

SEGUNDA PARTE

RÉGIMEN DEL PERSONAL EN CONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS DE LAS AA.PP.

PROBLEMAS ACTUALES DEL RÉGIMEN DE PERSONAL EN CONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS^{1*}

Eugenia Revilla Esteve**
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO: 1. El fenómeno de las contratas de obras de servicios en las administraciones públicas hoy en día. –2. Reacciones al fenómeno de la remunicipalización y sus consecuencias para las plantillas de las administraciones públicas. –3. Algunas propuestas.

RESUMEN

El que las Administraciones Públicas recurran a fenómenos de externalización para gestionar los servicios públicos no es algo novedoso. Lo que quizás sí resulte una novedad es que, hoy en día, estemos asistiendo a la tendencia contraria. Es decir, el rescate de la gestión privada de los servicios públicos y su vuelta a la gestión directa por la Administración Pública. Este retorno plantea no pocos problemas de gestión del personal que en algún caso deberá de “ingresar” en la Administración Pública. Para hacer frente a esta situación las Administraciones Públicas han tratado de dotarse de mecanismos preventivos (poco efectivos) que no han evitado que los tribunales del orden social les acaben condenando por situaciones de cesión ilegal. Este artículo sugiere una nueva manera de enfocar el problema, que no violente las instituciones laborales y que, al mismo tiempo, sea capaz de atender las singularidades de la Administración Pública cuando actúa como empresario.

ABSTRACT

The fact that the Public Administration turn to procurement phenomena to manage public services is not new. What might result new is that, today, we are witnessing the opposite trend. That is, the rescue of the private management of public services and its return to direct mana-

¹ Este artículo es fruto de la intervención realizada en el debate organizado por la Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Barcelona en Noviembre de 2015 en relación a las “Novedades en materia de gestión del personal y servicios en las Administraciones Públicas” y, más concretamente, respecto al régimen del personal en contratas de obras y servicios de las Administraciones Públicas.

*Recibido el 2 de febrero 2016, aceptado 16 de marzo 2016

** Letrada de los Servicios Jurídicos de la Federació de Municipis de Catalunya.
Profesora Colaboradora de la Universitat Oberta de Catalunya.

gement by the Public Administration. This return poses many problems of human resources management because in some cases these will suppose that some workers will "enter" in the public administration through a "back door". To address this situation, the government has tried to equip itself with (ineffective) preventive mechanisms, that have not avoided the social courts' condemning them for illegal transfer situations. This article suggests a new approach to the problem that abides by the labor law and at the same time, the singularities of the Public Administration when acting as an entrepreneur.

Palabras clave: Externalización; Remunicipalización; Empleo público.

Key words: Procurement; Redistricting; Public employment

Puede decirse sin temor a equivocarse que, desde un punto doctrinal y jurisprudencial, el fenómeno de las contrataciones de obras y servicios no es algo nuevo dado que viene siendo estudiado y sentenciado desde ya algunas décadas pero no por "antiguo" ha dejado de tener interés. Si inicialmente este mecanismo de descentralización productiva era más utilizado por los empresarios del sector privado con el paso del tiempo también se ha ido extendiendo al sector público, de ahí que actualmente también sea posible encontrarlo en ambos ámbitos, el público y el privado, aunque (lógicamente) con algunas modulaciones en gran parte derivadas de las exigencias que impone la normativa de contratación pública a todos aquellos sujetos que operan en el sector público. Por consiguiente tenemos un fenómeno productivo propio del sector privado, que es regulado y acotado por la normativa laboral, que, con el paso del tiempo es utilizado también por las diferentes Administraciones públicas y su sector instrumental, sin que por ello las soluciones normativas (propias del ámbito laboral) haya sido adaptadas o replanteadas a las lógicas propias del sector público. Lo que sin duda, como veremos, será una fuente de problemas. Pero antes de abordar los problemas, detengámonos, ni que sea brevemente, en el uso que están haciendo las administraciones públicas, y especialmente la Administración Local, del fenómeno actual de las contrataciones y subcontratas.

1. EL FENÓMENO DE LAS CONTRATAS DE OBRAS DE SERVICIOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS HOY EN DÍA:

Hasta hace relativamente poco hablar del fenómeno de las "contratas y subcontratas" en el ámbito de las administraciones públicas se asociaba a procesos de externalización de la gestión de servicios públicos y a fenómenos de colaboración "público privada". Esto es, a situaciones en las que las Administraciones Públicas decidían que, determinados servicios públicos, fueran gestionados por actores privados en aras a lograr una mayor eficiencia y una reducción de los costes asociados a la prestación de dichos servicios. Así se había venido construyendo un discurso conforme al cual se sostenía que la gestión privada de los servicios públicos conllevaba un ahorro del gasto público (y especialmente en materia de costes de personal), y en definitiva un uso más eficiente de los recursos públicos². Este relato parece haberse instalado en la lógica colectiva y, ciertamente, sigue estando presente en algunos sectores, especialmente, en el de la salud y el de la gestión sanitaria³; pese a que se trate de un discurso recurrente que, frecuentemente, es auspiciado por las asociaciones empresariales más representativas del país⁴; pese a que los datos y los argumentos no se encuentren muy fundamentados.

² Para una descripción en profundidad del fenómeno desde la perspectiva que ofrece el Derecho Administrativo vid. J. CANTERO MARTÍNEZ, "La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?", *DA. Revista Documentación Administrativa* nº 286-287, enero-agosto 2010, pp. 297-334.

³ Como ejemplo puede citarse a JM., LÓPEZ SALUDAS, "¿Es más eficiente la gestión privada de los servicios sanitarios que la gestión directa?", núm. 11, pág. 55 y ss., 2013.

⁴ En este sentido la CEOE, por ejemplo: <http://www.nuevaeconomiaforum.org/fr/noticias/ceoe-defiende-la-gestion-de-los-servicios-publicos-como-si-fueran-privados> (última consulta enero de 2016)

Pero lo cierto es que, desde la óptica de las Administraciones Públicas, el recurso a la “externalización” de la gestión de los servicios públicos si en un primer momento pudo resultar útil, a corto plazo les ha venido provocado no pocos quebraderos de cabeza, especialmente, cuando la externalización del servicio público a través de una contrata o una concesión finaliza anticipadamente, ya sea por propia voluntad (porque se quiere rescatar el servicio para prestarlo directamente o para adjudicar a otro) ya sea de forma involuntaria porque ya no puede seguir costeados los gastos asociados a la prestación del servicio público externalizado). En muchos casos, el resultado final de estas situaciones será el tener que integrar en su plantilla el personal que hasta ese momento prestaba el servicio para el gestor privado. Y esa integración repentina plantea no pocas situaciones conflictivas respecto de los derechos que hay que conservar y el destino final del personal reintegrado. Cierto es que el Derecho del Trabajo, cuando se aplica al ámbito privado, conoce ya de soluciones que aseguran a los trabajadores sus derechos y sus puestos de trabajo. Pero estas soluciones cuando son trasladadas al ámbito público no siempre resultan pacíficas ni acordes con los principios que rigen el Derecho Administrativo de ahí la gran conflictividad judicial existente⁵.

Entrar a analizar ahora cada uno de los supuestos y los efectos de los procesos de externalización de los servicios públicos (entre los que se encuentra el fenómeno de la contrata y sub-contrata) excedería en mucho el objetivo del presente escrito. Por otro lado, el mismo ya ha sido expuesto con acierto por RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁶, quien ha sabido combinar hábilmente en su estudio la doble perspectiva laboral y administrativa. Por tanto, una vez establecido que no se trata ni de un fenómeno nuevo, ni desconocido, y que ya ha sido analizado por nuestros tribunales, sólo cabe cuestionarse si se ha producido alguna novedad destacable en estos últimos tiempos y si hay alguna propuesta innovadora que pueda aportarse a los casos conflictivos que recurrentemente se plantean.

¿Qué hay de nuevo en los procesos de externalización de la gestión de los servicios públicos?

Con acierto se ha afirmado⁷ que, en los últimos años, han aumentado de forma considerable los procesos de privatización o gestión indirecta de los servicios públicos por parte de las Administraciones públicas, fruto en gran parte de las presiones para rebajar el gasto e incrementar la eficacia, como de los movimientos tendentes a reducir la dimensión del sector público. Pero también factores más coyunturales, en parte asociados a la crisis económica, han forzado a las Administraciones Públicas a adoptar decisiones reorganizativas, que afectan especialmente a su personal, tendentes de un lado, a interiorizar prestaciones de servicios públicos, que años atrás habían sido encomendadas a empresas privadas, y de otro a fusionar o extinguir determinados entes instrumentales, todo ello con el objetivo de alcanzar la tan aireada sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria del gasto público.

A mi modo de ver, el sector público local es el que más ha sufrido el impacto de la crisis económica y también ha sido el que más ha acusado la tendencia normativa actual contraria a la utilización de mecanismos de colaboración público-privada⁸. Sin embargo, el legislador no ha

⁵ De hecho existe ya una profusa jurisprudencia a nivel comunitario y a nivel estatal que trata delimitar los efectos de la doctrina de la transmisión de empresa, que contempla el art. 44 del TRLET, aplicándola a los procesos de externalización de las administraciones públicas en casos de contratas y de concesionarios. Para una visión exhaustiva de la misma no cabe más que citar el análisis que realiza desde hace tiempo BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. En este sentido es altamente recomendable consultar todas las entradas que dedica en su blog al análisis jurisprudencial que dedica este autor al art. 44 del TRLET. Esta etiqueta y el blog puede consultarse en la dirección siguiente: <http://ignasibeltran.com/tag/art-44-et/>.

⁶ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: contenido y consecuencias de la aplicación de los artículos 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores”, Col. Monográficos, núm. 2. , pág. 22 a 39.

⁷ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, núm. 25, 2014, pág. 55.

⁸ Así, cabe recordar cómo la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), de Racionalización y Sos-

sido el único “culpable” en imponer nuevas formas de gestión de los servicios públicos (locales), ya que otras veces se ha tratado de una decisión libremente adoptada por los dirigentes de las Administraciones Públicas.

Efectivamente, tras las últimas elecciones locales que se celebraron en mayo de 2015, se han empezado a oír de nuevo, con fuerza, algunas voces que apuestan por la recuperación de los servicios municipales para la gestión pública. Sin ir más lejos, una de las propuestas del programa económico de fuerzas políticas que han ganado en las pasadas elecciones municipales en ciudades como Barcelona⁹ o Madrid¹⁰, es la de “re-municipalizar” los servicios públicos entregados a la gestión privada en los últimos años. Por consiguiente Barcelona y Madrid parecen estar a la cabeza en la apuesta por el “rescate” o el retorno a la gestión pública de los servicios municipales, que hasta hace poco estaban en manos privadas, pero no son las únicas ciudades en donde el debate está abierto¹¹.

Así tras la resaca de las privatizaciones, de las externalizaciones o de las colaboraciones público-privadas, muchos gestores locales (nuevos) han accedido al cargo llevando en sus programas promesas de “rescate de los servicios públicos”. A los que, previsiblemente, cabe augurar, que se unirán organizaciones sindicales y asociaciones de empleados públicos y de plataformas sociales¹² que, aunque acallados, siempre mantuvieron estas mismas tesis. A mi modo de ver, no se trata de una simple tendencia aislada, que está “moda”, o que sea predicable de ciudades “grandes” que están gobernadas por una fuerza política de un determinada signo. Se trata de un fenómeno que paulatinamente va extendiéndose por la geografía española pero que también cuenta ya con precedentes internacionales.

Por citar tan sólo un caso, y quizás el más emblemático, el servicio público distribución del agua. Capitales europeas tan importantes como Berlín o París ya han realizado esta apuesta por el retorno a la gestión pública¹³. También en EEUU ha calado la misma idea. Y junto con Francia, lideran la onda expansiva de “reconquista” de la gestión pública del agua¹⁴. Otros ejemplos internacionales interesantes son, por ejemplo, la ciudad de Yakarta, la ciudad más poblada

tenibilidad de la Administración Local, introduce modificaciones importantes en la Ley 7/1985, de 2 de abril (BOE 3 de abril), Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), tomando como punto de partida cinco postulados, todos ellos dirigidos a asegurar la sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos: reducción de las competencias y servicios municipales; reforzamiento de las provincias para la prestación de servicios de titularidad municipal; reducción de los costes de gobierno (personal eventual, régimen de dedicación y retribución de los concejales); reducción o desmantelamiento del sector público local; y mejora selectiva del control interno y externo en y sobre las entidades locales. En este sentido, Vid. F. Velasco Caballero: “Reforma de la Administración Local: una nueva distribución territorial de poder”, en La reforma del sector público, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, pág. 68.

⁹ Por ejemplo Barcelona en común propone “Recuperar el agua como bien común” (vid.<https://barcelonaencomu.cat/es/programa/navega/model-ciutat/194>).

¹⁰ Concretamente el programa propone defender los servicios públicos, re municipalizando los servicios municipales privatizados “para que sean públicos y de gestión 100% pública”. La idea es constituir y desarrollar el sector público municipal en todos los terrenos que sea necesario: servicios sociales, escuelas infantiles, cultura, atención a los mayores, a la juventud, transporte público, así como en rehabilitación de vivienda, energías renovables, etc.: <http://programa.ahoramadrid.org/propuesta.php?id=816>

¹¹ Actualmente, el Ayuntamiento de Zaragoza también se está planteando re municipalizar la mayoría de las contrataciones que gestionan sus servicios públicos municipales (<https://www.diagonalperiodico.net/global/29071-la-remunicipalizacion-contratas-zaragoza-mas-cerca.html>).

¹² Como por ejemplo: la *Plataforma de Trabajador@s y Vecin@s por la Remunicipalización y Gestión directa de los Servicios Públicos de Madrid* (<http://municipalizarmad.blogspot.com.es/>); o la recientemente creada *Plataforma ciudadana en defensa de la remunicipalización de los servicios públicos de Zaragoza* (<http://arainfo.org/2016/01/nace-una-plataforma-ciudadana-en-defensa-de-la-remunicipalizacion-de-los-servicios-publicos-en-zaragoza/>).

¹³ El fenómeno está perfectamente descrito en el estudio “*El futuro de nuestro agua pública: La experiencia mundial de la remunicipalización*” del Transnational Institute. Que puede consultarse en línea a través del siguiente enlace: <https://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/ourpublicwaterfuture-1.pdf>

¹⁴ Así, desde el año 2000, y hasta marzo de 2015 pueden contabilizarse 58 municipios norteamericanos y 94 fran-

de Indonesia, una urbe que tiene casi 10 millones de habitantes, que en marzo de 2015 anuló el contrato que privatizaba el servicio de suministro del agua. De hecho un estudio internacional auspiciado por la Federación sindical mundial Internacional de Servicios Públicos (ISP) revela que el ritmo de la remunicipalización del agua se está acelerando "drásticamente" ya que se ha "duplicado en el periodo 2010-2015 con respecto al 2000-2010"¹⁵.

2. REACCIONES AL FENÓMENO DE LA REMUNICIPALIZACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS PARA LAS PLANTILLAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Es verdad que la remunicipalización de la gestión del servicio de distribución del agua sigue siendo el caso más emblemático, seguramente por el impacto inmediato que tiene y por su cuasi afectación universal, pero conviene recordar que no está siendo el único. Volviendo al caso español, en los últimos años también se están rescatando para la gestión pública directa: el servicio de recogida de basuras¹⁶, la limpieza viaria, el servicio de parques y jardines¹⁷, de conserjería¹⁸, de atención ciudadana¹⁹, de cobro de impuestos²⁰, de guarderías municipales, etc.

Este cambio de tendencia, a atraer hacia la gestión pública directa lo que antes se había externalizado y dejado en manos de privados, obedece, en algunos casos, a una opción política, pero no siempre es así. También existen casos en que los motivos pueden deberse a los toques de atención, que en los últimos tiempos, vienen realizando los organismos de control del gasto público en el sector público (como el Tribunal de Cuentas y órganos de control y fiscalización similares de las Comunidades Autónomas). Estos órganos a través de sus informes de fiscalización, alertan de forma recurrente sobre los "riesgos" asociados a los fenómenos de externalización de los servicios públicos, y a los problemas que pueden derivarse en materia de personal para las Administraciones Públicas. Igualmente, estos organismos también se han encargado de desmentir la falsa creencia según la cual la gestión de los servicios públicos es mucho más cara cuando se realiza directamente por la Administración Pública, que cuando gestión se realiza por empresas del sector privado²¹.

Por otro lado, el Tribunal de Cuentas ha sido el organismo público del Estado que más esfuerzos ha dedicado a construir una especie de "alerta temprana" para las Administraciones Públicas, que les permita advertir las consecuencias indeseables que en materia de personal pueden tener los pronunciamientos judiciales en procesos de externalización de la gestión de servicios públicos. En este sentido, fue el Tribunal de Cuentas quien elevó a las Cortes Generales una *Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración contratante en virtud de sentencias judiciales*, que moción motivó la aprobación de la Resolución (con el mismo nombre) de la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas de 27 de octubre de 2010 (BOE de 18 de enero de 2011).

ceses que han decidido volver a tomar las riendas del control del suministro del agua http://www.eldiario.es/catalunyaaplural/economia/remunicipalizacio-laigua-truca-porta-Catalunya_0_445506169.html (última consulta 27-10-2015).

¹⁵ Vid. D. HALL, "Remunicipalización de los servicios municipales", PSIRU, Mayo 2012: http://www.worldpsi.org/sites/default/files/attachment/news/remunicipalizacion_y_servicios_municipales_2_3.pdf.

¹⁶ Es el caso del Ayuntamiento de León, o el Ayuntamiento de Vidreras (Girona).

¹⁷ Ayuntamiento de Cabriels.

¹⁸ Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú.

¹⁹ Ayuntamiento de Zaragoza.

²⁰ Ayuntamiento de Oviedo.

²¹ En este sentido, por ejemplo, cabe citar el Informe del Tribunal de Cuentas de *fiscalización del sector público local de 2011* (publicado en 2013), en el que tras analizar las cuentas de los municipios de menos de 20.000 habitantes (el 95 % del total) concluyó que la gestión pública directa de los servicios básicos como el agua, la recogida de basura y la limpieza viaria costaba mucho menos que cuando se encontraban externalizados.

En dicha Resolución se insta a las Administraciones Públicas a aprobar los mecanismos necesarios para atajar todas aquellas prácticas que hasta el momento se llevaban a cabo en las contrataciones de servicios, y que suponen en muchos casos que los tribunales declararan la existencia de una cesión ilegal, otorgando al trabajador el derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa de su elección. Elección que previsiblemente se decantará a favor del ingreso en la Administración Pública bajo la condición de trabajador indefinido no fijo plantilla. En opinión del Tribunal de Cuentas esta vía de acceso a la Administración Pública (“por la puerta de atrás”) se opone a lo establecido en el art. 103.2 de la CE, que prevé que el acceso a la función pública debe hacerse conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de procedimientos que, según la normativa de función pública (esencialmente contenida en el Texto refundido de la Ley del Estatuto del Empleado Público, en adelante TRLEBEP²²), garantizan además la publicidad y la transparencia, así como la imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección.

La moción tuvo un cierto recorrido, de ahí que se incorporara al ordenamiento jurídico²³ una obligación a todos los entes, organismos y entidades del sector público incluidos en la Ley de Contratos del Sector Público, de dictar antes del 31 de diciembre de 2012, unas *“instrucciones que garantizaran en su aplicación práctica la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quedare clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral del personal de la empresa contratista respecto de la Administración Pública contratante”*. Y añadía en su segundo párrafo, *“en el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias”*.

Sin duda, este segundo párrafo podía planter de entrada ciertas dudas respecto a su encaje con lo previsto en el art. 43.4 del TRLET, conforme al cual *“... Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”*. Esto es para la Administración pública el sueldo tendrá que ser el factor determinante para encajar al “nuevo” empleado público en su plantilla mientras que desde la perspectiva laboral el criterio a tener en cuenta es en todo caso la similitud o equivalencia de funciones con el puesto de trabajo desempeñado, lo que es sustancialmente diferente. Es decir, en un supuesto de tráfico prohibido lo que se asegura al trabajador no es sólo el derecho a conservar la remuneración que venía percibiendo por sus servicios sino un elenco derechos y también de deberes, que no parece que el legislador haya querido garantizar de la misma forma si el trabajador sometido a tráfico prohibido decide “ingresar” en la plantilla de una Administración Pública.

Sea como fuere, dando cumplimiento a dicha obligación, la Secretaría de Estado de Administraciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas dictó el 28 de diciembre de 2012 unas *“Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones administrativas de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores”*²⁴. Instrucciones que fueron seguidas y replicadas por otras tantas administraciones públicas de forma sucesiva hasta la actualidad²⁵. Por tanto, una de las principales

²² En este sentido, arts. 55 a 62 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (núm. 261, de 31 de octubre).

²³ Dicha obligación fue introducida por la disposición adicional primera del RDL 20/2012, de 13 de julio, de *medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* (BOE 14 de julio).

²⁴ <http://www.femp.es/files/566-1363-archivo/28%2012%2012%20Instrucc%20%20SEAP-SEPG%20Gestion%20contratos%20servicios.pdf>

²⁵ Entre las muchas instrucciones cabe citar los siguientes ejemplos: el de la Junta de Andalucía que aprobó la

virtudes de las Instrucciones dictadas por el Estado, han sido que han servido para otras Administraciones Públicas que no las han aprobado todavía puedan utilizar las aprobadas por el estado.

Las instrucciones contienen unos principios de actuación, basados en las propuestas que en su día formulara el Tribunal de Cuentas sobre la materia (y que, como se ha dicho, fueran asumidas por las Cortes Generales en su Resolución de 27 de octubre de 2010) y una serie de buenas prácticas en la fase de formalización y de ejecución de los contratos; así como un *modelo de cláusula* a incluir en los pliegos; y, unas indicaciones a seguir en caso de reclamación judicial.

Por lo que se refiere a su objetivo, según su parte introductoria, tienen como objetivo: evitar *“los riesgos de declaraciones judiciales de despido nulo al finalizar los servicios contratados”* por ello persiguen que la *“actuación de la Administración (sea) más ajustada a la legalidad”* y *“en la medida que la Administración ...conozca los riesgos tendrá que neutralizarlos”*.

En este sentido, las instrucciones advierten sobre la necesidad de que las Administraciones Públicas no recurran a contrataciones externas para hacer frente a necesidades permanentes de su personal, y por ello será necesario que acrediten este extremo de forma expresa al igual que la inexistencia de medios personales propios par la realización de las tareas que van a ser objeto de contratación. Es decir, las Administraciones Públicas deberán de acreditar con suma precisión que las prestaciones de servicios externalizadas se encuentran perfectamente deslindadas de la actividad normalmente desarrollada propio personal, *“sin que pueda producirse en este sentido una confusión de las plantillas de ambas empresas”*. Por este motivo, las instrucciones prescriben atender a que durante la ejecución del contrato, éste no se desvíe de lo pactado, que se cumpla su plazo, su duración y su prorrogas; debiéndose además respetar que el poder de dirección corresponde al empresario y que por tanto no se deberán dar instrucciones y órdenes directas al personal de la empresa contratada.

En definitiva, las instrucciones contienen indicaciones precisas para evitar la confusión de plantillas propias de los casos de cesión ilegal que prohíbe el art. 43 del ET. Es decir, las instrucciones vendrían a ser como una especie de manual de uso o de buenas prácticas para aquellos sujetos de las Administraciones Públicas encargados de externalizar y contratar la gestión de los servicios públicos con terceros, que debería de evitar las malas praxis que acaban condenando a las Administraciones Públicas a asumir las consecuencias del tráfico prohibido de trabajadores.

Hay que señalar también que las instrucciones inciden en todas las fases de los procesos de externalización. Así se abordan aspectos que tienen que ver con la fase de formalización (la contratación propiamente dicha de la prestación de servicios externalizada) y otros que tienen que ver con su ejecución. Por ejemplo, en relación a la fase de formalización, se establece expresamente como condición de buena práctica que la Administración no admita *“cláusulas de subrogación empresarial en las que...asuman compromisos sobre los empleados del adjudicatario o de la empresa instrumental encomendada”*²⁶ (sin perjuicio que si la obligación de su-

“Recomendación 1/2012, de 4 de diciembre, en relación con los trabajadores de las empresas en los contratos de servicios”; o las “Instrucciones sobre buenas prácticas en la contratación de servicios” del Gobierno de Euskadi; o la Recomendación 1/2013 de la Junta Consultiva de Aragón asumida por el Gobierno de Aragón; las instrucciones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. O las más recientes publicadas por la Biblioteca Nacional de España de 26 de febrero de 2015.

²⁶ En este sentido resulta interesante el Dictamen de la Abogacía del Estado de 29 de junio de 2005 de la Abogada Raquel Ramos Vallés (ref. :A.G Entes Públicos 43/05), en el que también se niega la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares por los que se haya de regir la contratación de determinados servicios de una entidad pública empresarial una cláusula que permita la estabilidad en el empleo del personal destinado por la empresas contratadas para la prestación de tales servicios, excepto que este previsto por un convenio sectorial. Esto es, según su criterio, a las Administraciones Públicas les estaría vedado imponer a través

brogación es impuesta por un convenio colectivo sectorial sí que obligue a la Administración Pública²⁷). Y en relación a la fase de ejecución se sienta como criterio, por ejemplo, que los responsables de los Departamentos se abstengan de *“asumir funciones directivas, dictar órdenes o impartir instrucciones concretas y directas sobre el personal de la empresa”*, con el fin de evitar cualquier indicio que tenga que ver con el poder de dirección del empresario y la confusión de plantillas que pueda derivarse. En definitiva, un batallón de medidas y prevenciones, que eviten el reconocimiento por parte de los tribunales del orden social, del derecho al “traspaso” de los trabajadores de la contrata a la Administración Pública o incluso la declaración de la condición de trabajadores indefinidos no fijos de plantilla cuando se ha producido un fenómeno de tráfico prohibido.

Sorprende en este sentido que sean las propias Instrucciones las que alerten sobre que es posible que la Administración Pública pueda ser condenada por un supuesto de tráfico prohibido, pues ello no debiera ser nunca así dado que ésta está obligada siempre a ajustar su actuación a la legalidad. Sin embargo, en un atisbo de practicidad o de realismo las instrucciones establecen que cuando una “sentencia judicial se reconozca a un trabajador la condición de indefinido no fijo ...se procederá a analizar si se trata de una situación que obedezca a necesidades estructurales a dicho ámbito administrativo, o si la prestación de servicios obedecía a motivos coyunturales. En función de los resultado de este análisis, se procederá bien a tramitar la amortización de plaza, bien a proceder a su provisión interna mediante los mecanismos previstos en el convenio colectivo aplicable. Una vez que la plaza haya sido cubierta por un trabajador fijo, se procederá a extinguir el contrato de trabajo del indefinido no fijo”. Es decir, las instrucciones crean una suerte de puerta de entrada “trasera” a la Administración Pública, que permitiría al trabajador indefinido no fijo incorporarse inicialmente a la plantilla pero de forma condicionada a la cobertura regular de la plaza ocupada. Esto es, la Administración Pública acataría la decisión del tribunal juzgador de incorporar en su plantilla al trabajador sometido a tráfico prohibido, siguiendo en este sentido las reglas laborales, pero la incorporación de ese trabajador en la plantilla de la Administración Pública se produciría conforme a los mecanismos de provisión administrativos (en el caso de la Administración General del Estado en su convenio colectivo), que incluso podrían determinar la extinción del puesto de trabajo recién ocupado por el trabajador o la provisión por persona diferente. En definitiva, lo que inicialmente parecería ser una vía de entrada y estabilización en el empleo para el trabajador sometido a tráfico prohibido, al final puede acabar convirtiéndose en una puerta giratoria de salida para ese mismo trabajador, que verá como la Administración amortiza ese puesto de trabajo o lo provee con una persona diferente. En ambos casos la salida del trabajador será indemnizada²⁸, sin duda, pero para acabar así quizás no hubiera sido necesario dar tantas vueltas.

Por último, en relación a estas Instrucciones, hay que decir que las mismas han servido de pauta para elaborar medidas de contención similares respecto de otras formas de gestión que también emplean las Administraciones Públicas para gestionar sus servicios públicos, como pueden ser las encomiendas de gestión²⁹, cuyo uso tan extendido³⁰ (y a veces inadecuado³¹) también ha causado no pocos problemas³².

de los pliegos de condiciones la subrogación empresarial por sucesión de empresa per no así a los convenio sectoriales o la Ley (como ya sucede por medio del art. 44 del TRLET) y ello porque: *“el contenido propio de los pliegos es.. la definición del conjunto de derechos y obligaciones que asumen las partes en ejecución del contrato administrativo, difícilmente puede admitirse como contenido propio de dichos pliegos una cláusula que tenga por objeto regular determinados aspectos de las relaciones laborales del contratista con el personal del anterior adjudicatario o con el anterior contratista. Por su naturaleza, contenido y efectos, la cláusula de subrogación empresarial que se examina excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.”*

²⁷ En este sentido la STS de 11 de junio de 2004 (Ar. 5170).

²⁸ Al respecto téngase en cuenta la STS de 24 de junio de 2014 (Ar. 4380) y el análisis que de la jurisprudencia hace L. LÓPEZ CUMBRE, *“Extinción de los contratos indefinidos no fijos de plantilla en el sector público” ¿duración a término o condición resolutoria?*, Análisis GA&P, Noviembre 2014.

²⁹ La encomienda de gestión es un instrumento jurídico en virtud del cual un órgano administrativo, un organismo público o una entidad del sector público –encomendante–, encarga a otra Administración o a otro ente, organismo

3. ALGUNAS PROPUESTAS

Pero ¿son suficientes este tipo de o instrucciones, para frenar los pronunciamientos de los tribunales laborales?

La realidad demuestra que no, pues las condenas siguen sucediéndose y ya han transcurrido casi cuatro años desde que fueran aprobadas. Entonces, ¿dónde puede estar el problema? A mi modo de ver, la cuestión de fondo radica en la lógica de la que parten este tipo de instrumentos, que es claramente administrativa. Básicamente la incorporación de “nuevo personal” por la puerta de atrás sin cumplir con los principios constitucionales de acceso a la función pública, de igualdad, mérito y capacidad. Sin duda, este objetivo no es inadecuado, pero quizás no se ha puesto igual acento en evitar que las Administraciones Públicas lleguen a este tipo de situaciones. Hay poca pedagogía laboral en las Administraciones Públicas, acostumbradas a lidiar con el Derecho Administrativo. Por ello también es normal, hasta cierto punto, que como estas situaciones de tráfico de personal son resueltas por los tribunales del orden social, estos incidan más en los efectos derivados de la situación y en la forma de paliarlos, que en las causas que la propician. Las lógicas laborales y administrativas no son coincidentes, pues mientras la primera persigue la protección de la parte débil de la relación contractual, la segunda persigue

o entidad del sector público –encomendatario- la realización de una determinada actividad o prestación sin cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio. Se trata de una forma de gestión administrativa, cuya importancia cuantitativa y cualitativa ha experimentado un crecimiento sostenido en los últimos años, en especial en la modalidad de encomienda conferida a las entidades que tienen atribuida la condición de medio propio de las Administraciones Públicas, y que ha adquirido un peso relevante en determinadas áreas de gestión. Este tipo de encomienda de gestión se encuentra a caballo entre la actuación directa por parte de la Administración y la contratación externa para la provisión de bienes y servicios, y presenta ciertas afinidades con otras figuras administrativas como los convenios de colaboración o la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y la ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares. No obstante, la característica determinante del recurso a la encomienda de gestión es que su empleo constituye una excepción a la aplicación de la legislación reguladora de la contratación pública.

³⁰ Prueba de ello es que, conforme a lo establecido en el “Informe de fiscalización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública de los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político – Administrativa del Estado, ejercicios 2008 – 2012”, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 28 de noviembre de 2013 sólo durante el período indicado se realizaron por los Ministerios 1047 encomiendas de gestión, por un importe total de 1.508.354.356,69 euros, y por los Organismos Autónomos y Agencias Estatales 1036 encomiendas de gestión, por un importe total de 443.442.621,02 euros. Todo ello sin entrar a valorar el número y el importe de las encomiendas de gestión llevadas a cabo por las Administraciones Públicas autonómica y local.

³¹ Como así se pone de manifiesto en el “Informe núm. 1088 del Tribunal de Cuentas de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa” de 30 de abril de 2015. Según el informe, con carácter general, hay una buena aplicación de la figura de la encomienda de gestión. Sin embargo, se detectan algunas anomalías, como la adscripción de personal del encomendado para realizar funciones propias de los servicios del encomendante. Además las modalidades de encomienda que tienen por objeto servicios y labores de asistencia y apoyo técnico (699 sobre un total de 1290) son susceptibles de enmascarar la cobertura de necesidades de personal de la organización. Evitarlas, obligaría a una mejor planificación de la distribución de efectivos y a incrementar la eficiencia de los recursos disponibles. La aplicación de la medida conllevaría ahorros importantes de difícil cuantificación. Atendiendo sólo al gasto en que se dejaría de incurrir al evitar cesiones irregulares de trabajadores, y tomando la cifra que ha supuesto esta incidencia en un solo departamento, se evitaría un coste mínimo de 215.000 €/año.

³² En este sentido la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) tenía previsto elaborar una “Guía de instrucciones para la formalización de encomiendas de gestión”. Teóricamente la guía iba a recoger una serie de unas pautas que tenían que servir de guía al gestor público para hacer un uso adecuado de este instrumento. Pero esta guía finalmente quedó reducida a una simple “Circular sobre la formalización de encomiendas de gestión” de la Abogacía del Estado, y por tanto sólo aplicable a la AJE y a su sector público.

la preservación del interés general. De hecho esta misma lógica fue la que llevó a los tribunales del orden social a crear la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, pese a que su reconocimiento supusiera violentar más de un principio de Derecho Administrativo.

La tesis que aquí se sustenta tiene que ver con la necesidad que las Administraciones Públicas pudieran contar con unas reglas específicas de aplicación de los artículos 42, 43 y 44 del TRLET. Porque si se siguen aplicando en los términos actuales, tal y como son interpretados por los tribunales del orden social, ello redundaría en una “creatividad” que fuerza las instituciones laborales y administrativas. La introducción de ciertas especialidades aplicativas en aquellos casos en que uno de los sujetos involucrados fuera una Administración Pública, a mi modo de ver acabaría con ciertos problemas de la jurisprudencia actual, más preocupada por preservar la lógica laboral en su conjunto que la estabilidad en el empleo del trabajador afectado por este tipo de situaciones. Si la Administración Pública hace un mal uso de las instituciones laborales debe ser “penalizada” por ello pero no ha costa del eslabón más débil de la cadena, como sucede actualmente.

Seguramente se argumentará que la introducción de reglas específicas para las Administraciones Públicas en relación a determinadas instituciones laborales rompe con la lógica aplicativa de la legislación laboral, que no concibe diferentes tratamientos jurídicos para los sujetos que están incluidos en su ámbito de aplicación. Pero a mi modo de ver dicha afirmación puede ser desmentida en base a dos argumentos, de un lado por la existencia de relaciones laborales de carácter especial, que permiten tratamientos distintos en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias; y en segundo lugar, porque ya existen ejemplos en el ordenamiento positivo laboral actual, que van en esa línea, como son la regulación particular de las causas de los despidos colectivos (DA 16ª del TRLET); la imposibilidad de que las Administraciones Públicas puedan suspender temporalmente los contratos (DA 17ª del TRLET); o la posibilidad que tienen las Administraciones Públicas de suspender, en situaciones muy concretas, algunas condiciones pactado en el convenio colectivo (art. 82.3 del TRLET). Es evidente que en todos estos casos ha pesado más la condición pública del sujeto empleador que la regulación laboral preexistente. En el caso de los despidos colectivos es obvio, hay ciertas causas (o mejor dicho la definición que de las mismas se ha hecho) que no pueden aplicarse a una Administración Pública por cuanto en nada se parece a una empresa. O el caso de la inaplicación unilateral, en determinadas circunstancias excepcionales, por parte de la Administración Pública de lo pactado en un convenio colectivo, situación antes inaudita en una empresa privada, en donde el cumplimiento de lo pactado no podía quedar al arbitrio exclusivo de una de las partes negociadoras, pero que se ha incorporado al ordenamiento jurídico laboral porque una situación similar ya se aplicaba a los funcionarios en el art. 38.10 del TREBEP.

Por consiguiente, puede decirse que el ámbito laboral ya hay ejemplos de tratamiento diferenciado de las Administraciones Públicas con respecto a su personal laboral, y creemos que ese tratamiento singular también podría hacerse extensivo a los arts. 42, 43 y 44 del TRLET, pues ello evitaría dos cosas: de un lado, el forzar la lógica de estos artículos, que buscan responder con su regulación, a los efectos que estos fenómenos empresariales provocan sobre los trabajadores involuntariamente involucrados; y por otro lado, no tener que recurrir a la cuestionable figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla que a mi modo de ver tanto daño ha hecho a la coherencia del ordenamiento jurídico laboral y administrativo.

En mi opinión, esta es una de las opciones posibles, pues hay otra, la de acometer sin más dilación la regulación de la relación laboral especial del empleado público laboral, que aunque cuenta ya con algunos preceptos dispersos en distintos cuerpos normativos, sería deseable que se aprobara una regulación sistemática y unificada.