 de la CE. De ahí la necesidad en su día y frente a la contratación fraudulenta —como se ha dicho— de crear la figura —no exenta de polémica— del indefinido no fijo, que no deja de ser una modalidad temporal de contratación, pues si se declara así por los tribunales a consecuencia de una contratación no adecuada, dado el carácter permanente de la necesidad, lo que procede es dotar esa plaza, lo que una vez sucedido extingue el contrato.

<sup>51</sup> Un principio este que, por otro lado, resulta de aplicación con cierta frecuencia y relevancia en el ámbito de la contratación pública, piénsese, por ejemplo, en cuanto a la duración de las concesiones, que según la norma aplicable —por referencia al momento de adjudicación— podrían extenderse a una duración desproporcionada para las nuevas directivas, como se explica en el voto particular al Dictamen 259/2019, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

<sup>52</sup> A este respecto véase lo dicho en E. M<sup>a</sup>. Menéndez Sebastián (2020).

Y de otro lado, no debemos olvidar que, por ejemplo, en el caso analizado de la reciente STS, la Administración tiene la posibilidad de volver a la gestión indirecta del servicio, motivando que es una opción mejor y, entonces, ¿es una necesidad permanente o no? y ¿pasaría ese personal fijo —según la sentencia—, a la empresa contratista? Porque seguramente y a pesar de que, en efecto, la subrogación debería ser bidireccional, a buen seguro que en ese caso los empleados que hayan ingresado por esa vía como laborales fijos en la Administración se resistirán a ser trasvasados a una empresa privada, aunque antecedentes existen<sup>53</sup>.

A mayor abundamiento de seguir este camino, que no parece tener freno, existen otras consecuencias a tomar en consideración, por ejemplo, en cuanto a los límites de incremento de la masa salarial o la tasa de reposición. Es más, en el análisis que debe hacer la Administración para determinar y decidir si es mejor la gestión directa o indirecta, habrá que tomar en cuenta esta consecuencia impuesta desde la jurisdicción social, tanto por el coste económico como por otros problemas que conlleva para el empleo público.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL

Muy brevemente, a mi juicio, la estela emprendida hace ya años por la jurisprudencia de lo social en materia de sucesión de empresa y subrogación de personal —siguiendo el camino marcado por el TJUE— continúa en una dirección que, incomprensiblemente, supone una ruptura con el sistema español de acceso al empleo público y, por ende, con el derecho fundamental establecido en el art. 23 de la CE, así como los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 de la Carta Magna.

Bien es cierto que la justificación a esta postura se puede encontrar en la jurisprudencia del TJUE, sin embargo, resulta imprescindible y acuciante buscar una interpretación integradora y armoniosa de todo el sistema, sin desconocer las previsiones que la normativa jurídico-administrativa establece en estos supuestos, ni los presupuestos más básicos de qué es Administración, que no es lo mismo que empresa pública, y cómo funciona; pues por ello mismo el derecho administrativo surge como una disciplina que regula y adapta las reglas del derecho privado a la particularidad de que una de las partes de la relación sea una Administración, persona jurídica al servicio de la comunidad, que persigue el interés general; una especialidad que respecto a su propio personal admite el TFUE en cuanto a la libertad de circulación de trabajadores, y que debería comprender el TJUE.

Y tampoco debemos olvidar que cuando surge un conflicto entre un empleado y la Administración, no se trata de dos intereses particulares en liza, sino que frente al interés concreto del trabajador se encuentra el interés general, *let motiv* de la actuación administrativa y que justifica el distinto régimen jurídico aplicable al sector público y, en definitiva, la existencia misma del derecho administrativo.

---

<sup>53</sup> Como el de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2002, pero también en sentido contrario, con anterioridad la sentencia de 25 de octubre de 1996.