

INFORME solicitado en virtud de lo establecido por el Reglamento Orgánico del Pleno, Artículo 275, párrafos 2 y 3, a petición de la Portavoz del Grupo Municipal BILDU, Sra. Larrión Ruiz de Gauna.

“Artículo 275.2.- Además de los informes preceptivos señalados en el artículo 122.5 letra e) de la Ley Reguladora de las Bases de régimen Local, podrán solicitar a la Secretaría General informe jurídico sobre la legalidad de un asunto de competencia municipal la cuarta parte como mínimo de las personas que sean miembros de la Corporación o quienes sean Portavoces de los grupos que representen el mismo”.

ASUNTO:

Aspecto primero: Obligación de subrogación del Ayuntamiento como empleador en las relaciones laborales preexistentes entre el adjudicatario y sus trabajadores, si se opta por la remunicipalización del servicio.

1.- Independientemente a la recompra de la maquinaria e instalaciones necesarias para desarrollar el servicio, ya que el Ayuntamiento ya hace frente al pago por su coste, ¿cuáles serían las consecuencias en forma de indemnizaciones a la actual UTE en caso de rescindir el contrato para volver a licitarlo?

2.- Independientemente a la recompra de la maquinaria e instalaciones necesarias para desarrollar el servicio, ya que el Ayuntamiento ya hace frente al pago por su coste, ¿cuáles serían las consecuencias en forma de indemnizaciones a la actual UTE en caso de rescindir el contrato por interés municipal para remunicipalizar el servicio?

3.- En términos de pago de indemnizaciones, ¿cuál de las dos opciones anteriores es más ventajosa para el Ayuntamiento?

Aspecto segundo: Obligación de subrogación del Ayuntamiento como empleador en las relaciones laborales preexistentes entre el adjudicatario y sus trabajadores, si se opta por la remunicipalización del servicio.

4.- En caso de que hubiera un acuerdo entre las personas trabajadoras y el Ayuntamiento, ¿sería legal la subrogación de dichas personas en los términos en los que se ha venido haciendo de contrata en contrata tal y como marcan los actuales pliegos?

5.- En caso de que no se diera esa subrogación, ¿podría la UTE despedir al colectivo de personas trabajadoras que han venido prestando el servicio de limpieza?

6.- En aplicación de la Directiva 2001/23/CE relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, y en relación a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 2015, y en caso de que el Ayuntamiento decidiera no subrogarse (como empleador de dicho colectivo de personas trabajadoras) ¿habría un riesgo real de que se judicializase la relación con los trabajadores y por tanto el proceso de remunicipalización por interés municipal se viera afectado?

Aspecto primero: Comparación del coste indemnizatorio para el Ayuntamiento de la rescisión del contrato si es para volver a licitarlo y si es para remunicipalizar el servicio.

NORMATIVA VIGENTE

El Pliego de condiciones jurídicas y económico-administrativas particulares que rigen el concurso público para la contratación de los servicios de limpieza pública urbana y recogida y transporte de residuos sólidos urbanos de la ciudad, en su cláusula 37ª, enumera las posibles causas de resolución del contrato. Y añade que, en cuanto a la aplicación de dichas causas de resolución y a los efectos de la resolución, se estará a lo establecido en los artículos 168 y 169 del RDL 2/2000, de 16 de junio.

Tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, los efectos de la resolución de los contratos administrativos, en general, se

recogen en el artículo 225 del Texto, y en concreto, los efectos de la resolución de contratos de gestión de servicios públicos en el artículo 288 de la misma norma.

RDL 2/2000, de 16 de junio

Artículo 169.-

1.- En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

2.- Con independencia de lo dispuesto en el artículo 113*, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

3.- En el supuesto del artículo 167 a) *[demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato]*, el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas, o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

4.- En los supuestos de las letras b) *[rescate del servicio por la Administración]*, c) *[supresión del servicio por razones de interés público]* y d) *[imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato]* del artículo 167, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

**Artículo 113*

1.- En los supuestos de no formalización del contrato en plazo por causas imputables al contratista se estará a lo dispuesto en el artículo 54.3

2.- *Cuando obedezca a mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente especificado entre la Administración y el contratista.*

3.- *El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.*

4.- *Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía, y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.*

5.- *En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.*

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre

Artículo 288

1.- En los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, ésta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a ésta por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforma a lo dispuesto en el artículo 271 bis.

En todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando ésta obedezca a laguna de las causas establecidas en las letras a) *[muerte o incapacidad o extinción de la personalidad jurídica del contratista]* y b) *[declaración de concurso o de insolvencia en otro procedimiento]* del artículo 223 de esta Ley.

2.- Con independencia de lo dispuesto en el artículo 225*, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

3.- En el supuesto del artículo 286 a) *[demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la*

contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato], el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas, o valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

4.- En los supuestos de las letras b) [rescate del servicio por la Administración], c) [supresión del servicio por razones de interés público] y d) [imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato] del artículo 286, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

**Artículo 225*

1.- Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.

2.- El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

3.- Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiera constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4.- En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiera sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

5.- Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223 [imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I], el

contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

6.- Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 223 [imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I], podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público, o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

CONCLUSIONES RELATIVAS A LAS CUESTIONES 1, 2 Y 3

La normativa reguladora de la contratación pública no prevé diferentes efectos indemnizatorios para el caso de que la Administración contratante, una vez resuelto el contrato de gestión de un servicio, opte por volver a licitarlo para continuar prestándolo por gestión indirecta, o, por el contrario, decida su prestación por gestión directa.

Las consecuencias indemnizatorias varían según la causa de la resolución sea imputable al contratista, o a la propia Administración contratante, en los términos establecidos por la normativa recogida en el informe.

Aspecto segundo: Obligación de subrogación del Ayuntamiento como empleador en las relaciones laborales preexistentes entre el adjudicatario y sus trabajadores, si se opta por la remunicipalización del servicio.

I.- NORMATIVA VIGENTE Y JURISPRUDENCIA QUE LA INTERPRETA

I.I SUBROGACIÓN LEGAL

Estatuto de los Trabajadores

Artículo 44, apartados 1 y 2

“1.- El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empleador subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

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

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia de 7 de diciembre de 2011, Fundamento Jurídico Segundo. Interpretación del artículo 44 E.T. Cita sentencias anteriores, en particular STS de 28 de abril de 2009.

“La sucesión de empresa, regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera “ope legis” sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo.

La interpretación de la norma ha de realizarse a la luz de la normativa comunitaria sobre sucesión empresarial (Directiva 1977/187/CEE, del

Consejo, de 14 de febrero, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad, o de parte de empresas o de centros de actividad; sustituida por la Directiva 1998/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, y por la actualmente vigente Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo).

En efecto, a tenor del precepto, se considera que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.

El elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión, a los efectos ahora examinados, consiste en determinar si la entidad de que se trate mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude. La transmisión debe referirse a una actividad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada, infiriéndose el concepto de entidad a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.

Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse, y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (asunto Sūzen): En la sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sūzen, dispone: “En la medida en que, en determinados sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad, aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y

competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.”

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia de 11 de julio de 2011, inexistencia de subrogación empresarial, asunción directa por el Ayuntamiento de la ejecución del servicio público realizado por anterior empresa concesionaria: inexistencia de transmisión de elementos patrimoniales e inaplicación de la cláusula subrogatoria del convenio sectorial a la entidad local. Al Ayuntamiento no le resultan de aplicación las disposiciones del Convenio Colectivo estatal.

Fundamento Jurídico Tercero

1.- ...“En primer lugar, debemos acoger favorablemente la alegación de la Corporación municipal recurrente, cuando sostiene que no le resultan de aplicación las disposiciones del Convenio Colectivo estatal del sector de limpieza, publicado en el BOE del 7-3-1996, y menos aún los acuerdos tomados por su Comisión mixta de interpretación, ... porque, como esta Sala tiene declarado desde su sentencia de 28-10-1996, el convenio colectivo no puede, (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así lo deja precisado el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio.

La doctrina ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias de 15-12-1997, resolviendo también un supuesto referido igualmente al sector de la limpieza, 14-3-2005, 26-4-2006, y 10-12-2008.

El Convenio colectivo que, según la sentencia recurrida, resultaría aquí de aplicación es el estatal del Sector de Limpieza Pública Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de residuos, Limpieza y conservación del Alcantarillado publicado en el BOE del 7-3-1996. Sin embargo, pese a que en sus artículos 6 y 7, al regular el ámbito funcional y personal, aluden tanto a empresas privadas como a entidades públicas, sus efectos no pueden extenderse a empresas o trabajadores que no estén incluidos en su ámbito de aplicación, en los términos que se derivan del artículo 82.3 E.T. Según se advierte con claridad en el propio texto del Convenio, en su negociación no estuvo representada, ni formal ni institucionalmente, ninguna institución pública, ni, por tanto, la Corporación municipal recurrente, porque en representación de las empresas del sector sólo figura la denominada “Asociación de Empresas de Limpieza Pública (ASELIP)”.

Y aunque una de las competencias atribuidas por la Ley de Bases de Régimen Local a los ayuntamientos sea, desde luego, la limpieza viaria en toda su extensión, ello no comporta en absoluto que tales corporaciones se encuentren incluidas dentro del ámbito funcional de los convenios sectoriales que puedan referirse a cualesquiera de aquellas competencias. Sobre todo cuando, como es el caso, la Corporación en cuestión ...tiene un Convenio colectivo propio... no se produce vacío normativo alguno.

2.- Y a pesar de que el objetivo y finalidad declarados por la Directiva 2001/23/CE, igual que los del artículo 44 del E.T., que la traspuso y regula esta materia en nuestro ordenamiento interno, sea la protección de los trabajadores en los supuestos de sucesión empresarial, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos, de lo que no cabe duda es de que la mera asunción por el Ayuntamiento recurrente, por reversión o rescate, de la actividad de limpieza viaria del municipio que antes hacía – por contrata- la empresa cesionaria, sin que exista constancia de que se haya producido ninguna transmisión de medios materiales o de cualquier otro orden, incluida –es decir, tampoco consta- la de haber asumido a alguno de los trabajadores (la figura comúnmente denominada “sucesión de plantilla”) que habían prestado servicios para la empresa privada concesionaria, ...en estos casos, además de que la subrogación probablemente no se compaginaría bien con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y con las normas que regulan el acceso al empleo público y la selección del personal laboral en ese ámbito, como ya tenía declarado esta Sala en asuntos que en lo esencial guardan identidad de razón con el de los presentes autos (por todas, Sentencia de Pleno de 29-5-2008, con resumen de la doctrina de la propia Sala y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hasta entonces) tampoco aquí resultan de aplicación el artículo 44 E.T. ni el artículo 1 apartado 1, letras a) y b) de la Directiva 2001/23/CE.

En sentido contrario, es decir, cuando la reversión vaya acompañada de la transmisión de medios materiales o cuando pueda darse la figura de la “sucesión de plantilla” y, por lo tanto, concorra la sucesión empresarial del artículo 44 E.T., puede verse, por todas, nuestra reciente sentencia de 30-5-2011, que resume además la doctrina al respecto.”

Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Sentencia de 30 de mayo de 2011: reversión del servicio público de grúa municipal desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda su gestión a través de empresa municipal, acompañada de transmisión de medios materiales; responsabilidad solidaria de la citada empresa municipal,

respecto de las deudas salariales de la anterior concesionaria, por ceder fraudulentamente la gestión del servicio a empresa de economía mixta

Fundamento Jurídico Segundo

“ 1.- No compartimos la argumentación que es base de la sentencia recurrida para excluir la responsabilidad solidaria de TUSSAM [empresa municipal del Ayuntamiento de Sevilla] pues si bien parte de una premisa correcta, cual es la de que el artículo 41 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales dispone como gestión directa de los servicios de su competencia la que realicen las Corporaciones locales por sí mismas o mediante organismos exclusivamente dependientes de ellas, añade el erróneo aserto de que no había mediado transmisión patrimonial ... y precisamente sobre esta base llega a la incorrecta conclusión de que la asunción del servicio de grúa –cuando menos formal- por parte de la entidad citada no significa sucesión alguna en el sentido del artículo 44 E.T., sino la gestión de un servicio por su titular, el Ayuntamiento, a través de una empresa municipal.

2.- Ciertamente que, con carácter general, la doctrina de la Sala es constante al afirmar que la extinción de la contrata y asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada no constituye, por sí misma, un supuesto de subrogación empresarial; y que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista, sin que posea responsabilidad alguna la principal (en este sentido, por ejemplo, las sentencias 06-2-97, 17-06-97, y 27-12-97).

Pero no es menos veraz que tal criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contratas con diferentes empresas decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el referido artículo 44 E.T. y en las diversas Directivas de las que aquél es transposición.

Como es también inatendible el criterio general cuando –así se ha dicho interpretando esas Directivas comunitarias- la transmisión vaya referida a cualquier “entidad económica que mantenga su identidad después de la transmisión” o traspaso, entendiendo por tal “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria”; o el “conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”. Y para cuya determinación –transmisión de la entidad que mantiene su identidad- han de considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos

inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades.

3.- De otra parte, no cabe desconocer que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987, que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva; y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23, puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva.

4.- En el caso de que tratamos, el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla resolviendo que el servicio de grúa municipal habría de ser llevado de forma directa por la Corporación a través de la empresa “Tussam”, con todos los medios materiales que en su día habían sido incautados a “Setex Aparki S.L.” y que al personal de la empresa concesionaria caducada le sería de aplicación la legislación vigente, configura la transmisión de empresa ...

Y no porque se hubiese acordado expresamente –que no fue así- la “asunción de plantilla” que entendió concurrente la sentencia de contraste, y que configura por sí misma la sucesión empresarial en ciertos sectores en los que prima la actividad personal y la organización ... Sino básicamente porque se trata de la transmisión de “un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a acabo una actividad económica” ... la “unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada” de que habla nuestra doctrina jurisprudencial ... Sin que pueda argumentarse en contra de esta conclusión que los medios patrimoniales ya eran propiedad municipal y que ello nos sitúa frente a una simple reversión de medios ... el argumento únicamente sería válido si se tratase de una propiedad municipal originaria ...

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia número 1911/2015, de 13 de octubre. Fundamento Jurídico Tercero. Confirma Sentencia de la misma Sala de 15 de septiembre de 2015.

“Para que en la reversión de un servicio público desde la empresa concesionaria a la entidad pública que decide seguir prestando el servicio, se aprecie sucesión empresarial, ha de existir una transmisión de

elementos significativos precisos para la prestación del servicio, que en este caso viene dado por la asunción de plantilla por el Ayuntamiento (doce de los dieciocho trabajadores que estaban en el servicio, doce de los quince empleados que el Ayuntamiento destina a la ejecución del mismo), y también por el traspaso al ente local de los elementos materiales necesarios para el desarrollo de la labor.”

“El Ayuntamiento, dada la transmisión de elementos materiales, tenía obligación de asumir a los empleados de la contrata, y de facto lo debió entender así, o cuando menos consideró o le interesó que esos empleados continuaran el servicio, desde el momento en que la convocatoria de puestos para la limpieza viaria que publicó ya establecía una preferencia para los trabajadores de la UTE que convertía en muy difícil el acceso a esas plazas para los restantes candidatos desde el momento en que valoraba de forma muy importante la experiencia obtenida en los puestos ofertados, de manera que de las quince plazas que convocó, doce fueron a parar a ex empleados de la UTE (ignorándose si los otros seis se presentaron).

En suma, el Ayuntamiento no puede eludir la sucesión empresarial que existe ex artículo 44 ET, esgrimiendo como argumento la vinculación funcionarial y no laboral, y la superación de las pruebas por los trabajadores que lo fueron de la UTE, cuando la realidad es que ha existido asunción de plantilla en número más que considerable (provocada por los méritos establecidos por el propio Ayuntamiento para acceder a los puestos), y transmisión de los elementos precisos para la ejecución del servicio.”

II -.SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

Estatuto de los Trabajadores

Artículo 82, apartado 3

Los Convenios colectivos regulados por el Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que solo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del Convenio.”

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª. Sentencia de 26 de julio de 2012. (Jurisprudencia establecida desde STS 28-10-1996)

No está obligado, en virtud de convenio colectivo, a la subrogación, el Ayuntamiento que, una vez finalizada la contrata de limpieza viaria, pasa

a prestar el servicio directamente con sus propios medios y personal propio. Ya que “ aun siendo la limpieza viaria una competencia municipal, el ser asumida por el Ayuntamiento y por sus propios medios no lo convierte en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública, viaria, etc., como ocurría con la contratista” “no puede estimarse aplicable la subrogación al personal que regula el artículo 49 del Convenio General del Sector de Limpieza pública viaria, etc, a efectos de contribuir y garantizar el principio de estabilidad en el empleo”.

III ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Sección 1ª. Sentencia de 14 de diciembre de 2009. Acceso al empleo público estable, sometimiento a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad: no procede la adquisición de la condición de fijeza por el personal contratado temporalmente al margen de cualquier procedimiento de selección o por el reconocimiento judicial de la condición de indefinido.

Fundamento Jurídico cuarto:

«El acceso al empleo público está sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como se desprende de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, y estos principios son aplicables tanto en el marco del acceso a los puestos de funcionarios como en el que corresponde al empleo laboral estable, como muestra la regulación contenida en la actualidad en el artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, a tenor del cual “todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del Ordenamiento jurídico”, sin que la remisión que el artículo 83 realiza a los convenios colectivos lleve a la conclusión contraria, pues lo que se autoriza a éstos es a concretar los procedimientos de selección que garanticen la aplicación de esos principios en el ámbito del empleo público, ...»

Tribunal Constitucional Auto 858/1988, de 4 de julio

“Es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración Pública no debe verse sujeta, por imperativo del artículo 14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (artículos 23.2 y 103.3) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de

concurrancia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración”

CONCLUSIONES RELATIVAS A LAS CUESTIONES 4, 5 Y 6

Si el Ayuntamiento decide la reversión a la propia entidad del servicio público de limpieza pública urbana y recogida y transporte de residuos sólidos urbanos de la ciudad, para seguir prestándolo por gestión directa, únicamente se verá obligado a subrogarse como empleador en las relaciones laborales preexistentes entre la UTE adjudicataria y sus trabajadores cuando ello conlleve una “sucesión empresarial” en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que traspone las Directivas comunitarias. Para ello no basta con la mera asunción directa de la ejecución del servicio, sino que ésta debe ir acompañada de la transmisión de elementos significativos precisos para la prestación del servicio.

Considerando los preceptos constitucionales que imponen procedimientos de libre concurrancia, con la debida publicidad, para la acreditación del mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la subrogación, cuando resulte procedente, no lo será como resultado de la negociación, sino por tratarse de una obligación legal anudada a una opción elegida como consecuencia de un interés público de imprescindible acreditación en el expediente. Debiendo acreditarse igualmente el respeto a los principios de estabilidad presupuestaria.

Si se produce la reversión del servicio sin sucesión empresarial, las relaciones laborales de los trabajadores con las empresas de la UTE no se verían modificadas. Las causas de despido que podrían afectarles serían las reguladas por la legislación laboral.

Tanto los trabajadores como la UTE podrían acudir a la jurisdicción de lo social en defensa de sus derechos, si discrepasen de la interpretación del Ayuntamiento en cuanto a las obligaciones que la reversión del servicio impone a la entidad.

Las conclusiones alcanzadas en torno a los dos aspectos de la consulta formulada integran el parecer de esta Secretaría, que se expone, según lo solicitado, en Vitoria-Gasteiz, a 14 de marzo de 2017.

LA SECRETARIA GENERAL DEL PLENO