

EL FRONTERIZO RÉGIMEN JURÍDICO DEL EMPLEO EN EL SECTOR PÚBLICO: LA IMPORTANCIA DE LA TAXONOMÍA ADMINISTRATIVA DE LAS FORMAS ORGANIZATIVAS Y PRESTACIONALES¹

Eva M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Catedrática de Derecho Administrativo
Área de Derecho Administrativo.
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo
menendezeva@uniovi.es

Alejandra BOTO ÁLVAREZ
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Área de Derecho Administrativo.
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo
botoalejandra@uniovi.es

RESUMEN

El régimen especial del empleo en el sector público requiere en primer lugar una tarea de precisión en el manejo de unas categorías que exceden del ámbito de las relaciones laborales y que conectan con la disciplina general de la organización administrativa y las formas de prestación de servicios. A ello se dedica una primera parte de este trabajo, para pasar a continuación al examen de algunos de los aspectos más conflictivos y que mayor debate y desencuentros generan entre administrativistas y laboristas respecto al empleo público.

Palabras clave: Empleo público, organización administrativa y servicios públicos.

¹ Este trabajo forma parte de los resultados de los proyectos PID2020-118499GB-C33/AEI/10.13039/501100011033, con cofinanciación de la Unión Europea. y TED2021-129283B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y la Unión Europea Next Generation EU/PRTR. Forma parte de la obra colectiva *El trabajo en el mercado no productivo y en otros ámbitos de interés social*, Oviedo, KRK, 2024, que engloba los resultados del proyecto señalado en primer lugar.

ABSTRACT

The special employment regime in the public sector requires a task of accuracy in the management of categories that exceed the scope of labor relations and that connect with the general discipline of the administrative organization and the forms of service provision. A first part of this work is dedicated to this, to then move on to the examination of some of the most conflictive aspects that generate the greatest debate and disagreements between administrative and labor activists regarding public employment.

Keywords: Public Employment, Administrative Organization and Public Services

ZUSAMMENFASSUNG

Die besondere Beschäftigungsordnung im Öffentlichen Dienst erfordert vor allem eine präzise Handhabung von Kategorien, die über den Bereich der Arbeitsbeziehungen hinausgehen und mit der allgemeinen Disziplin der Verwaltungsorganisation und den Formen der Leistungserbringung zusammenhängen. Der erste Teil dieser Arbeit ist diesem Thema gewidmet, gefolgt von einer Untersuchung einiger der konfliktträchtigsten Aspekte und derjenigen Gesichtspunkte, welche die meisten Debatten und Meinungsverschiedenheiten zwischen Verwaltungs- und Arbeitsrechtlern in Bezug auf die öffentliche Beschäftigung hervorgerufen.

Schlüsselwörter: Beschäftigung im Öffentlichen Dienst, Verwaltungsorganisation und Öffentliche Dienste.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRECISIONES CONCEPTUALES.—III. UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL EMPLEO PÚBLICO ACTUAL.—IV. PROBLEMAS LABORALES DERIVADOS DE LOS CAMBIOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—1. Formas de gestión de los servicios públicos.—2. Principales supuestos que pueden derivar del cambio en el modo de gestión de los servicios públicos.—3. La interpretación extensiva de la sucesión de empresa realizada por la jurisprudencia.—V. CONCLUSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del esfuerzo colectivo realizado en la obra colectiva referenciada en la nota previa para la aproximación a la situación normativa de algunas prestaciones de servicios de frontera en relación con la legislación laboral, esta contribución se ocupa del empleo en el sector público. La tarea requiere comenzar con algunas precisiones conceptuales previas, necesarias para la comprensión del contexto, la perspectiva y la estructura del resto del trabajo. La puntualización terminológica, y explicitación de

sus límites, es en este caso de particular interés, dada la complejidad que en este punto suscita cualquier diálogo entre laboristas y administrativistas².

La mayor responsabilidad de ese desencuentro se debe al inconsistente manejo, en la doctrina, la jurisprudencia, y también en la legislación, de locuciones generales e imprecisas. Entre ellas ocupa un lugar de honor la de «sector público» y, de su mano, la de «empleo público».

Se trata de términos con una gran fuerza evocadora, a los que cabe atribuir una inteligibilidad natural casi inmediata y, sin embargo, no existe ninguna definición omnicomprensiva general. Nadie duda hoy de que la «Administración pública» es una realidad no siempre coincidente con la del «sector público», ni de que un «servicio público» no siempre será prestado de manera directa por la «Administración», pero en general tiende a hablarse en relación con su personal de «empleo público» sin más precisiones cuando, como se verá, no todo empleo en el sector público es realmente empleo público, o al menos no comporta la aplicación del régimen jurídico propio de los empleados públicos, sea este de carácter laboral o administrativo (especificativo que se superpone, no sin interrogantes, al adjetivo general de público).

Aún es posible encontrar, incluso, referencias genéricas a una «función pública» que no siempre sabemos si procede interpretar en clave subjetiva, como un arcaísmo que vendría a referirse a las personas funcionarias o empleadas públicas en sentido más amplio, o en clave funcional, como apuntaría la expresión entendida de forma literal³.

La perplejidad que produce todo lo anterior no es exclusiva de nuestro sistema, que será en el que se centre este trabajo. Conviene, no obstante, no perder de vista que se trata de un fenómeno que también se conoce en

² E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La contratación indefinida en la Administración pública», en J. GARCÍA MURCIA (ed.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, Oviedo, KRK Laboral, pp. 317-343, en particular p. 337.

³ Y de ello derivan consecuencias importantísimas, si se tiene en cuenta, por ejemplo, a los sujetos que colaboran con la Administración desde el sector privado. Esto es algo que ha cobrado mucha importancia, sobre todo por impulso de la Unión Europea, en campos como el medio ambiente, la seguridad industrial y los llamados sectores regulados, donde estos sujetos no solo realizan actividades materiales o técnicas, sino también verdaderas funciones públicas, principalmente de certificación, verificación, inspección y control. Por expresa previsión de su normativa reguladora, en algunos aspectos de su funcionamiento a estas entidades se les aplican algunas reglas de Derecho administrativo, lo que sin embargo no afecta a su naturaleza privada. Dejaremos aquí estos sujetos al margen del estudio, pues las relaciones laborales no están entre las materias en que se produce el fenómeno de la «extensión del Derecho administrativo» que en cambio sí se da en otros campos [sobre el tema *vid.* R. CABALLERO SÁNCHEZ, «La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa», *Revista de Derecho público Teoría y Método*, núm. 4 (2021)].

otros contextos de Derecho comparado, que están articulando de manera muy reciente reformas legislativas para abordarlo.

Así en Francia, el *code général de la fonction publique*, aprobado a través de la *ordonnance* núm. 2021-1574 du 24 novembre 2021 se presenta como un estatuto general aplicable al funcionariado (*fonctionnaires civils*) aunque también se aplica en ocasiones a los agentes (*agents publics*) contratados por la Administración estatal, las colectividades territoriales y los organismos públicos de unos y otros, las autoridades administrativas/públicas independientes y toda una panoplia de organizaciones de índole sanitario a las que hace referencia el art. L-5. Existe una importante cautela de frontera, pues se señala expresamente que, en los organismos de carácter industrial o comercial, el código solo se aplicará a los agentes que sean funcionarios (art. L-2)⁴.

En Italia, por su parte, el marco legislativo básico es el Decreto Legislativo 16/2001, de 30 de marzo, por el que se aprueban las *norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche* y cuya última reforma es de diciembre de 2022. Por tales Administraciones (cuyos dependientes integran el *pubblico impiego*) el mismo texto precisa que deben entenderse todas las territoriales, pero también sus entes de carácter no económico, agencias, consorcios y asociaciones, las instituciones universitarias, las cajas populares, cámaras de comercio y otras corporaciones, lo que supone un contorno mucho más amplio de lo que podría pensarse en un inicio y evidencia la íntima conexión que debe hacerse en este tema con la disciplina de la organización administrativa. La regulación de este *pubblico impiego* avanzó en el país transalpino desde los años noventa del pasado siglo en una dirección «privatizadora», que aspiraba a homologar la disciplina del empleo público con el privado; esta sin embargo no alcanzaba por igual a todas las categorías de trabajadores, lo que produjo una cierta atomización de su régimen jurídico. Como reacción ha surgido un movimiento inverso, con rápidas y sucesivas reformas, que no obstante son también parciales⁵.

Por otro lado, y volviendo ya al Derecho español, existe una contingencia que dificulta a mayores cualquier aproximación sistemática a la realidad del empleo en el sector público, que se arriesga a naufragar en el tedio por un doble motivo.

⁴ A. BOTO ÁLVAREZ, «La codificación del empleo público en Francia», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59 (2022).

⁵ L. TRAMONTANO, *Pubblico impiego. Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2022.

En primer lugar, porque en todo lo que rodea la organización administrativa se evidencia con especial intensidad la llamada maldición de Von Kirchmann, pues en esta materia quizás más que en ninguna otra la naturaleza de la realidad muta con gran rapidez. No hay dogmas incuestionables porque las formas organizativas en que el sector público se estructura tienen una configuración legal, que admite modificaciones por normas posteriores de igual rango y condición, y excepciones múltiples por razones de especialidad.

En segundo lugar, porque la forma de gestión de los servicios públicos, una de las ramas que más empleo genera y que en el pasado llegó a constituir incluso el molde del mismo Derecho Administrativo, es por definición dinámica y por naturaleza sensible a los condicionamientos socio-económicos y políticos del momento, por lo que también evoluciona, cambia y hasta se revierte con el tiempo. Veremos que todo ello tiene implicaciones muy relevantes en el régimen jurídico de las personas trabajadoras afectadas.

Las páginas que siguen tratan de esclarecer cuáles han de ser las claves que ofrece el Derecho Administrativo para identificar el régimen jurídico de ese personal, pivotando sobre la doble faz conceptual que se ha introducido más arriba y en que se propone profundizar en el apartado 2 (empleo público/empleo en el sector público). Se hace desde el enfoque del doble condicionamiento que acaba de comentarse (organización administrativa/formas de gestión de servicios). Esto último se abordará en el apartado 4, tras la presentación somera de las últimas transformaciones que se han vivido en este ámbito en España, que se analizan en el apartado 3 y sin las cuales no puede explicarse el complejo entramado de normas que son de aplicación en esta materia.

II. PRECISIONES CONCEPTUALES

Desde hace ya tiempo, la fórmula «sector público» resulta cada vez más utilizada en la legislación positiva, por entenderla de utilidad creciente dado el progresivo difuminado de la frontera que separa lo público y lo privado, y la multiplicación de supuestos en que normas del Derecho Administrativo se aplican a personificaciones jurídico-privadas de la Administración. Pero no a todas esas estructuras subjetivas se les aplican las reglas de lo público con la misma intensidad o profundidad, por lo que es habitual que la normativa sectorial contenga algunos artículos iniciales en que perfile y defina los sujetos que cubre, e incluso lo que a sus efectos deba entenderse incluido en una

determinada categoría o denominación general. De ello se derivan muchas incertidumbres y confusiones, pues lo que una realidad sea a unos efectos puede diferir notablemente de lo que sea a otros, siendo fundamental no dar nada por sentado, ni apresurarse en el juicio subjetivo.

A este respecto se ha dicho que el de «sector público» es uno de los «otros nombres» de la Administración. Realmente no son solo simples nombres, sino que traducen conceptos, visiones de la propia Administración y su Derecho; en este caso una pragmática y funcional⁶.

Lo que deba entenderse en general por sector público ha de buscarse en el art. 2 de la Ley 40/2015, que lo define con carácter básico y general, sin ceñirse a los solos efectos de esa norma, a diferencia de muchas otras leyes que no obstante incorporan el concepto en su título⁷. Dado el carácter mutable de las categorías y las muchas excepciones establecidas por vía de normas especiales se entenderá que aquí baste hacer una remisión a esa Ley y que no sea necesario presentar todo su contenido⁸. Queremos únicamente señalar que la lógica de esta normativa es la de diferenciar entre el concepto de Administraciones públicas (donde se incluyen las territoriales y los organismos públicos⁹

⁶ F. VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 47-50.

⁷ Sucede por ejemplo con la Ley de contratos del sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en adelante LCSP), de referencia imprescindible en este trabajo. que plantea una serie de conceptos subjetivos propios, que desplazan en este punto a la Ley 40/2015, tanto por el juego de la posterioridad en el tiempo como, sobre todo, de la especialidad. No obstante, la normativa general resurge, pues la sectorial suele hacer referencia a sus categorías. Así, la Ley de contratos en su art. 3 combina, para la identificación de su ámbito subjetivo de aplicación, precisiones concretas (como respecto a las «fundaciones públicas» para las que se ofrece una definición específica) con remisiones genéricas (como respecto a los «Organismos Autónomos», que no se definen dando por hecho que es una realidad monolítica). Sucede algo muy similar en otras grandes normas como las de transparencia o estabilidad presupuestaria.

⁸ Para profundizar puede consultarse, por todos, H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, en particular, pp. 197 y ss.

⁹ A nivel estatal esos organismos incluyen las categorías de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y Agencias estatales. La normativa autonómica respecto a los organismos públicos típicos es muy diversa, en calado y perspectiva. Así, hay Comunidades Autónomas que han afrontado la cuestión de manera reciente en normas organizativas, pero en otros casos la normativa no se ha actualizado desde hace tiempo, o se contiene en legislación que tiene otros enfoques sectoriales, sobre todo presupuestarios y contables, y que resultan poco depurados o contienen imprecisiones. En el mundo local, municipal y provincial, la regulación de los entes instrumentales aparece siempre ligada a las modalidades de gestión de los servicios, como una especie de reminiscencia de la vieja idea de la descentralización en la gestión de los servicios públicos. Ciertamente, todavía hoy, la normativa básica estatal de régimen local (la Ley 2/1985, de 2 de abril, en adelante LBRL) enmarca la regulación los tipos de entes instrumentales admisibles en el ámbito local como formas de gestión de los servicios públicos de su competencia, en el art. 85.2. Se prevé así la existencia de

y entidades de derecho público¹⁰ vinculados o dependientes de ellas) y todo otro conjunto de sujetos que forman el resto del sector público institucional.

Este se somete a unas reglas mínimas comunes de organización y funcionamiento, reguladas en los arts. 81-83 de la misma Ley, que tienen carácter básico. Así, se dispone la sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y transparencia, al tiempo que recalcan las vinculaciones a las limitaciones presupuestarias en materia de personal, sea funcionario o laboral. En este cajón de sastre se incluyen diferentes entidades de Derecho privado en mano pública, notablemente sociedades y fundaciones.

Una posición muy particular es la de las Universidades públicas. Su configuración constitucional les reconoce autonomía de manera expresa, en el art. 27.10. Su Ley Orgánica reguladora (2/2023, de 22 de marzo, LOSU) materializa actualmente tal autonomía en un sistema de autogobierno singular y les encomienda el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio. Esa misma norma contempla la existencia de Universidades públicas y privadas. Solo a las primeras, como es lógico, se refiere el art. 2 de la Ley 40/2015, que las considera como un subtipo de entes del sector público institucional en el apartado 2.2.c), pero de forma distinta a los organismos y entidades de Derecho público (y que son los únicos entes institucionales que entran automáticamente en la categoría de las Administraciones públicas), y distinta también de los entes de Derecho privado¹¹. En la medida en que las

organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales, en lo que parece un trasunto de las previsiones de la Ley 40/2015 para el ámbito estatal.

¹⁰ Se incluyen aquí las Autoridades administrativas independientes en el ámbito estatal y algunas realidades similares en el mundo autonómico. Entre las personificaciones de derecho público locales que no tienen carácter territorial están las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios. En este ámbito son muy importantes los consorcios, personificaciones se emplean para canalizar técnicas de cooperación entre Administraciones o con entidades privadas. En ellos es fundamental trazar el vínculo de la adscripción, que es lo que determinará el régimen aplicable al propio consorcio y a su personal. Desde 2015 existen para ello reglas claras en la Ley 40/2015.

¹¹ En nuestro Estado compuesto la educación, también la superior, es una competencia que ha sido asumida, dentro del margen que dejan los arts. 149.1. 30.^a y 149.3, por las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos de Autonomía. Así, hoy en día, las Universidades públicas se encuentran en su gran mayoría «transferidas a las Comunidades Autónomas». La expresión es poco acertada técnicamente, pues lo que se asume son competencias regulatorias, de intervención y de financiación sobre unas entidades que, como señala la Constitución, son autónomas. En algunas Comunidades Autónomas, la regulación estructural del sector público autonómico incluye específicamente a las Universidades públicas transferidas. Sin embargo, lo más frecuente sigue siendo que no haya menciones expresas a las Universidades al considerar en conjunto la regulación del sector público autonómico.

Universidades públicas pueden tener a su vez un universo de entes instrumentales, el régimen jurídico de estos, y en particular de su personal, se complejiza de forma evidente.

El intento de seguir identificando en cierta medida el Derecho administrativo con un sujeto estatutario explica el éxito de la expresión de «sector público». La trampa de la cláusula general está sin embargo muy presente, porque no hay realmente un concepto único de lo que por tal cosa deba entenderse. Y es que no existe un «sector público» que sea un sujeto capaz de actuar de manera conjunta con derechos, obligaciones y potestades en el tráfico jurídico y las relaciones que en él entable¹².

El «sector público» es una amalgama de la organización administrativa y cuando se quiere saber algo sobre su régimen jurídico, es necesario descender en cada caso a sus componentes; estos consisten, como se ha sintetizado ya, en un conjunto más o menos extenso de entes instrumentales adscritos a una Administración territorial, de la que dependen por la vía de la descentralización funcional. Por eso tampoco es adecuado hablar de un único «sector público», ya que debe diferenciarse entre los relativos ámbitos territoriales (estatal, autonómicos y locales).

Sentado lo anterior ¿cabe entonces hablar de un «empleo público» como realidad monolítica? Evidentemente, nuestra postura es que no. La expresión aparece de manera literal una treintena de veces en el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), pero se elude en el título y no se define en su cuerpo. El Real Decreto Legislativo que lo aprueba (5/2015, de 30 de octubre) trae causa en una Ley (20/2014, de 29 de octubre) que delegaba en el Gobierno la potestad de dictar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y las disposiciones en materia de régimen jurídi-

mico. Esto, aunque respetuoso con la autonomía universitaria, no ayuda a identificar una categoría general en que puedan quedar incluidas y a la que referirse para integrar eventuales lagunas normativas, que no son menores en materias concretas de personal, que suelen quedar cubiertas por meras cláusulas generales en los estatutos universitarios respectivos. Al margen de este régimen están las llamadas «Universidades no transferidas», que se mencionan como parte del sector público institucional estatal en el art. 84.1 de la Ley 40/2015. El apartado tercero de ese mismo artículo remite para su regulación a la Ley General Presupuestaria y a su normativa específica, funcionando el resto de la Ley 40/2015 como derecho supletorio. Puede verse lo complejo de la situación, que se agudiza por la convivencia de cuerpos nacionales en la comunidad universitaria con otros que no lo son.

¹² J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «El “sector público” como referente actual del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 209 (2019), pp. 175 y ss., en particular, p. 184.

co del «empleo público» contenidas en normas con rango de ley que la hayan modificado, entre otras cosas. Aquella Ley de 2007, en su momento, buscaba según su exposición de motivos establecer los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de «empleo público». Pero ni aquel texto original ni su versión refundida aclaran el sentido en que se usa la expresión.

En efecto, en el articulado del texto su objeto se establece de manera inicialmente precisa (bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas) pero con un ámbito de aplicación prolijo y desigual que amplía el foco y va más allá de la Administración en sentido estricto, aunque algunos sectores de ella quedan excluidos (art. 2-7 y disposiciones adicionales primera a cuarta). Es ese el contexto de la definición de «empleados públicos» y la tipología que se hace de los mismos en los art. 8 y siguientes, y es ese mismo el campo que determina la aplicación (directa, supletoria, completa, parcial o residual según los casos) del resto de preceptos del Estatuto.

La cuestión no es baladí, porque una simple comparación permite concluir que el ámbito de aplicación del TREBEP no coincide con el perímetro del sector público identificado en la Ley 40/2015, lo que puede dar lugar a múltiples problemas interpretativos, sobre todo cuando entran en juego remisiones cruzadas desde otras normas, particularmente laborales¹³. Basta indicar ahora que, más allá de otras particularidades, quedan fuera del régimen del TREBEP, salvo de los principios contenidos en los arts. 52-55 y 59, los entes instrumentales con personalidad jurídica de Derecho privado.

Sería necesario que la legislación abordara el reto de la definición conceptual del empleo público con carácter general para poder empezar a plantearnos el régimen de los recursos humanos del sector público como un todo, en el que luego existirán especialidades. Mientras eso no ocurra, seguiremos dando por hecho, en particular en la doctrina y la jurisprudencia, que hablamos de lo mismo al usar una fórmula feliz, la de «empleo público», que tiene más de atajo que de realidad y que añade imprecisión a un ámbito, el del empleo en las distintas formas de organización administrativa y de prestación de los servicios públicos, ya prolijo de partida.

¹³ A. BOTO ÁLVAREZ, «Estabilidad en el empleo y sector público institucional no administrativo», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 223 (2022), pp. 11-30.

III. UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL EMPLEO PÚBLICO ACTUAL

Si hablamos de la transformación del empleo público español en el siglo XXI, debemos hablar de las reformas que están por llegar, más que de las que ya se han producido. Y es que, aunque se ha introducido algún cambio, como trataremos de explicar, su evolución no ha acompasado la metamorfosis que la Administración pública está sufriendo¹⁴.

En efecto, en este nuevo milenio, del que ya han discurrido más de veinte años, se han producido cambios importantes en las Administraciones públicas, especialmente por efecto de lo que ha dado en llamarse Nueva gobernanza pública¹⁵.

Esta es una respuesta a la nueva relación entre los poderes públicos y los ciudadanos, quienes han pasado de ser súbditos a convertirse en verdaderos ciudadanos de y en la Administración¹⁶. Una transformación en la que aún estamos inmersos y que supone un auténtico reto para las Administraciones del siglo XXI.

Sin embargo, y a pesar de tratarse de un elemento esencial para lograr el éxito de este cambio, el empleo público español se ha preservado en lo esencial desde hace prácticamente un siglo. Bien es cierto que algún cambio se ha introducido, especialmente con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público en 2007, y, más tarde, con las restricciones impuestas por la estabilidad presupuestaria¹⁷. Sin embargo, es unánime la idea de que estas reformas están lejos de satisfacer la necesidad de un cambio más profundo¹⁸. Los expertos están de acuerdo en que el sistema de empleo público español sigue siendo demasiado rígido, poco eficiente o productivo y, en buena medida, improvisado y des-

¹⁴ E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN y J. BALLINA DÍAZ, *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, Madrid, Reus, 2022.

¹⁵ F. LONGO MARTÍNEZ, «La Administración Pública en la era del cambio exponencial. Hacia una gobernanza exploratoria», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial 3 (2019), pp. 52-73.

¹⁶ A este respecto, G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, Paris, Université Panthéon-Assas Paris 2.

¹⁷ M. SÁNCHEZ MORÓN, *La Administración tras la crisis: el empleo público*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares.

¹⁸ Entre los más distinguidos expertos que han estudiado el sistema español de empleo público, cabe mencionar al prof. M. SÁNCHEZ MORÓN, por ejemplo, en su reciente estudio *La situación de la función pública en España. La reforma postergada*, Madrid, Círculo Cívico de Opinión, 2022.

equilibrado¹⁹. Pero también es compartido que no es suficiente con las reformas legislativas, sino que hace falta un verdadero cambio de cultura administrativa.

Más aún si tenemos en cuenta los importantes retos a los que debe enfrentarse: el paso de una Administración analógica a una predominantemente digital²⁰, o, a dar respuesta a esa nueva relación con la ciudadanía donde juega un papel importante la innovación aprovechando la inteligencia colectiva.

No obstante, con anterioridad a exponer brevemente los puntos claves que han de guiar una profunda reforma del empleo público en España para afrontar con ciertas garantías de éxito los nuevos desafíos, cabe hacer referencia a las características más esenciales del modelo español y alguno de los cambios que, muy modestamente, se han venido introduciendo; para centrarnos seguidamente en uno de los puntos que más dudas se generan en este ámbito, nos referimos a las consecuencias laborales de los cambios de gestión de los servicios públicos, así como la tipología de entes que vienen a complicar el panorama.

Así, en primer lugar, cabe recordar que el derecho al acceso al empleo público en condiciones de igualdad es un derecho fundamental. Y que en España dicho acceso se basa en los principios de mérito y capacidad, establecidos constitucionalmente.

Sin embargo, en nuestra opinión, una de las mayores disfunciones de nuestra función pública es la falta de adaptación de las pruebas de selección del personal a las nuevas necesidades de la Administración²¹. Las oposiciones de acceso al empleo público se siguen basando, como siempre, en la memorística, cuando es evidente que la Administración del siglo XXI, que ha de ser proactiva e innovadora, necesita algo diferente.

Otra característica esencial de nuestro sistema es la inamovilidad de los funcionarios públicos, es decir, el carácter vitalicio, tomado del modelo francés. Con ello se busca garantizar la lealtad e independencia del funcionario, pero, sin embargo, se ha visto más como bien como un privilegio.

¹⁹ F. CASTILLO BLANCO, «Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?», *Documentación Administrativa*, núm. 7 (2020), p. 9.

²⁰ En este sentido, *vid. D.-U. GALETTA, Digitalizzazione e Diritto Ad Una Buona Amministrazione (Il Procedimento Amministrativo, Fra Diritto UE e Tecnologie ICT)*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 85-117.

²¹ R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Seis hipótesis sobre la Administración pública y la selección de empleados públicos en la próxima década», *La mirada institucional*, 2019.

Inamovilidad, que, sin embargo, nada tiene que ver con el inmovilismo, que es, en nuestra opinión, uno de los principales obstáculos para acometer una adaptación de la función pública a las necesidades actuales.

El inmovilismo se define en el diccionario de la Real Academia de la Lengua española como la tendencia a mantener sin cambios una situación. Nada mejor describe lo que sucede en nuestra función pública.

De otro lado, en el empleo público español existen dos tipos de personal: los funcionarios públicos, sometidos a un régimen estatutario previsto en el Derecho administrativo, y los contratados laborales, cuyo régimen jurídico se contiene principalmente en el Derecho laboral.

Estos últimos se han incrementado considerablemente en los últimos años, a pesar de que la regla general es que la categoría predominante debe ser la primera. E, incluso, se apunta a una mayor expansión de la contratación laboral en aras de lograr una mayor flexibilidad. No obstante, a este respecto cabe recordar que uno de los problemas que mayor discusión ha provocado entre la doctrina laboralista y administrativista, deriva precisamente de la dificultad de armonizar las reglas propias de ambas ramas del Derecho.

Esta dificultad incluso ha puesto en jaque al sistema español de empleo público, llegando a afirmarse por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en una Sentencia de 28 de enero de 2022, que el sistema de acceso al empleo público, basado en los principios de mérito y capacidad del art. 103 de la Constitución Española, es contrario al Derecho de la Unión Europea. Una postura que es difícil de compartir por la doctrina administrativista, pero que está transformando *de facto*, que no *de iure*, las más elementales reglas de acceso al empleo público español.

Esta jurisprudencia, haciendo una interpretación, a nuestro juicio, excesivamente extensiva de la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, viene aceptando la subrogación del personal de empresas privadas contratistas en la plantilla de la Administración en caso de reversión del servicio²².

Esta aplicación de la figura propia del Derecho laboral (la subrogación del personal en caso de sucesión de empresas) al ámbito de la Administración choca frontalmente con las normas de acceso al empleo público y de la contratación pública²³. Sin embargo, va en aumento, reconociendo

²² E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «¿Qué cambios en la gestión de los servicios públicos pueden implicar subrogación del personal? una visión administrativista», *CEFLegal*, núm. 213 (2018), pp. 85-122.

²³ E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La subrogación de personal en casos de reversión

incluso, desde la citada Sentencia de 2022, la integración como personal laboral fijo en la plantilla de la Administración.

Esto supone una clara vulneración de los principios de mérito y capacidad, al eludir por completo las pruebas de acceso al empleo público. Esta postura, junto a la reforma laboral aprobada a finales del pasado año, que persigue reducir a la mínima expresión la temporalidad en el empleo, también en el ámbito público, encaja mal con esa idea de mayor flexibilidad, que precisamente necesita nuestro empleo público.

Es cierto que la Administración española ha abusado de la interinidad desde hace años, pero no parece que la solución dada ahora precisamente, case bien con las necesidades de cambio.

La solución propuesta pasa por realizar procesos masivos de estabilización. Esas estabilizaciones son de dos tipos. Las llamadas ordinarias, desde las Leyes de presupuestos de 2017 y 2018, están basadas en procesos de concurso-oposición. Y dan lugar a un resultado que, como se ha dicho, casa mal con la flexibilidad que se necesita en pleno siglo XXI, pero al menos se emplean técnicas de selección para el acceso al empleo público comunes y asentadas.

Sin embargo, la reforma laboral de 2021 ha traído consigo otra forma de estabilización, excepcional, que se apoya solo en el concurso de méritos y que suscita muchas dudas incluso de constitucionalidad. Y es que, al eliminar toda fase de oposición se beneficia a quienes pueden esgrimir méritos por haber prestado servicios previamente a la Administración y se limita o incluso se impide la participación a los ciudadanos que no han tenido esa oportunidad.

De tal manera que por mucho que formalmente los concursos estén abiertos a cualquier participante (lo contrario sería una discriminación directa), en la práctica se da una evidente discriminación indirecta. Y ello, porque, como han señalado los expertos, la tendencia en las puntuales reformas del empleo público, han venido marcadas más por afianzar los derechos de los empleados públicos, que por dotar de eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Y si bien es cierto que deben respetarse los derechos de los trabajadores, también de los públicos, no debemos olvidar que el interés general es lo que debe guiar siempre a la Administración. De ahí que quizás, una interpretación excesivamente rígida del Derecho laboral, caracteriza-

del servicio: una vuelta de tuerca», *Revista de Administración pública*, núm. 218 (2022), pp. 125-146.

do por su carácter tuitivo, dificulta aún más la necesidad de un cambio profundo de nuestro sistema, basado en la eficacia de la Administración.

Con la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público a principios de este siglo se perdió una importante oportunidad de acometer una verdadera modernización del empleo público español, entre otras razones porque no se plasmaron adecuadamente las propuestas de la Comisión de expertos en el texto final.

Es cierto que se introdujeron algunas novedades, como la propia noción de buena administración²⁴, el código de conducta de los empleados públicos²⁵, muy diferente al régimen sancionador al que estábamos acostumbrados, etc. Pero en la práctica no se ha logrado un verdadero cambio, porque además esta norma básica necesita de concretos desarrollos que no se han producido.

En este contexto, muy brevemente expuesto, es importante analizar la transformación de la relación entre los ciudadanos y la administración pública para comprender a qué se enfrenta el sistema de empleo público español. Y, por tanto, qué reformas profundas deben acometerse sin demora.

El paso de considerar a quien tiene una relación con la administración o utiliza un servicio público como el administrado, el usuario (*administré* o *usager* en francés o administrado o usuario en la terminología española) a la idea de ciudadano, ha implicado una completa transformación que se refleja en la ciudadanía administrativa.

Un término el de ciudadanía administrativa, manejado en sistemas como el francés o el italiano que, sin embargo, es aún desconocido en el sistema español. Pero que, a nuestro juicio, refleja a la perfección la situación actual.

Esta nueva posición del ciudadano con la Administración es la que justifica la introducción de los principios en los que se basa la nueva gobernanza pública que he mencionado. Es decir, la transparencia, la rendición de cuentas, la participación, la ética pública, pero también es necesario tener en cuenta otros principios como la innovación y la eficacia²⁶.

²⁴ La conexión entre el empleo público y la buena administración merece una mención especial. A este respecto, *vid.* P. PADILLA RUIS, «La buena administración como fundamento de actuación del empleado público», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108 (2017), pp. 387-388.

²⁵ En relación con esta cuestión *vid.* lo dicho en E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Deberes laborales y Código de Conducta», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones públicas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 235-267.

²⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Les expérimentations: comment innover dans la conduite des politiques publiques?*, Paris, La Documentation Française, 2019.

Se trata de una profunda transformación de la relación entre la Administración y la ciudadanía en consonancia con la transición de la administración democrática a la democracia administrativa.

El uso de la noción de democracia en la Administración pública refleja este cambio. Implica la concesión de nuevos derechos a todos los ciudadanos, así como su participación en los procesos administrativos. Lo que nos da una idea del cambio que implica también en la organización administrativa y en el empleo público. Todo ello está vinculado a una buena administración, en el sentido de eficacia, eficiencia y mejora de la toma de decisiones²⁷.

Esto cambia la naturaleza de la relación administrativa, en la que los ciudadanos tienen derecho a participar en la acción administrativa y a tener acceso a la Administración, siendo esta responsable ante ellos. La ciudadanía administrativa implica que los ciudadanos son al mismo tiempo ciudadanos de la Administración y ciudadanos dentro de la Administración. En definitiva, se trata de hacer efectiva la ciudadanía a través de la amplia participación de los ciudadanos en la acción administrativa.

Un ejemplo de ello es la participación de los ciudadanos en el diseño de los servicios públicos a través de los laboratorios de innovación.

Es indudable que este panorama implica cambios importantes en el empleo público, que debe afrontar nuevos retos, entre los que la disrupción digital ocupa un papel destacado también²⁸. En definitiva, es imprescindible que la transformación antes indicada vaya acompañada de cambios en la organización administrativa y en la gestión de personal²⁹.

Así, junto a esa nueva relación con la ciudadanía, otro factor que está impulsando el cambio de las Administraciones y, por tanto, de su personal, es la revolución tecnológica.

Si hasta ahora hemos tratado de exponer el pasado y presente del empleo público español, procede ahora, proponer los cambios que han de llevarse a cabo para adaptarse al nuevo contexto. Esta tarea no es nada

²⁷ En cuanto a la noción de buena administración, entre otros, J. PONCE, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Madrid, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2019, R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en Droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010.

²⁸ Vid., M.^a L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Albacete, Bomarzo, 2020.

²⁹ A este respecto, T. BALBO DI VINADIO, C. VAN NOORDT, C. VARGAS ÁLVAREZ DEL CASTILLO y R. ÁVILA, *Artificial Intelligence and Digital Transformation. Competencies for Civil Servants*, Paris, UNESCO, 2022.

sencilla, pues resulta difícil predecir un futuro que es incierto y cambiante, que hace que la obsolescencia sea incluso inmediata. Sin embargo, me atreveré a apuntar varios elementos que parecen ser indispensables en la transformación del empleo público español.

Muy brevemente, cabe apuntar, en primer lugar, resulta imprescindible la planificación estratégica. Es necesario identificar cuáles serán las misiones de futuro para adaptar la estructura, los puestos de trabajo, las tareas a realizar y, por supuesto, los procesos selectivos deben responder a esas nuevas y cambiantes necesidades.

Así, es evidente, por ejemplo, que la automatización supondrá un cambio en las tareas rutinarias o repetitivas y que ello debe reflejarse en la oferta pública de empleo. También que en los próximos años habrá un cambio radical y mutación constante de las funciones actuales, que se requerirán perfiles profesionales diferentes, por ejemplo, con la introducción de inteligencia artificial en las Administraciones públicas.

Las actividades de los auxiliares, administrativos, conserjes, están llamadas a ser suplidas por la tecnología, o, al menos, complementadas, mientras que habrá que incorporar a las plantillas especialistas en inteligencia artificial.

Una segunda cuestión a tener en cuenta es el tamaño de la Administración pública del futuro. Conectado con la anterior, parece que hay unanimidad entre los expertos respecto a que el tamaño de la Administración futura será más reducido, precisamente por la implementación de las nuevas tecnologías.

También más flexible y cambiante, lo que choca con la pretendida estabilización y supresión de la temporalidad que se está produciendo actualmente. Es decir, vamos contracorriente. Sin embargo, no debemos olvidar que las plantillas de la Administraciones públicas españolas están muy envejecidas y que se producirá un importante número de jubilaciones en los próximos años.

Esto es una muestra de que en ocasiones los retos suponen también oportunidades. Así, se debería aprovechar la oportunidad de las jubilaciones para cambiar la tipología de puestos de trabajo y sus funciones, con el fin de dar respuesta a las nuevas necesidades.

Es decir, optar por una gestión planificada de vacantes, muy al contrario de lo que se viene haciendo hasta ahora, que es convocar las mismas plazas.

En tercer lugar, implementar una cultura del cambio. Quizás sea este el mayor reto, luchar contra el inmovilismo y conseguir motivar al personal de las Administraciones e involucrarlo en el cambio. Cabe recordar lo

dicho por Tocqueville «Las ideas de la Revolución francesa triunfaron porque se impusieron en las almas antes de llegar a la letra de la ley».

Y es que es necesario el cambio normativo, pero resulta aún más acuciante instaurar una nueva cultura administrativa.

Finalmente, cabe apuntar como cuarto elemento, una nueva dirección pública o de la gerencia pública. Así, vinculado con lo anterior, para realizar este cambio es necesario un liderazgo ejecutivo, una dirección pública profesional. Los altos funcionarios tendrán que acreditar cada vez con más intensidad conocimientos digitales o tecnológicos altamente especializados³⁰.

Pero también habilidades *blandas*: creatividad, innovación, empatía, comunicación verbal y oral, resiliencia y capacidad de adaptación, gestión del estrés, trabajo en equipo, etc. Y también, pensamiento crítico, una fuerte cultura de ética y valores públicos, además de saber resolver problemas complejos en su ámbito de actuación. Todo lo cual exigirá, nuevamente, un cambio profundo en las *pruebas selectivas*.

Las Administraciones Públicas deberán crear estructuras estables de funcionarios altamente cualificados en el ámbito de las titulaciones STEM (*Science, Technology, Engineering and Mathematics*)³¹. E incluso algunos países han introducido también en sus equipos especialistas en ciencias conductuales, otro aspecto importante.

En fin, estos son algunos de los cambios que inexorablemente deben llevarse a cabo en el empleo público español³².

³⁰ AAVV, *Transformación digital y empleo público*, Washington, BID, 2020.

³¹ R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Automatización y empleo público: algunos riesgos y consecuencias», en *La mirada institucional*, 2019.

³² En diciembre de 2022 se presentó un anteproyecto de Ley de la Función Pública con el objetivo de abordar los retos expuestos, sin embargo, estará por ver que se apruebe y que, en efecto, consiga dar respuesta a los retos actuales. Según el texto sometido a información pública, la intención de la ley proyectada es definir y clarificar el ámbito de aplicación del empleo público en la Administración del Estado, que no se circunscribe exclusivamente a la Administración General del Estado en sentido estricto, siendo la vocación de la norma, dentro del marco normativo que establece el TREBEP, ser la norma reguladora del empleo público en la Administración del Estado en su conjunto como Administración territorial. Así, el art. 2 delimita el ámbito de aplicación de la norma a la Administración General del Estado y entes con consideración de administración pública en los términos previstos por el art. 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y a aquellas entidades cuyo régimen de ordenación y gestión de recursos humanos pueda entenderse en todo caso análogo, como lo es en el caso de las universidades públicas no transferidas. El ámbito delimitado en el art. 2 y las exclusiones por razón de materia del art. 3, se completan con la articulación de especialidades de aquellos colectivos sujetos a legislación especial. A partir de la documentación que se ha dado a conocer se aprecia también que existen hasta tres ámbitos de aplicación diferenciados además del general de la Ley (arts. 2 y 3): el de la evaluación del desempeño

El panorama expuesto es muy diferente al actual, y si bien es cierto que no cabe esperar una total disrupción, lo que sí debe producirse es una adaptación progresiva. Seguramente más lenta de lo necesario, pero inevitable.

IV. PROBLEMAS LABORALES DERIVADOS DE LOS CAMBIOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Como ya se ha indicado, una de las mayores dudas que se suscitan en la actualidad en el empleo público desde la perspectiva laboral es la referente a las consecuencias derivadas de los cambios operados en la gestión de los servicios públicos. A las sombras que oscurecen esta cuestión ha contribuido en gran medida, en nuestra opinión, la extensión de la figura propia del Derecho Laboral de la sucesión de empresas y la subrogación de personal al ámbito del sector público, sin atender a las diferencias entre las Administraciones públicas y el resto de entes diversos del sector público que no lo son. Prueba de la necesidad de diferencia de trato según los casos es que no todas estas entidades se someten a las mismas reglas respecto a su personal.

Pero vayamos por partes, así cabe comenzar por exponer muy brevemente la diversidad de cambios que se pueden producir en las formas de gestión de los servicios públicos, dando lugar a una amplia panoplia de supuestos que deben ser afrontados de forma diferente.

1. Formas de gestión de los servicios públicos

El hecho de que incluso en nuestro sistema se identifique el clásico concepto de servicio público con titularidad del servicio por parte de la Administración, no conlleva necesariamente que haya de ser ella, con sus propios medios quien lleve a cabo la prestación a los ciudadanos.

(arts. 81-85), el de la configuración de la potestad disciplinaria (arts. 123-125) y ciertas previsiones especiales para el personal funcionario de las ciudades de Ceuta y Melilla, el personal con legislación específica, como aquel que presta servicios en otras instituciones del Estado, el personal docente y el personal estatutario de los servicios de salud o el de entidades del sector público estatal con legislación propia y especial autonomía (disposiciones adicionales). El proyecto está aún en una fase muy embrionaria, pero es evidente que la cuestión del ámbito de aplicación no es sencilla.

Así, podemos encontrar, básicamente dos modalidades bien distintas de gestión de esos servicios, con independencia de aquellas otras actividades económicas de interés general abiertas a la competencia, tras la instauración del mercado único europeo.

De un lado, la Administración puede prestar el servicio con sus propios medios, gestión directa, o dentro de la misma, crear un ente dependiente de esta que efectúe el mismo. Es decir, realizar una descentralización, creando un ente con personalidad jurídica propia, pero que, al ser medio propio de la Administración matriz, se entiende que esta tiene un control sobre el mismo análogo al que tiene sobre sus servicios propios.

En ese caso el citado encargo se excluye de la LCSP (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), siendo, como se ha dicho, gestión directa, y aceptando diversas formas, agencias, organismos autónomos, entidades públicas empresariales o, incluso, sociedades mercantiles. En todo ello, salvo el último se trataría de Administración instrumental, en el caso de sociedades o fundaciones u otros entes del sector público, la cosa cambia, pues no son Administración, sino entidades de Derecho Privado, lo que tiene trascendencia, pues, por ejemplo, como se verá, el acceso del personal a las mismas no se somete al EBEP.

En todo caso, es imprescindible tener presente que en todos esos supuestos estamos en gestión directa y que para ello es necesario que a quien se le encomienda la gestión del servicio sea medio propio de la Administración, lo que se endureció con la actual LCSP.

De otra parte, estaría la gestión indirecta. En ese caso la encomienda se hace a través de un contrato sometido a la LCSP, normalmente a una empresa. Hasta 2017 la misma se articulaba principalmente a través del contrato de gestión de servicio público, con sus cuatro modalidades (concesión, concierto, gestión interesada y sociedad de economía mixta), sin embargo, el mismo desapareció con la LCSP, pasando a tener que canalizarse a través de la concesión de servicio o el contrato de servicio.

De otro lado, no podemos dejar de lado precisamente aquellos casos en que la Administración recurre a un empresario para cubrir necesidades instrumentales, es decir, no de cara a la prestación de servicio al público, sino a ella misma para su propio funcionamiento, pues la jurisprudencia también ha aplicado a algunos de estos supuestos la sucesión empresarial, con la consiguiente subrogación de personal.

2. Principales supuestos que pueden derivar del cambio en el modo de gestión de los servicios públicos

Los distintos avatares por los que ha pasado y, sin duda, seguirá pasando la intervención de la Administración en la sociedad, por lo que a los servicios públicos se refiere, deja tras de sí un importante número de supuestos a los que no siempre puede darse la misma solución. Además, es preciso tener en cuenta a este respecto también la normativa de contratos, sobre todo, si hay, ha habido o va a haber, un concesionario. Pues, como ya se ha expuesto, hay diversos modos de gestión de los servicios, siendo, a nuestro juicio, el paso de la indirecta a la directa, la que más problemas ocasiona desde esta perspectiva.

Con esta exposición es nuestro propósito poner de manifiesto la complejidad del tema y la imposibilidad de hallar una única solución para tan diversos casos, pues no todos ellos son siquiera equiparables a estos efectos.

Así, y sin ánimo exhaustivo se puede hablar, en primer lugar, de la asunción por parte de la Administración de la prestación de un servicio que hasta ese momento venía prestándose a través de un concesionario.

No obstante, incluso dentro de este caso se puede advertir la existencia de dos modalidades. De un lado, aquella en que se ha producido la extinción de la concesión por cumplimiento del plazo establecido, optando la Administración por no licitar de nuevo el servicio sino asumir con sus propios medios la prestación de este.

De otro, también es posible, con los límites y consecuencias que luego se dirá, que la concesión se rescate antes de la finalización por cumplimiento del plazo.

Un supuesto distinto sería aquel en el que, optando por el paso también de una gestión indirecta a una directa, la prestación no la asuma la Administración titular del servicio con sus propios medios, sino a través de la creación un ente instrumental. Si bien, a este respecto hay que tener en cuenta los límites que tanto la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha impuesto a la creación de este tipo de entes, como en cuanto a la mayor rigurosidad introducida por la LCSP en cuanto a los encargos a medios propios.

Otro posible cambio que puede producirse en la gestión de un servicio y que, sin duda, conlleva consecuencias en las correspondientes plantillas, es el paso de la gestión a través de un ente instrumental a la prestación por la propia Administración. Opción nada desdeñable tanto respecto al

recorte en el sector público como a la tendencia hacia la eliminación de entes de este tipo, especialmente si no se justifica que es la opción más eficiente. Si bien, la solución en estos casos puede venir del camino inverso, es decir, en lugar de asumir la gestión la Administración con sus propios medios, encomendársela a un empresario por vía contractual.

Aunque estrictamente no suponga un cambio en el modo de gestión, es decir, no implique pasar de la gestión indirecta a la directa o viceversa, o dentro de la segunda la creación o supresión de entes, es interesante exponer también el supuesto de la subrogación del personal entre empresas. Es decir, aquellos casos en que se viene prestando por un contratista el servicio y se continúa con esta forma de gestión del mismo, pero lo que cambia es el contratista de la Administración. Y es que, el tema de la subrogación fue objeto de alguna modificación en la actual LCSP.

Es más, dentro de la LCSP hay dos supuestos bien diferenciados, aquel en el que en puridad se produce una sucesión de empresas durante la vigencia del contrato y, por ende, en principio el mismo continúa (art. 98 LCSP), y aquel otro en que se produce la extinción del contrato —sea por cumplimiento o resolución— y la adjudicación de uno nuevo.

Finalmente, y aunque responde a un planteamiento en cierto modo distinto, cabe recordar también que, no ha sido infrecuente encontrar en la jurisprudencia casos en que un contratista de la Administración, persona física, concatena sucesivos contratos y a la conclusión de los mismos y tras acudir a la Jurisdicción Social, se integra en la plantilla de la Administración, en contra de lo que afirma al respecto la LCSP y su predecesora, por entender los Tribunales que se trata realmente de una contratación de carácter laboral y fraudulenta. De hecho, este supuesto dio lugar a la creación jurisprudencial de la figura del «indefinido no fijo de plantilla»³³, por más que ahora tiene incluso reconocimiento legal.

Asimismo, hay que atender al caso en que se produce la asunción por la Administración de una actividad encomendada a una empresa para cubrir una necesidad interna, es decir, para lo que era hasta la LCSP un contrato de servicios, por ejemplo, de limpieza.

Toda esta tipología no tiene una única solución, sino que encajan en diversos supuestos, a los que tampoco siempre les es aplicable la misma normativa y a los que ha dado respuesta, de un modo u otro, la jurisper-

³³ En relación con la postura jurisprudencial respecto a alguna cuestión polémica de esta figura, *vid.*, por ejemplo, J. AGUSTÍ JULIÀ, «La evolución —procelosa e inacabada— de la jurisprudencia en la extinción contractual del trabajador indefinido no fijo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 37 (2015).

dencia. Si bien a nuestro juicio, puede hacerse una clasificación previa en función de que estemos ante una gestión directa o indirecta, en fin, en atención a que exista un contrato o no.

De ahí la necesidad de ir analizando los distintos supuestos mencionados y las posibles soluciones a tener en cuenta, si bien, es preciso tomar como punto de partida el hecho de que no hay una solución única, ni siquiera para cada tipo de supuesto, sino que hay que acudir al caso concreto y las circunstancias en él concurrentes³⁴, y como presupuesto básico es imprescindible tener en cuenta la variedad de normas aplicables, precisamente en atención a los distintos supuestos planteados.

Como se ha venido diciendo, son múltiples los supuestos, sin embargo, es necesario distinguir claramente entre la gestión directa y la indirecta y, en general, entre aquellos casos en que media un contrato y aquellos en el que no es así.

Y es que recuérdese que no siempre que estos problemas laborales se plantean habiendo un contrato de por medio, estamos ante la prestación de un servicio público, sino que, en ocasiones, provienen de la cobertura de necesidades instrumentales a través de un contrato de servicios.

Dentro de este supuesto se encuentran a su vez distintos casos. En primer lugar, cabe señalar muy brevemente porque responde a un problema muy concreto y, en cierta medida diferente al resto, la existencia de un previo contrato de servicio clásico, es decir, aquel en el que, en lugar de tratarse de la prestación de un servicio público al ciudadano, se encarga de un servicio a la propia Administración a través de contratista persona física.

A este respecto, no ha sido infrecuente encontrar en la jurisdicción social condenas a la Administración por entender que en el fondo se trataba de una contratación fraudulenta, al encadenar sucesivamente diversos contratos para una necesidad constante. A este respecto, cabe señalar que la LCSP extiende la cuestión también al personal de empresas contratistas de la Administración, es decir, no solo cuando se trata de una persona física contratada.

Si las principales novedades introducidas en su día por la LCSP en relación con esta figura contractual, se refieren a la concepción y definición misma de los contratos de servicios, manteniendo por lo que se refiere al régimen jurídico de los mismos, prácticamente el que en su día ya había

³⁴ Como bien ha advertido ya F. A. CASTILLO BLANCO, «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), p. 81.

establecido el TRLCSP, con algunas matizaciones, una de ellas sin duda es la previsión del art. 308.2 *in fine*, como un nuevo intento por evitar los graves problemas que se vienen produciendo al respecto por efecto de la consolidada jurisprudencia de la jurisdicción social.

En primer lugar, destaca que la propia norma prevea que la entidad contratante no puede utilizar esta figura para la contratación de personal, lo que es evidente, pero no por ello inusual.

En segundo término, la citada previsión establece 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, lo cual no implica novedad alguna, dado que esa cautela ya se introdujo en el TRLCSP³⁵, si bien, y como ya había presagiado en su momento, sin mucho éxito en la práctica³⁶.

Esta previsión, como ya se ha dicho, trata de dar respuesta a uno de los problemas que, a nuestro juicio, es de los más importantes que respecto a los contratos de servicios y ahora también de concesión de servicios, se ha producido y que ha dado lugar incluso a una doctrina específica de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo³⁷.

Sin duda, con la previsión contenida en el art. 308.2 LCSP se trata de frenar —incluso de forma más activa que con la norma anterior— esas intenciones por parte —ya no solo— de quien ha sido beneficiario de un contrato de servicios, sino también del personal de la empresa contratista, de pretender consolidarse como personal de la Administración contratante³⁸.

De ahí, que la LCSP insista en que el personal de la Administración debe abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de una relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista. Así, como que en el art. 312.f), haga una serie de pre-

³⁵ En particular, el art. 301.4 de dicha norma establecía con carácter general que «A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante».

³⁶ *Vid.* a este respecto L. TOLIVAR ALAS y E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Revista de Administración Pública*, núm. 176 (2008), pp. 68-84.

³⁷ E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El contrato de consultoría y asistencia*, Madrid, Civitas, pp. 291-360.

³⁸ En cuanto a los riesgos de cesión ilegal de trabajadores en los contratos de servicios, *vid.* también el reciente informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia 5/2017, de 12 de abril.

visiones con la finalidad de evitar confusión entre las plantillas de la Administración y el contratista.

Sin embargo, estas previsiones no han conseguido cambiar en exceso el panorama, ni frenar a la jurisprudencia de la Sala del TS que, al contrario, ha ido *in crescendo*, como más tarde diremos.

Normalmente cuando hablamos de la posible subrogación del personal entre empresas que son contratistas de la Administración, acudimos al art. 130 LCSP, pues hace referencia a ese aspecto concreto, sin embargo, el auténtico caso de la LCSP en que se produce una sucesión de empresa del art. 44 ET es el contenido en el art. 98, que además se remite al 69 para el caso particular de las UTE.

En concreto, prevé la sucesión en la persona del contratista, haciéndose eco de la fusión de empresas, de la escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de estas.

Evidentemente lo hace a efectos de determinar la continuación del contrato, las condiciones para ello, con quién proseguirá y las consecuencias, en su caso, respecto a responsabilidades y garantías, pero en puridad es una auténtica sucesión de empresa, supuestos en los que está pensando el ET al regular esta figura, pues implica un cambio en la titularidad de la empresa.

En estos puestos, a nuestro juicio, y aunque nada diga la LCSP, pues lo prevé desde otra perspectiva, en concreto, la continuidad del contrato vigente es donde mayor encaje tiene la sucesión de empresa del art. 44 ET.

Como ya he indicado, la LCSP, en el art. 130, sí se hace eco expresamente de la cuestión de la subrogación del personal cuando lo que se produce no es tanto o no siempre es una sucesión en la persona del contratista sino una sucesión en el contrato, en el sentido de pasar el mismo de una empresa contratista a otra³⁹.

Por tanto, en este caso, no nos encontramos ante un cambio en la forma de gestión del servicio, que continuaría siendo indirecta, sino del contratista que lleva a cabo esa prestación.

La actual LCSP introdujo dos cuestiones novedosas e importantes en su momento, una en relación con la información cuando se produce una subrogación del personal entre la empresa contratista anterior y la nueva —donde realmente se suceden dos empresas—, y otra, de mayor calado

³⁹ Respecto a la sucesión entre empresas contratistas de la Administración *vid.*, entre otros, R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, «Sucesión o subrogación empresarial entre dos empresas prestatarias de un servicio de limpieza de un centro médico de atención primaria de la salud», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 54 (2007) (BIB 2007\2156).

aún, cuando prevé la posibilidad —aunque con escasa aplicación práctica—, de que, al producirse una reversión del servicio, es decir, que pase la Administración a prestarlo, pueda producirse una subrogación.

A esta cuestión nos referiremos con mayor detalle más adelante por ser, evidentemente, la que más dudas genera respecto al sistema de empleo público descrito al comienzo de este trabajo.

Finalmente, cabría hacerse eco a modo ejemplificativo, de otro supuesto distinto, el paso de la gestión directa a indirecta, aunque desde esta perspectiva laboral el problema parece ser diferente, pues hablaríamos de aquellos casos en que siendo prestado el servicio por la Administración decide externalizarlo a través de un contrato. Normalmente, si el personal de la Administración que venía prestando el servicio tiene carácter funcional, no cabe plantearse la sucesión de empresas, cuestión distinta, es si hablamos de personal laboral, por ejemplo, de algún ente instrumental, como los medios propios, llamados a ser reducidos por la normativa actual, si bien tampoco parece que se haya logrado con la intensidad perseguida tanto en la LCSP como ya en 2015 con la Ley 40.

Sin embargo, pueden encontrarse casos en que ese personal pasa o es asumido por la empresa, así, por ejemplo, es el caso de la STS de 12 de diciembre de 2002 (rec. 764/2002), 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 (rec. 804/1996).

Como ya hemos adelantado, dentro de los diversos supuestos de cambios en la gestión de los servicios públicos, el que presenta más mayores dificultades e interés es el tema concreto de la subrogación de personal en casos de reversión del servicio⁴⁰, por ello nos referiremos de forma más detallada a este supuesto en epígrafe 3.

⁴⁰ Un tema que en los últimos tiempos ha hecho correr ríos de tinta. Así, entre otros, cabe citar a J. TORNOS MAS, «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016), pp. 32-49; J. M.^a GIMENO FELIÚ, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho Comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016), pp. 50-71; J. ESTEVE PARDO, «El movimiento remunicipizador. Experiencias y expectativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60 (2017), pp. 4-11; J. COLOMER I MISSÉ, «La remunicipalización de la gestión de servicios

Simplemente apuntar ahora a este respecto que esa decisión de asumir la gestión directa puede que producirse al finalizar el contrato por cumplimiento, pero también con anterioridad, debido a un rescate de la concesión, es decir, una resolución anticipada del contrato, que es preciso motivar en razones de interés público, y ser más eficiente y eficaz que la concesión⁴¹.

En el último caso, además, no se trata de una resolución por incumplimiento del contratista, sino debida —a pesar de la buena gestión del concesionario⁴²—, a una decisión motivada de la Administración, de prestar de forma directa el servicio. Es decir, el paso de la gestión indirecta a la directa, dentro de los cuales se encuentra la llamada «remunicipalización».

Sin embargo, al tener que justificar que es más eficiente y eficaz ha de tener en cuenta precisamente el coste que puede conllevar el integrar, en su caso, la plantilla que venía realizando la prestación. Decimos, no obstante, en su caso, porque en teoría —según lo dispuesto en el ya mencionado art. 130 LCSP—, no siempre deberá procederse a la misma, sino siempre que se prevea en una normal, un convenio colectivo o un acuerdo general; salvo que se entienda, como hace el TS, que es posible que, sin

municipales», *Ecología Política*, núm. 49 (2015), pp. 108 y ss.; J. ORTEGA BERNARDO, «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Revista de Información Laboral*, núm. 6 (2016); A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17 (2016); S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, «La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales», *Seminari sobre relacions col·lectives*, Barcelona, Federació de Municipis de Catalunya, 2015; O. GARCÍA COCA, «Sucesión de empresa y reversión de los servicios públicos», *Temas Laborales*, núm. 136 (2017), pp. 223-236; M. TREVIÑO PASCUAL, «El supuesto de “sucesión de plantillas”» en caso de reversión de servicios públicos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47 (2017); S. YAGÜE BLANCO, «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*, núm. 9 (2018), pp. 991-1009; J. GORELLI HERNÁNDEZ, «Vías para la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7 (2019); J. GARCÍA MURCIA y A. CEINOS SUÁREZ, «Reversión de servicio público previamente descentralizado desde la perspectiva de la transmisión de empresa», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3 (2019); A. CEINOS SUÁREZ «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*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019; A. VILLALBA SÁNCHEZ, «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*, núm. 228 (2020), pp. 231-239, o L. FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, *La sucesión de empresas en las Administraciones Públicas y su impacto en el empleo público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, entre muchos otros.

⁴¹ Siendo además una decisión susceptible de recurso especial.

⁴² Así lo dice expresamente el art. 278.c) LCSP.

una previsión expresa para dar cobertura a ese supuesto, pueda entenderse aplicable con carácter general la sucesión de empresas del art. 44 ET de concurrir los requisitos de dicha norma.

Finalmente, cabe hacer referencia al supuesto en que lo que sucede es que un servicio que venía prestando la Administración se decide suprimir, y aunque desde la visión administrativista parece claro que no procede ni la sucesión de empresa, ni la obligación de subrogar, ni integrar de modo alguno al personal de la empresa contratista que lo venía prestando, salvo que se tratase de una contratación fraudulenta, a buen seguro la jurisprudencia de lo social no lo entiende de este modo.

Otro tipo de supuestos muy distintos serían aquellos en que no se pasa de la gestión indirecta a la directa o viceversa, es decir, no media un contrato con la Administración. Por tanto, esta bien los presta de forma directa con sus propios medios o a través de un «medio propio», es decir, de un ente instrumental.

En ambos casos hablamos de gestión directa, no obstante, el problema puede venir, dentro de esa modalidad de gestión, de los cambios que puedan operar entre personificaciones jurídicas distintas y, especialmente, cuando el servicio se venía prestando por uno de estos entes y pasa a ser ejecutado por la propia Administración. Pues la duda sobre qué pasaría con el personal del «medio propio» que podría incluso desaparecer, persiste.

A nuestro juicio, sin embargo, este tipo de supuestos es bien diferente a los mencionados hasta ahora, es decir, a aquellos en que existe o ha existido un contrato y, por ende, una gestión indirecta.

En primer lugar, porque en muchas ocasiones no se produce siquiera una novación del sujeto, es decir, en puridad el cambio, por ejemplo, de un organismo autónomo a una entidad pública empresarial, no supone estrictamente un cambio en la titularidad, que sigue normalmente siendo la misma Administración, sino en la forma.

Ello llevaría en principio a entender que no se da en esos casos un cambio de sujeto, requisito subjetivo básico que exige la sucesión de empresas del art. 44 ET. Si bien ello no supone que el personal quede desamparado, sino que, al contrario, lo normal será la integración en el nuevo ente, pero no tanto porque se aplique la sucesión de empresas sino normalmente porque lo prevén las propias normas que suprimen, modifican, absorben, etc., estos entes, porque en muchos de esos casos el problema se reduce al tratarse de personal que ya ha pasado por pruebas de acceso, al pertenecer a Administración instrumental. Aunque cuando se trata, por ejemplo, de la

integración de personal proveniente de una sociedad mercantil la dificultad se incrementa, por no ser Administración y no estar sometida al EBEP.

3. La interpretación extensiva de la sucesión de empresa realizada por la jurisprudencia

Teniendo en cuenta el marco normativo existente —tanto desde la perspectiva del Derecho administrativo, como del laboral⁴³—, cabe referirse de forma especial a la aplicación que del mismo se ha venido realizando por la Sala Cuarta del TS, siguiendo la dirección marcada por el TJUE, en el citado supuesto de la reversión del servicio.

Y de un estudio de esta, cabe concluir que según el TS para saber si se produce o no una sucesión empresarial, con independencia de que exista o no un 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 identidad⁴⁴.

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 continua con la actividad de la que se trata, sino que también se hace cargo de una parte cuantitativamente importante de la plantilla del anterior⁴⁵.

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 actividad⁴⁶.

⁴³ A este respecto cabe remitirse a lo dicho en E. M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La subrogación de personal en casos de reversión del servicio: una vuelta de tuerca», *Revista de Administración Pública*, núm. 218 (2022), pp. 125-146.

⁴⁴ Especialmente, a partir de las Sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (recs. 4424/03 y 899/02), reiteradas por la de 29 de mayo de 2008 (rec. 3617/06).

⁴⁵ STS, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2015 (rec. 358/2014).

⁴⁶ En esta línea la citada Sentencia de 23 de marzo de 2022 (rec. 108/2020) respecto a la reversión del servicio de limpieza viaria.

A nuestro 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 Administración⁴⁷. 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 estos⁴⁸.

De otro lado, en cuanto al tema de estar la Administración presente, podría afirmarse, a nuestro juicio, 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 transmisión. Así, hay casos en que, en efecto, ha entendido que la misma no se produce⁴⁹; mientras que en otros sí aprecia que se dan los requisitos y, por ende, la sucesión⁵⁰.

De otra parte, entiendo que por regla general ni la contrata ni la concesión administrativa ni la reversión por sí solas constituyen sucesión de empresa, sino van acompañadas de la transmisión de elementos patrimoniales y de personal necesarios para que encaje en el art. 44 ET⁵¹.

De otro lado, uno de los mayores problemas que se plantean es el tema de que precisamente un indicio de ello sea el traspaso de medios que

⁴⁷ A este respecto destaca la STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2015 (rec. 14/2015).

⁴⁸ Así, por ejemplo, respecto a la irrelevancia de la propiedad, *vid.* la STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2012 (rec. 199/2010), sobre el caso del Grupo PRISA.

⁴⁹ Por ejemplo, la STS de 12 de julio de 2016 (rec. 349/2015), la de 9 de diciembre de 2016 (rec. 1674/2015), o más recientemente la de 23 de marzo de 2022 (rec. 108/2020).

⁵⁰ Así, por ejemplo, la STS de 28 de enero (rec. 3781/2020).

⁵¹ *Vid.*, por ejemplo, la Sentencia de 12 de julio de 2016 (rec. 349/2015), 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. 108/2020), en que tampoco entiende que se produzca la sucesión al no haber transmisión de elementos patrimoniales.

hace la propia Administración⁵², 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.

Además, el propio ordenamiento jurídico parece prohibir 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 ET, salvo que se confunda la causa con la consecuencia. Es decir, es importante plantearse como cuestión 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 ET a las empresas públicas, que no son Administración⁵³.

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

⁵² Por ejemplo, *vid.* STS, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2017 (rec. 2832/2016), 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 noviembre de 2015 [*Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) contra Luis Aira Pascual y otros*, C-509/14], aunque a nuestro 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.

⁵³ 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 nuestro 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.

del Derecho administrativo, se da una vuelta de tuerca más con la Sentencia de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020) —que deriva en gran parte de la postura mantenida por el TJUE en su Sentencia de 13 de junio de 2019 (*Cátia Correia Moreira contra Município de Portimão*, C-317/18)—, que 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 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 nuestra opinión, contraria al marco jurídico-administrativo aplicable, sino también a la Constitución Española y a los más elementales principios de acceso al empleo público.

Muy brevemente, dicha opción, a nuestro juicio, vulnera el art. 103.3 CE, el derecho a la igualdad y no discriminación y supone una excepción injustificada al 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 (rec. 225/2013), cuando en ese caso se trataba, según consta en la Sentencia de 28 de enero de 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 nuestra 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 del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2022 (rec. 2263/2020), 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.

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 Unión⁵⁴.

⁵⁴ Un principio este que, por otro lado, resulta de aplicación con cierta frecuencia y

A mayor abundamiento de seguir este camino, que no parece tener freno, existen otras consecuencias a tomar en cuenta, 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, al que ya hemos hecho mención, 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.

V. CONCLUSIÓN

Aproximarse al régimen especial del empleo en el sector público requiere una cautela previa frecuentemente infravalorada: precisión en el manejo de unas categorías que exceden del ámbito de las relaciones laborales y que conectan con la disciplina general de la organización administrativa y las formas de prestación de servicios. Llamar la atención sobre este aspecto ha sido la finalidad principal de nuestro trabajo.

Y es que si bien algunos conceptos clave de este ámbito, como el del «empleado público» o «funcionario» han sido objeto de atención concienzuda en la legislación y la jurisprudencia, tanto laboral como administrativa, no sucede lo mismo con otros sintagmas que además se declinan siempre en clave sectorial, como el de «Administración», «sector público» e incluso «empleo público». Se trata de una materia prolija, contingente y que no siempre comprende aquello que intuitivamente podría pensarse, por el juego de las excepciones y los regímenes especiales. Es algo que resulta consustancial a la materia, pues a simple vista pueden apreciarse ejemplos de situaciones semejantes en el Derecho comparado de nuestro entorno, como en Francia o Italia. Son sistemas que tienen regímenes materiales de empleo en el sector público tremendamente distintos entre sí y, sin embargo, la dificultad del metalenguaje sobre el que aquí se insiste está igualmente presente.

Abordar el estudio de esta materia desde perspectivas distintas y sin consenso terminológico previo abona un alto riesgo de traición en la tra-

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.

ducción. No es fácil transitar del Derecho administrativo al laboral, máxime cuando puede ser necesario incluso atravesar el puente de un Derecho mercantil mediatizado, al entrar en juego todo el fenómeno mercantil vinculado a los poderes públicos.

Cuando ello se conjuga con la materia de la contratación de servicios, técnicamente compleja y muy especializada, el panorama se complica de manera perversa. Aquí hemos tratado de ofrecer algunas pautas esclarecedoras, en particular sistematizando los diferentes supuestos de cambios subjetivos y contractuales en el modo de gestión de los servicios públicos; cuestión que ha tenido un gran protagonismo en los últimos tiempos.

Y precisamente sobre cuestiones actuales, el trabajo también se ha ocupado de exponer que, a nuestro juicio, el sistema de empleo público español se enfrenta a grandes retos, como la transformación digital o la denominada nueva gobernanza pública, pero también a su propia supervivencia —tal y como lo conocemos y lo ha concebido la CE—, pues 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 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 de 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, *leitmotiv* de la actuación administrativa y que justifica el distinto régimen jurídico aplicable al sector público y, en definitiva, la existencia misma del Derecho administrativo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ JULIÀ, J., «La evolución —procelosa e inacabada— de la jurisprudencia en la extinción contractual del trabajador indefinido no fijo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 37 (2015).
- AAVV, *Transformación digital y empleo público*, Washington, BID, 2020.
- BALBO DI VINADIO, T.; VAN NOORDT, C.; VARGAS ÁLVAREZ DEL CASTILLO, C., y ÁVILA, R., *Artificial Intelligence and Digital Transformation. Competencies for Civil Servants*, Paris, UNESCO, 2022.
- BOTO ÁLVAREZ, A., «La codificación del empleo público en Francia», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59 (2022).
- «Estabilidad en el empleo y sector público institucional no administrativo», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 223 (2022).
- BOUSTA, R., *Essai sur la notion de bonne administration en Droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., «La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa», *Revista de Derecho público Teoría y Método*, núm. 4 (2021).
- 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).
- «Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?», *Documentación Administrativa*, núm. 7 (2020).
- CEINOS SUÁREZ, A. «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*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- COLOMER I MISSÉ, J., «La remunicipalización de la gestión de servicios municipales», *Ecología Política*, núm. 49 (2015).
- CONSEIL D'ÉTAT, *Les expérimentations: comment innover dans la conduite des politiques publiques?*, Paris, La Documentation Française, 2019.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17 (2016).
- DUMONT, G., *La citoyenneté administrative*, Paris, Université Panthéon-Assas Paris 2.
- ESTEVE PARDO, J., «El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60 (2017).
- FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, L., *La sucesión de empresas en las Administraciones Públicas y su impacto en el empleo público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- GALETTA, D.-U., *Digitalizzazione e Diritto Ad Una Buona Amministrazione (Il Procedimento Amministrativo, Fra Diritto UE e Tecnologie ICT)*, Torino, Giappichelli, 2020.

- GARCÍA COCA, O., «Sucesión de empresa y reversión de los servicios públicos», *Temas Laborales*, núm. 136 (2017).
- GARCÍA MURCIA, J., y CEINOS SUÁREZ, A., «Reversión de servicio público previamente descentralizado desde la perspectiva de la transmisión de empresa», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3 (2019).
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «El “sector público” como referente actual del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 209 (2019).
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho Comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Vías para la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7 (2019).
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Seis hipótesis sobre la Administración pública y la selección de empleados públicos en la próxima década», *La mirada institucional*, 2019.
- «Automatización y empleo público: algunos riesgos y consecuencias», en *La mirada institucional*, 2019.
- LONGO MARTÍNEZ, F., «La Administración Pública en la era del cambio exponencial. Hacia una gobernanza exploratoria», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. especial 3 (2019).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a, «Qué cambios en la gestión de los servicios públicos pueden implicar subrogación del personal? una visión administrativista», *CEFLegal*, núm. 213 (2018).
- *El contrato de consultoría y asistencia*, Madrid, Civitas.
- «Deberes laborales y Código de Conducta», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones públicas*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.
- «La subrogación de personal en casos de reversión del servicio: una vuelta de tuerca», *Revista de Administración pública*, núm. 218 (2022).
- «La contratación indefinida en la Administración pública», en J. GARCÍA MURCIA (ed.), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, Oviedo, KRK Laboral.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN E. M.^a, y BALLINA DÍAZ, J., *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, Madrid, Reus, 2022.
- ORTEGA BERNARDO, J., «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Revista de Información Laboral*, núm. 6 (2016).
- PADILLA RUIS, P., «La buena administración como fundamento de actuación del empleado público», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108 (2017).
- PONCE, J., *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Madrid, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 2019.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La remunicipalización de los servicios públicos. Aspectos laborales», *Seminari sobre relacions col·lectives*, Barcelona, Federació de Municipis de Catalunya, 2015.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*, Albacete, Bomarzo, 2020.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., «Sucesión o subrogación empresarial entre dos empresas prestatarias de un servicio de limpieza de un centro médico de atención primaria de la salud», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 54 (2007) (BIB 2007\2156).
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *La Administración tras la crisis: el empleo público*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares.
- TOLIVAR ALAS, L., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a, «Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Revista de Administración Pública*, núm. 176 (2008).
- TORNOS MAS, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59 (2016).
- TRAMONTANO, L., *Publico impiego. Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2022.
- TREVIÑO PASCUAL, M., «El supuesto de “sucesión de plantillas” en caso de reversión de servicios públicos», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 47 (2017).
- VELASCO CABALLERO, F., *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- VILLALBA SÁNCHEZ, A., «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*, núm. 228 (2020).
- YAGÜE BLANCO, S., «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*, núm. 9 (2018).