



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **376/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 11 de diciembre de 2017, sobre consulta facultativa relativa al reparo de la Intervención Municipal que corresponde levantar al Ayuntamiento Pleno y con informe del Secretario del Pleno contrario a su levantamiento (expte. **370/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de diciembre de 2017 se recibe en el Consejo Jurídico un escrito remitido por el Alcalde del Ayuntamiento de Murcia en el que se formula consulta facultativa acerca de un reparo de la Intervención Municipal, cuyo levantamiento correspondería al Pleno de la Corporación, pero que cuenta con un informe del Secretario contrario a dicha actuación.

Se solicita informe a este Órgano Consultivo *"en el que se indique cómo debe proceder esta Corporación ante esta situación"*.

La consulta se acompaña de copia de tres actas de reuniones del Patronato de la "Fundación Museo Ramón Gaya" y del reparo formulado por la Interventora General, para ilustrar acerca de los antecedentes de dicha situación y de la discrepancia jurídica que surge en el seno de la Corporación Local, con interpretaciones enfrentadas entre los Servicios Jurídicos municipales y el Servicio de Relaciones Laborales, de una parte, y el Secretario del Patronato del organismo autónomo municipal, la Intervención Municipal y el Secretario de la Corporación Local consultante, de otra.

SEGUNDO.- Según se desprende de la documentación remitida junto a la consulta, sus antecedentes son los que siguen:

- La fundación es un organismo autónomo de carácter administrativo integrado en el sector público municipal del Ayuntamiento de Murcia. Desde su creación, la fórmula empleada para prestar los servicios públicos que tiene encomendados ha sido la contractual, mediante la suscripción de contratos administrativos de servicios con empresas privadas. De hecho, la fundación carece de personal propio, aun cuando podría tenerlo, de conformidad

con sus estatutos (en vigor desde el 13 de abril de 1988).

- El 31 de enero de 2017 se extingue por expiración del plazo convenido el contrato de servicios que ligaba a la fundación pública de servicio público "Museo Ramón Gaya" (en adelante la Fundación) con la mercantil --.

Durante la vigencia del indicado contrato (se desconoce la fecha de inicio de la prestación), seis trabajadoras de dicha mercantil habían venido prestando servicios en las instalaciones del Museo realizando labores de *"información, guía de grupos, difusión, promoción y otros servicios complementarios"*.

- Ante la finalización del contrato de servicios, el Patronato de la Fundación, con el asesoramiento de un despacho de abogados externo, se plantea asumir de forma directa el servicio que venía prestando la contratista y subrogarse en los contratos de trabajo del personal de aquélla, dado que *"probablemente se habría producido una cesión ilegal de trabajadores"*.

- El 16 de enero de 2017 y tras descartar otras posibles soluciones que permitieran mantener el Museo abierto al público y en funcionamiento (prórroga del contrato administrativo o suscripción de un nuevo contrato de duración reducida hasta que se resuelva el problema laboral) los Servicios Jurídicos municipales y el Servicio de Relaciones Laborales se pronuncian en sentido favorable a dicha subrogación.

En su informe, los Servicios Jurídicos consideran que de la información aportada por el Director del Museo, *"se ha podido incurrir a lo largo del tiempo en determinadas actuaciones que de alguna forma determinan la cesión ilegal, tales como la impartición directa de órdenes e instrucciones a los trabajadores adscritos a la contrata, la organización del trabajo (turnos, vacaciones, horarios, etc.), alterando en definitiva uno de los requisitos imprescindibles como es el mantenimiento por la empresa contratista del poder de dirección y organización"*.

Considera, asimismo, que *"existe la posibilidad o casi la certeza de que al finalizar el mismo [el contrato administrativo de servicios] o incluso antes, puedan plantearse demandas por los trabajadores y denuncias en la Inspección de Trabajo, que pueden dar lugar a sanciones y sentencias que declaren la cesión ilegal de los trabajadores, con las consecuencias jurídicas, laborales y administrativas previstas en la Ley (declaración como trabajadores indefinidos no fijos de la plantilla de la Fundación y sanción por faltas establecidas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social)"*.

Dicha subrogación, además, procedería de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Convenio Colectivo del Sector Ocio y Animación Sociocultural que le venía siendo aplicable a las trabajadoras afectadas y cuyo ámbito funcional coincide con el objeto de la Fundación.

La subrogación, que es calificada como legal y como la solución más conveniente y acorde con el interés público de mantener el Museo en funcionamiento, conllevaría la asunción del personal como trabajadores indefinidos no fijos y con las condiciones establecidas en el artículo 38 del indicado convenio colectivo. La subrogación sería meramente temporal, hasta la cobertura de las plazas por los procedimientos legalmente establecidos y acordes con los principios que rigen el acceso a la Función Pública. A tal efecto, debería procederse, al mismo tiempo, a aprobar la correspondiente plantilla y posterior oferta de empleo público de las plazas.

- Frente a dicha postura se alza el Secretario del Patronato de la Fundación, para quien la subrogación del personal sólo habría de realizarse si hay una sentencia judicial que declare previamente la cesión ilegal de trabajadores y que éstos deben ser asumidos por el organismo, pues sin dicha resolución judicial no pueden desconocerse los principios que rigen el acceso al empleo público.

A su parecer, lo procedente sería aprobar la plantilla de la fundación, su relación de puestos de trabajo y, posteriormente, convocar las plazas mediante la aprobación de la Oferta de Empleo Público del Museo. Reconoce que esta solución causaría problemas durante algún tiempo en el funcionamiento del Museo, pero entiende que podrían paliarse trasladando temporalmente personal del Servicio de Cultura y utilizando las bolsas de trabajo existentes.

- El 23 de enero de 2017, el Patronato de la Fundación hace suyo el informe de los Servicios Jurídicos municipales y acuerda instar las modificaciones y trámites necesarios para el cumplimiento de lo allí indicado.

- El 20 de marzo de 2017, la Intervención General del Ayuntamiento formula reparo a las nóminas correspondientes al mes de febrero del personal del Museo "Ramón Gaya", incluido el gasto por cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador.

El reparo se fundamenta en los siguientes motivos:

a) Omisión de fiscalización: no consta que se haya tramitado expediente administrativo alguno tendente a la autorización y disposición de los gastos; no consta contrato alguno con las trabajadoras ni documento en el que conste la subrogación empresarial; no consta actuación administrativa efectuada por órgano competente relacionada con el alta en Seguridad Social.

b) Inexistencia de crédito en el Presupuesto del Organismo.

c) Omisión de requisitos o trámites esenciales: la fundación no tiene plantilla orgánica aprobada por el Pleno de la Corporación; la modificación de la plantilla, de existir, no habría sido objeto de negociación en la Mesa General de Negociación; no se han descrito las funciones y tareas de las nuevas plazas, la catalogación y valoración económica de sus retribuciones ni se ha establecido la categoría profesional a la que se adscriben.

d) Se vulneran las limitaciones presupuestarias tanto en términos cuantitativos, por el incremento de las dotaciones económicas de los gastos de personal, como de la tasa de reposición de efectivos.

e) Vulneración de los principios reguladores del acceso al empleo público, sin que la calificación como cesión ilegal de trabajadores constituya motivo suficiente para proceder a la subrogación del personal, aunque hubiera sido declarada por sentencia judicial, pues la incorporación de personal al servicio de la entidad requiere de la

oportuna oferta de empleo público, convocatoria y desarrollo de proceso selectivo.

El reparo, cuyos efectos se extienden a los previsibles gastos de personal futuros por trabajo realizado y cuotas de seguridad social, produce efectos suspensivos en los expedientes de gasto. El reparo sólo podrá ser levantado por el Pleno de la Corporación.

En consecuencia, desde el 1 de febrero de 2017, seis trabajadoras están desarrollando diversas tareas para la Fundación, sin percibir remuneración alguna por su trabajo ni consta que se esté cotizando por ellas a la Seguridad Social.

- El 25 de julio de 2017, el Patronato de la fundación celebra una reunión extraordinaria en la que se da cuenta de los siguientes informes:

a) Del Servicio de Personal, fechado el 24 de marzo, en el que se justifican las cuestiones relativas a nóminas y plantillas puestas de manifiesto por la Intervención (dicho informe no consta entre la documentación remitida al Consejo Jurídico).

b) Informe de los Servicios Jurídicos municipales, de 7 de abril de 2017, evacuado a raíz del reparo interventor, en el que se considera que *"la actuación de la Fundación fue, además de legal, la más adecuada y menos perjudicial para los intereses públicos, porque ha permitido seguir prestando el servicio del Museo en las mismas condiciones, sin que la subrogación al haberse realizado de manera temporal, en los términos que la jurisprudencia ha establecido, no ha violado ni la CE ni el EBEP, cuyos principios esta parte conoce de sobra, sino por el contrario creemos que se han respetado los indicados principios constitucionales, porque ninguna relación fija se ha reconocido, que es para la que se predicán dichos principios"*.

En la misma reunión del Patronato de fecha 25 de julio de 2017, interviene como invitado el Secretario del Pleno de la Corporación que expresa su discrepancia con la solución propuesta por los Servicios Jurídicos municipales y asumida por el Patronato de la Fundación. Señala el Secretario que el acuerdo de subrogación vulnera el artículo 38 del Convenio Colectivo sectorial que se aplicaba al personal de la empresa contratista, que contempla la subrogación en la sucesión entre empresas contratistas, no del órgano contratante cuando éste decide asumir directamente la prestación del servicio.

Enumera, asimismo, las sucesivas normas estatales que han venido limitando la posibilidad de utilización fraudulenta o desviada de la contratación administrativa como instrumento para obtener mano de obra por parte de la Administración al margen de las exigencias constitucionales de acceso al empleo público. Así, cita el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuya Disposición adicional primera impuso a todos los entes del sector público la obligación de dictar instrucciones para la correcta ejecución de los servicios contratados, evitando actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

Del mismo modo, el artículo 301.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que prohíbe expresamente que a la finalización de los contratos administrativos se produzca la consolidación de

las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente público contratante.

También señala que la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 (LPGE 2017), en su Disposición adicional vigesimosexta, establece limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público, al disponer que no pueden incorporarse como empleados públicos a los trabajadores de los contratistas, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento o resolución. Del mismo modo, la Disposición adicional trigesimocuarta del mismo texto legal, establece que las Administraciones y los entes integrantes del sector público velarán para evitar cualquier tipo de irregularidades que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo, prohibiendo de forma expresa que los órganos de personal puedan atribuir la condición de indefinido no fijo a personal de un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter y alcance del Dictamen.

La consulta se ha formulado al amparo del artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en un supuesto que no tiene cabida entre los que, conforme al artículo 12 del mismo texto legal, han de ser objeto de dictamen preceptivo. En consecuencia, el presente Dictamen se evacua con carácter facultativo.

Atendidos los genéricos términos en los que se formula la consulta y dados los antecedentes que se derivan de la escueta documentación anexa a la misma, entiende este Órgano Consultivo que de forma acorde con la naturaleza y finalidad que le es propia y el carácter exclusivamente jurídico de los dictámenes que ha de emitir (art. 2.3 LCJ), se plantea por el Ayuntamiento consultante que tercie en la discrepancia jurídica surgida en su seno acerca de si procede o no asumir a los trabajadores de la contrata extinguida y el modo en que habría de hacerlo si la respuesta a ese primer interrogante resulta ser afirmativa. A la luz de dicho Dictamen que, por supuesto, carece de carácter vinculante, el Ayuntamiento consultante podrá valorar la pertinencia de levantar o no el reparo formulado por la Intervención municipal.

SEGUNDA.- La cuestión sometida a Dictamen.

I. Como se ha anticipado, la consulta versa sobre la situación generada con ocasión de la extinción por cumplimiento del contrato administrativo de servicios del que la Fundación se servía para el funcionamiento ordinario del Museo, pues el objeto de dicho contrato eran los servicios de información, guías de grupos, difusión, promoción y otros servicios complementarios, para cuyo desempeño la contratista asignó a seis trabajadoras.

El recurso a la contratación externa de tales labores permitió desde la constitución de la Fundación ofrecer al público los servicios culturales que aquélla tiene asignados y, en particular, el funcionamiento del Museo Ramón Gaya. De hecho, al parecer en los treinta años de vida de la Fundación (sus Estatutos se aprobaron en 1988), ésta siempre ha contratado con empresas tales servicios, careciendo, al menos a la fecha de extinción del contrato administrativo, de plantilla propia.

Ante la convicción de que la forma en que se habían prestado dichos servicios objeto del contrato administrativo derivaría, con ocasión de cualquier denuncia laboral formulada por los trabajadores de la contratista ante la Jurisdicción social o la Inspección de Trabajo en una declaración de cesión ilegal de trabajadores, se plantea por el Patronato anticipar las consecuencias de tal declaración y asumir directamente a tales trabajadoras como personal indefinido no fijo, que en definitiva sería la consecuencia que anuda el ordenamiento laboral a aquella declaración, ex artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Con esta solución, además, se posibilita la continuidad del servicio cultural ofrecido por la Fundación, pues ello permite mantener abierto el Museo sin solución de continuidad.

Las posiciones discrepantes que en la interpretación del ordenamiento sostienen las diversas unidades y órganos del Ayuntamiento ya han sido expuestas en los antecedentes de este Dictamen, por lo que no parece necesario repetirlas aquí.

Sí se considera oportuno, no obstante, advertir que la controversia nace del insatisfactorio ajuste que en orden a alcanzar la unidad del ordenamiento jurídico realiza el legislador, dejando a los operadores jurídicos la difícil tarea de aunar los mandatos normativos establecidos por las diversas ramas del Derecho y que, en lo que aquí interesa, vendrían constituidas por el Derecho Laboral, el Derecho Presupuestario y el Derecho Administrativo, este último en su doble vertiente de regulación de la contratación administrativa y del acceso al empleo público.

En función de la preeminencia que se dé a cada una de dichas disciplinas se alcanzan conclusiones divergentes, y *a priori* aparentemente inconciliables, entre los derechos laborales de los trabajadores afectados y las limitaciones que el ordenamiento administrativo y presupuestario ha venido imponiendo a las Administraciones Públicas y a los entes integrantes del sector público en orden a evitar que a través de la irregular o desviada utilización de la contratación administrativa, puedan generarse obligaciones para la Administración de asumir como propio al personal de las contrataciones externas, defraudando o vulnerando abiertamente los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones y cargos públicos de los artículos 23.2 y 103.1 CE.

De conformidad con los indicados principios, el art. 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP), reconoce el derecho de todos los ciudadanos a acceder al empleo público de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a cuyo efecto las Administraciones Públicas y restantes entidades integrantes en su ámbito de aplicación (sería el caso de los organismos autónomos municipales, de conformidad con el artículo 2.1 EBEP), deben seleccionar a su personal, tanto funcionario como laboral, mediante procedimientos en los que se garanticen los referidos principios, así como, entre otros, los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia e imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

En línea con esta prevalencia de los principios inspiradores del Derecho público, la STSJ de Castilla La Mancha, de 20 de diciembre de 2013 (rec. 304/2012), declara que:

"El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan. Con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia ley la que establece esta consideración especial en atención a las razones a que se ha hecho referencia".

De hecho, en virtud de estos principios y de la teoría de los actos separables aplicada a la contratación laboral, cierta doctrina administrativista sostiene que las Administraciones Públicas no pueden convertir por sí mismas y sin una previa sentencia judicial, contratos meramente temporales en indefinidos no fijos. No obstante, en relación con una pretendida sucesión de empresa alegada por un Ayuntamiento tras la finalización de un contrato de servicios de limpieza, y el consiguiente reconocimiento como indefinido no fijo del trabajador afectado, la Sentencia núm. 124/2014, de 14 febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sí parece admitir (*obiter dicta*) la posibilidad de realizar dicho reconocimiento en vía administrativa sin necesidad de una previa sentencia, si bien exige que conste una actuación administrativa que materialice dicha decisión, para que pueda ser recurrida por quien pueda verse afectado.

Por su parte, el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tras reservar a las empresas de trabajo temporal la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa y después de declarar la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario que infringieran lo anterior, reconoce, en su apartado 4, el derecho de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria. En el apartado 2 se describen las circunstancias que darán lugar, en todo caso, a la existencia de una cesión ilegal.

A la luz de ambos preceptos, el Tribunal de Cuentas, en la Moción que dirige el 26 de febrero de 2009 a las Cortes Generales 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, afirma que *"la discordancia entre el ordenamiento administrativo y el ordenamiento laboral resulta patente. En efecto, a tenor de lo previsto en este último, la cesión ilegal de trabajadores, cuando la Administración ocupa la posición de cesionaria, podría dar lugar a la adquisición, por el trabajador sometido al tráfico prohibido, de la condición de fijo. Sin embargo, la aplicación de este precepto daría lugar a un resultado prohibido por el ordenamiento administrativo, al vulnerar las previsiones sobre el acceso al empleo público, que está sometido a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Este conflicto tiene sus raíces en las distintas finalidades e intereses que persiguen y protegen ambos ordenamientos y que, en definitiva, determinan sus orientaciones respectivas. Así, el ordenamiento laboral sigue respondiendo a su tradicional carácter tuitivo de los intereses del trabajador, que le lleva a establecer una serie de garantías para su protección. Por su parte, el ordenamiento administrativo se orienta primordialmente a satisfacer los intereses generales y garantizar la posición jurídica del ciudadano, en cuanto tal. Esta orientación diferente explica que puedan producirse contraposiciones entre ambos ordenamientos en algunos aspectos y justifica que la Administración Pública, aun estando sometida también a las normas laborales, pueda quedar en una situación*

diferente de la del empresario privado respecto de la aplicación de aquéllas, por imperativo de las exigencias derivadas de las normas administrativas".

La aparente contradicción entre las normas laborales y administrativas se resuelve por la Jurisprudencia en una interpretación integradora que da lugar a la aparición de la figura del contratado indefinido no fijo, cuando ante una cesión ilegal de trabajadores, la cesionaria resulta ser una Administración Pública, extendiendo a estos supuestos la doctrina jurisprudencial sentada en relación con el uso fraudulento por la Administración de la contratación temporal bajo el pretendido amparo del artículo 15 ET respecto de aquellos que no se encontraban en las circunstancias habilitantes de la temporalidad de la relación laboral (SSTS, Social, de 20 y 21 de enero de 1998, en relación a la indebida). Dirá el Tribunal de Cuentas en la moción antes citada que *"esta identidad de respuesta jurídica entre los supuestos de contratación temporal y de cesión ilegal de trabajadores viene a resolver el problema sobre la naturaleza del vínculo entre el trabajador y la Administración Pública, cuando el ingreso en ella se produce por vías diferentes a las recogidas como válidas en el entonces vigente art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14, 23.2 y 103.3 CE"*.

Así, la jurisprudencia ha venido sosteniendo de forma constante que en los supuestos de cesión ilegal, cuando el trabajador elige incorporarse a la empresa cesionaria y ésta sea una Administración Pública, la consecuencia no puede ser la adquisición por aquél de la condición de personal laboral fijo del correspondiente ente público, sino que quedará ligado a éste por un contrato indefinido no fijo, de duración determinada aunque incierta (*certus an incertus quando*), pues perdurará hasta que la plaza en cuestión sea cubierta por los procedimientos reglamentarios ajustados a los principios rectores del acceso al empleo público, viniendo obligada la Administración a convocar dichos procedimientos y proceder a la cobertura de los puestos.

En relación con la aplicación de esta solución jurisprudencial, la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, en Sentencias de 30 de septiembre de 2015 y 934/2016, de 10 octubre, ya apuntaba en sendos supuestos referidos a la misma contratista y al Ayuntamiento de Murcia, que *"si concurren los requisitos de cesión ilegal de mano de obra, se generan las consecuencias fijadas en el referido precepto (art. 43.4 ET), de adquisición de la condición de trabajador indefinido no fijo de la Administración demandada, a su elección"*.

En dichos supuestos, diversas sentencias (por todas, la Sentencia 378/2015, de 1 de octubre, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Murcia), condenan solidariamente a la contratista y al Ayuntamiento de Murcia a readmitir a los trabajadores demandantes con la condición de indefinidos no fijos (cuando el trabajador ha optado por su readmisión por la Corporación Local) o bien a indemnizarles por despido improcedente.

En esta línea se encuadra la solución apuntada por los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento cuando ante las circunstancias apuntadas por un informe jurídico de un bufete de abogados externo y las señaladas por la propia Dirección del Museo, se llega a la convicción de que las condiciones en las que se ha prestado el objeto del contrato de servicios, darían lugar a una declaración judicial de cesión ilegal de trabajadores, por lo que se propone proceder a la subrogación de la Fundación en la posición jurídica de empleador, asumiendo al personal de la contrata como indefinido no fijo del organismo.

Si bien la propuesta de subrogación formulada por los Servicios Jurídicos municipales se basa en la convicción de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, se desconocen las circunstancias concretas en las que se desarrolló la prestación de servicios del personal afectado y de la organización del trabajo en el seno del Museo, sin que por otra parte exista aún una declaración judicial de que se incurriera en tal actuación ilegal,

encontrándose en la actualidad *sub iudice*, pues cabe presumir que a tal finalidad se dirigen las demandas laborales presentadas por las trabajadoras.

II. En esta situación, las normas tanto de la legislación de contratos administrativos como presupuestarias que de forma acertada y oportuna invoca el Secretario del Pleno, pueden llegar a erigirse en obstáculos para admitir la solución propuesta por los Servicios Jurídicos municipales.

En relación con el artículo 277.4 LCSP (301.4 en el texto refundido de la Ley y 308.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), en cuya virtud a la terminación 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, ha de señalarse, no obstante, que la jurisprudencia del orden social no ha interpretado esta limitación o prohibición de manera incondicionada, sino que sólo resultará aplicable en tanto en cuanto se haya celebrado un verdadero contrato de servicios, lo que no ocurrirá cuando el auténtico objeto del contrato sea la contratación de actividades de trabajo, en cuyo caso se entiende que estamos en presencia de una relación laboral (SSTS, Social, de 21 de diciembre de 2005 y 23 de marzo de 2006, dictadas en sendos recursos de casación para la unificación de doctrina). Por otra parte, el uso del término "consolidación" parece apuntar a la adquisición de una condición de fijeza en la plantilla de la Administración contratante (cfr. Disposición transitoria cuarta EBEP), lo que al menos *a priori* no excluiría su asunción como personal indefinido no fijo.

Acerca de las limitaciones que el ordenamiento pretende imponer al acceso al empleo público por la vía de la utilización desviada de la contratación administrativa, ya desde el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuya DA primera obliga a todos los entes y entidades del sector público a dictar instrucciones para evitar que en la ejecución de los servicios externos contratados se realicen actuaciones que pudieran derivar en el reconocimiento de una relación laboral, se inicia una tendencia legislativa claramente inspirada por los argumentos utilizados por el Tribunal de Cuentas y ya reseñados *supra*, en la que ante la percepción de que se está utilizando la contratación externa de servicios como una puerta falsa para el acceso al empleo público, orillando la plena virtualidad de los principios constitucionales y legales que lo han de regir, se le pretende poner coto. La escasa eficacia práctica de la medida prevista en el referido precepto lleva a la adopción de medidas legislativas más intensas, que llegan a establecer verdaderas prohibiciones de actuación para los órganos de personal de las Administraciones Públicas y el establecimiento de la exigencia de responsabilidades para sus titulares.

En esta línea se incardina el ya citado art. 308.2 de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que de forma expresa afirma que "en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios".

Del mismo modo, la LPGE 2017 incorpora las disposiciones adicionales vigesimosexta y trigesimocuarta que, en lo que aquí interesa, establecen las siguientes limitaciones y prohibiciones:

- Desde la entrada en vigor de la Ley, las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2, en el que se incluyen los organismos autónomos como la Fundación), no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8 (personal funcionario, laboral o eventual), ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público, a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del

Sector Público (LRJSP) -que también incluye a los organismos autónomos municipales-, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos (DA 26ª, Uno).

- Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial (DA 34ª, Dos).

En primer lugar ha de advertirse que estas últimas disposiciones presupuestarias no eran aplicables en el momento en que se extingue el contrato de servicios, el 31 de enero de 2017, toda vez que la vigencia de aquéllas no comienza sino a partir de la entrada en vigor de la LPGE 2017, en junio de ese mismo año. No obstante, comoquiera que en la actualidad sí se encuentran en vigor, han de ser tomadas en consideración pues cualquier medida que adopte el Ayuntamiento o la Fundación a resultados de este Dictamen no podrá desconocerlas.

En cualquier caso, la DA 34ª en rigor no sería aplicable al supuesto sometido a consulta, pues literalmente prohíbe atribuir la condición de indefinido no fijo "a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva". Adviértase cómo el uso del tiempo presente en el verbo "tener" orienta la interpretación de la norma en el sentido de que el contrato administrativo exista, que esté en ejecución y desplegando sus efectos al momento en que se pretenda efectuar el reconocimiento prohibido de la condición de personal propio por parte de la Administración contratante. En consecuencia, y dado que el contrato se extinguió por su cumplimiento el 31 de enero de 2017, en la actualidad el precepto objeto de consideración no constituiría un obstáculo a la asunción del personal por parte de la Fundación.

La interpretación realizada, de carácter estricto y literal, es acorde con el carácter limitativo o prohibitivo de la norma, sin que a su vez resulte absurda ni incompatible con la finalidad perseguida por el precepto, si se advierte que nada impide que los trabajadores soliciten su reconocimiento como indefinidos no fijos de la Administración contratante antes de la finalización del contrato administrativo. De modo que en la interpretación realizada, lo que impediría la disposición sería el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo antes de la finalización del contrato administrativo, salvo que hubiera recaído una resolución judicial que así lo disponga.

Por el contrario, la DA 26ª sí que constituye un claro impedimento para que en estos momentos la Fundación pudiera reconocer a las trabajadoras la condición de personal indefinido no fijo, derivada de la convicción alcanzada por los órganos de personal del Ayuntamiento y el Patronato, avalada por el informe de los Servicios Jurídicos, de la existencia de una situación en la prestación de los servicios contratados que sería constitutiva de una cesión ilegal de mano de obra. Y ello porque la referida disposición prohíbe expresamente la incorporación como empleados públicos de los trabajadores de los contratos administrativos que se extinguen por su cumplimiento, como es el caso.

No obstante, el legislador es consciente de la eventual contradicción de dicha norma con el ordenamiento laboral y los derechos de los trabajadores, cuya aplicación podría dar lugar a la subrogación de la Administración en la posición de empleador del personal adscrito por la contratista a la ejecución del contrato administrativo. De ahí que, para conciliar los ordenamientos presupuestario y laboral, se vea obligado a precisar que a dichos trabajadores les serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral (apartado 1, *in fine*). Es decir, la prohibición de reconocer al personal de los contratos administrativos la

condición de empleado público de la Administración contratante operará siempre que las prescripciones laborales sobre sucesión de empresas no impongan la subrogación de aquélla en la posición jurídica de empleador del personal afectado, obligación de subrogación que vendría además amparada por la legislación comunitaria (Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, de la que el artículo 44 ET es trasposición) y que no podría ser desconocida por el legislador.

III. Ello nos lleva a considerar si, en el supuesto sometido a consulta, se ha producido una sucesión de empresa que genere la obligación para la Fundación de asumir al personal de la contrata.

No obstante, antes de abordar dicha cuestión, se considera procedente descartar otras fuentes de la obligación de subrogarse en las relaciones laborales del personal encargado de la ejecución del contrato, singularmente la invocada por los Servicios Jurídicos municipales al amparo de lo establecido en el artículo 38 del Convenio Colectivo del sector de Ocio y Animación Sociocultural, que era al que se sujetaba el régimen de las trabajadoras durante la vigencia del contrato.

Es clásica en la doctrina laboralista la enumeración de los supuestos en los que puede surgir una obligación de subrogación en los contratos del personal adscrito a la ejecución del contrato de servicios (contrata, en los términos del art. 42 ET). Así, dicha obligación puede surgir: a) directamente de la Ley, es decir, en virtud de la sucesión de empresas clásica del artículo 44 ET; b) por una sucesión de plantillas, denominación dada por la doctrina a una modalidad de la sucesión de empresas clásica y que se produce en aquellos sectores en los que la actividad descansa esencialmente en la mano de obra, cuando se transmite una parte cualitativa y cuantitativamente relevante de trabajadores; c) porque así lo exija el convenio colectivo aplicable; y d) por venir establecida dicha obligación en los pliegos del contrato.

Descartada la subrogación ex pliegos, pues no conocemos el contenido de las cláusulas obligacionales del contrato de servicios que ligaba a la Fundación y a su contratista y, en cualquier caso, en ningún momento se alude a ellas en las posiciones discrepantes que jalonan el expediente, también ha de descartarse la subrogación derivada del Convenio Colectivo. Y es que, de conformidad con una doctrina jurisprudencial consolidada, de la que es representativa la STS, Social, de 19 de mayo de 2015 (rec. 358/2014) la norma sectorial pactada entre empresarios y representantes de los trabajadores del sector privado no puede resultar vinculante para una Administración pública no representada en esa negociación por las asociaciones empresariales firmantes del convenio y que no se dedica, propiamente, a la actividad cubierta por la norma sectorial. A tal efecto, cabe añadir que incide de forma decisiva en la Administración la noción de interés y servicio público de la actividad desarrollada, que diferencia de forma sustancial su actividad de la del resto de integrantes del ámbito sectorial de aplicación del convenio. Es cierto que en algunos casos esta tesis puede resultar cuestionable, como es el caso de los convenios negociados por entidades empresariales que engloban y representan a determinadas empresas públicas, o en el caso singular de los centros especiales de empleo, a los que en ocasiones se ha considerado vinculados, no a la totalidad de convenios en principio ajenos a dichos centros, pero sí a la cláusula subrogatoria que en ellos se contenía. En cualquier caso, tales circunstancias particulares que han llevado a la jurisprudencia a reconocer la aplicación de cláusulas subrogatorias de determinados convenios a ciertos entes del sector público no parece que concurren en el supuesto sometido a consulta.

Por añadidura, los términos en los que se expresa el artículo 38 del Convenio Colectivo del Sector de Ocio y Animación Sociocultural no imponen de forma clara y expresa la obligación convencional de subrogación para la Fundación, que sólo podría entenderse concurrente mediante una interpretación a *contrario sensu*. El precepto es del siguiente tenor literal:

"En el caso que el cliente decida unilateralmente cerrar o autogestionar el servicio de manera provisional o definitiva, siempre que pase a prestar con sus propios trabajadores, la empresa o entidad que esté prestando el servicio no deberá asumir el personal destinado a dicho servicio. No obstante, si posteriormente la empresa principal decide volver a externalizar el servicio y lo hace en el plazo de un año desde la decisión anterior, los trabajadores y trabajadoras de la empresa saliente deberán ser subrogados por la entrante, o la entrante deberá abonar a la saliente las indemnizaciones que la saliente habría tenido que abonar por causa de extinción del contrato de los trabajadores y trabajadoras que no hayan sido subrogados".

El Convenio prevé y regula dos situaciones diferentes. En primer lugar, que la empresa principal o cliente (en este caso la Fundación) decida gestionar por sí misma el servicio objeto de la contrata ya extinguida y decida hacerlo con su propio personal, en cuyo caso no viene obligada a asumir al personal destinado al servicio. De otra parte, si la Fundación hubiera decidido licitar un nuevo contrato que tuviera por objeto los mismos servicios que el ya extinguido y otra empresa hubiera resultado adjudicataria del mismo, ésta sí habría venido obligada a subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa saliente.

Es cierto que la Fundación decide asumir directamente la prestación de las labores objeto del contrato, pero no con su propio personal, del que carece, sino asumiendo a las trabajadoras que las venían realizando, al menos en apariencia, para la empresa contratista. Las consecuencias jurídicas de esta decisión serán estudiadas en la Consideración Tercera, con ocasión de analizar la eventual concurrencia de una sucesión de empresa ex artículo 44 ET, pero una interpretación *a contrario sensu* de lo expresamente dispuesto en el artículo 38 del convenio, en el sentido de que cuando la empresa principal asuma directamente la prestación del servicio con personal distinto al propio, vendrá obligada a subrogar a los trabajadores de la contratista saliente quizás resulta excesiva.

TERCERA.- La obligación de subrogación por sucesión de empresa.

I. La sucesión de empresa.

De conformidad con el artículo 44 ET, 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 empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. 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 accesoria.

La jurisprudencia que ha interpretado este artículo en relación con la reversión a la gestión directa de servicios públicos o la prestación por la propia Administración de servicios previamente contratados con empresas privadas, considera con carácter general que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET, salvo que se entregue al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. La subrogación, entonces, sólo se producirá si hay transmisión de elementos patrimoniales, si lo determina la norma sectorial aplicable (convenio colectivo) o si lo prescribe el pliego de condiciones del contrato.

Por ello, con carácter general, cuando una entidad pública o Administración decide prestar por sí misma la actividad o servicio que antes se gestionaba mediante sucesivas contrataciones, sin hacerse cargo del personal que venía desarrollando esa actividad, no resulta aplicable al artículo 44 ET ni las previsiones de la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que, al llegar la fecha de cumplimiento del contrato administrativo, dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la Administración, singularmente en relación con una potencial obligación de subrogación de los trabajadores (vid en tal sentido nuestro Dictamen 237/2017).

Por el contrario, si para la prestación de los servicios anteriormente contratados, la Administración que ha decidido asumírselos directamente, sin solución de continuidad se vale de la misma infraestructura y plantilla que la empresa contratista, sí se produciría una sucesión de empresa en los términos del artículo 44 ET.

En este sentido, la STS, Social, de 19 de mayo de 2015, sintetiza la doctrina jurisprudencial al respecto en los siguientes términos:

"...indiquemos -en lo que atañe a la posible aplicación del art. 44 ET- que: a) cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad del servicio de mantenimiento mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, sin hacerse cargo del personal de la empresa contratista, no puede decirse que se haya producido una sucesión de empresa encuadrable jurídicamente en el art. 44ET y en la Directiva 2001/23, de tal forma que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despedidos por la empresa contratista y no cabe atribuir responsabilidad alguna a la principal (SSTS 06/02/97 -rec. 1886/96-; 27/06/08 -rcud 4773/06-; 30/05/11 -rcud 2192/10-; 11/07/11 -rcud 2861/10-; SG 23/09/14 -rco 231/13-, FJ 8.C; SG 17/11/14 -rco 79/14-); b) siguiendo la misma doctrina hemos mantenido -tratándose de Administraciones Públicas- que la reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44ET (SSTS 30/05/11 -rcud 2192/10-, para el servicio municipal de retirada de vehículos; 26/01/12 -rcud 917/11-, para servicio público asistencial); c) pero que mal puede sostenerse la existencia de sucesión de empresas -tratándose de contrataciones administrativas- cuando ni siquiera se han reanudado los servicios propios de la contrata, pues «esta circunstancia como es lógico obsta -por principio y conforme a la jurisprudencia antes referida- que pueda mantenerse la existencia de sucesión empresarial alguna ex art. 44ET » que pueda imputarse a la Administración Pública (STS 21/04/15 -rco 91/14-)".

Puede traerse a colación lo indicado por la Sentencia 463/2009 (Asunto CLECE) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha acerca de la aplicación de la Directiva 2001/23. La cuestión se refería al supuesto de un Ayuntamiento que da por terminada una contrata de limpieza de sus propios locales, asumiendo tales tareas con su propio personal. La sentencia, si bien señala que no puede excluirse de entrada que la Directiva se aplique en circunstancias como las del asunto principal, en las que un Ayuntamiento decide unilateralmente poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades de limpieza que había encargado a ésta, pasa a señalar las exigencias que habrán de darse para que la Directiva sea aplicable. Así, conforme al artículo 1, apartado 2 letra b), de la Directiva, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular y, para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y 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. Estos criterios son reiterados en posteriores Sentencias, por todas, la STJUE de 26 de noviembre de

Reconoce, además, el Tribunal de Justicia que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos. Así ocurre en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. En ellos, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica y 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 de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable. No obstante, como se ha dicho, considera el Tribunal preciso que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate, lo que no ocurre cuando el Ayuntamiento contrata personal nuevo sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por la contratista ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa.

En esta situación, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por la contratista y la ejercida por el Ayuntamiento sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. En efecto, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone. Ello supone que la identidad de una entidad económica que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla.

Asimismo, la jurisprudencia comunitaria insiste en que, para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, debe tenerse en cuenta el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, de modo que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios que determinan la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (STJUE de 26 de noviembre de 2015, C-509/2014).

II. Concurrencia de sucesión de empresas en el supuesto sometido a consulta: consecuencias jurídicas.

Atendidos los criterios jurisprudenciales expuestos y aplicándolos al supuesto sometido a consulta, si bien se desconocen algunos datos relevantes (singularmente en relación con los elementos patrimoniales cedidos a la contratista) para poder determinar si a la finalización del contrato de servicios, el 31 de enero de 2017, cabía considerar que la asunción directa por parte de la Fundación de los servicios previamente contratados podía integrar el supuesto de una sucesión de empresa, obligando a la entidad pública a subrogarse en la posición jurídica de empleadora de los trabajadores de la contrata, lo cierto es que la forma en que se asume el servicio por parte del organismo municipal ya sí permite considerar que se daba tal circunstancia. Y es que resulta decisivo a tal efecto que, junto a la prestación directa de los servicios antes contratados, se asume también a todo el personal adscrito a los mismos, decisión ésta que se adopta con la declarada finalidad de poder "seguir prestando el servicio del Museo en las mismas condiciones" en que se prestaba (informe de los Servicios Jurídicos municipales de 7 de abril de 2017). Ello permite entender que concurre el criterio señalado por la jurisprudencia comunitaria consistente en que el nuevo empresario adquiera una entidad perfectamente diferenciada, en tanto que conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar de forma estable las actividades que venía realizando la empresa contratista, manteniendo dicha entidad su identidad aun después de la operación de que se trate.

Y es que, si la Fundación mantiene abierto el Museo y lo hace sin solución de continuidad desde el día siguiente a la finalización del contrato de servicios, en las mismas condiciones y con el mismo personal que venía

posibilitando la prestación del servicio cultural ofrecido hasta ese momento, resulta evidente que se mantiene la identidad de la unidad organizativa que constituye el Museo, máxime cuando la Fundación carece de personal propio que pueda asumir los indicados servicios, surgiendo así la obligación para aquélla de subrogarse en la posición empleadora de las trabajadoras afectadas.

En consecuencia, entiende el Consejo Jurídico que, atendidas las circunstancias concurrentes, la Fundación en la actualidad ostenta la condición de empleadora de las seis trabajadoras que prestaban servicios en el Museo con ocasión del contrato de servicios extinto, condición que le corresponde por efecto directo del artículo 44 ET, en cuya virtud, ha de reconocerse a dicho personal la condición de indefinido no fijo, por ser ésta la figura laboral que permite una mejor conciliación entre las aparentemente contradictorias prescripciones del orden social con las presupuestarias y sobre el acceso al empleo público.

Antes de avanzar en las consecuencias del reconocimiento del personal afectado como indefinido no fijo, cabe apuntar una posibilidad sugerida por alguna doctrina con objeto de sortear las limitaciones a la incorporación como empleados públicos del personal procedente de las contrataciones conforme a las previsiones de la DA 26ª LPGE 2017. Dicha posibilidad consistiría en la asunción de este personal con la condición de "a extinguir". Sin embargo, entiende el Consejo Jurídico que hoy por hoy se carece del necesario respaldo legal y obligarían a la aplicación analógica de normas establecidas para supuestos de hecho diferentes a los considerados en el presente Dictamen, y que responden a la integración del personal de entidades y organismos del sector público que son objeto de supresión en la Administración matriz. En estos supuestos (art. 5 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa) se prevé expresamente que la incorporación del personal procedente de dichas entidades que se suprimen se realizará, en su momento, con la condición de "a extinguir" y sin que, en ningún caso, este personal adquiera la condición de empleado público. Únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración Pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en el EBEP (así, también, la DA primera del Real Decreto 1112/2015, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, ANECA, en relación con la integración en dicha Agencia del personal procedente de una fundación del sector público estatal).

De hecho, la introducción de una previsión similar se planteó como enmienda a la DA 26ª en el trámite de elaboración parlamentaria de la LPGE 2107 y no fue aceptada, por lo que al menos de forma tácita el legislador presupuestario rechazó esta solución como aplicable al supuesto de la asunción directa por la Administración y sus organismos de servicios objeto de contratos administrativos extintos.

Procede, en consecuencia, que el Ayuntamiento y la Fundación realicen las actuaciones necesarias para que ésta pueda cumplir sus obligaciones patronales para con sus trabajadoras, en particular, procediendo a abonarles las retribuciones correspondientes y regularizar las cotizaciones sociales pendientes desde el inicio de la prestación laboral que, con independencia de lo que pueda resultar de los procesos judiciales iniciados por las trabajadoras, cabría fijar en el 1 de febrero de 2017.

Cabe señalar, además, que en la medida en que por parte de la Fundación se aceptó que una vez extinto el contrato de servicios, las trabajadoras a él adscrito le prestaran servicios directamente a ella, opera la presunción de laboralidad del artículo 8 ET, en cuya virtud el contrato de trabajo se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel.

En todo caso, ha de señalarse que lo anterior no hace sino poner de manifiesto los efectos laborales que *ex lege* y de forma directa ya se han producido como consecuencia de la actuación administrativa descrita, por lo que las acciones que ahora deben realizar el Ayuntamiento y la Fundación no tendrán efectos constitutivos, sino de mero reconocimiento de una situación que le viene impuesta.

Como ya se ha dicho repetidamente en este Dictamen, la clasificación de estas relaciones laborales como indefinidas no conlleva un reconocimiento de fijeza en la plantilla, por lo que en principio no sería preceptiva la modificación de ésta, la creación de la plaza y su correspondiente reflejo en la RPT y posterior inclusión en la Oferta de Empleo Público. Y es que el reconocimiento de este peculiar tipo de relación laboral indefinida únicamente determina su mantenimiento hasta que se cumple la causa válida de extinción del contrato, que pasa a ser la cobertura reglamentaria de la plaza o su amortización (STS, Sala 4ª, de 22 de julio de 2013 (casación 1380/2012), que a su vez reitera lo señalado por la de 20 de enero de 1998: *"el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término", pero añade que "esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas". De ahí que, aunque (...) se reconozca la relación como indefinida, ésta queda sometida a una condición -la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura-, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 del ET"*.

Por ello, como ya señalamos en el Dictamen 265/2011, quizás la primera actuación a realizar habría de ser la de analizar si los servicios prestados por el personal afectado responde a necesidades permanentes, pues en tal caso lo procedente sería crear las plazas en la plantilla, modificar en consecuencia la RPT, y proceder a su provisión o cobertura reglamentaria a través de la Oferta de Empleo Público, conforme con las disponibilidades y limitaciones presupuestarias. Dicha cobertura constituiría una causa válida para extinguir la relación de servicio de los trabajadores indefinidos no fijos.

Si tales servicios se consideran prescindibles por no responder a necesidades permanentes, cabe recordar que también es causa válida para dicha extinción la amortización de la plaza a la que se vincula el objeto del contrato, lo cual no se escapa al Consejo Jurídico que no está exento de dificultades, pues como señala la STSJ de Cataluña, Social, de 5 de marzo de 2001, ello exige que *"se acredite debidamente en el proceso que el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador cuya relación laboral se extingue, ha sido real y efectivamente amortizado o suprimido, esto es, que en verdad ha desaparecido del organigrama del organismo, más allá de un mero y simple cambio puramente formal de denominación o clave de identificación. De forma que no procede la extinción cuando la supuesta amortización del puesto de trabajo es en realidad de carácter puramente formal y no real, cuando se siguen contratando nuevos trabajadores para continuar desempeñando tareas de igual categoría profesional"*.

Surge, además, la dificultad añadida de que el contenido de la relación de servicios indefinida no se corresponde con un puesto de trabajo concreto de la RPT del Ayuntamiento, sino que se trata de contenidos funcionales que revelan la existencia material de una necesidad que no se ha traducido en la formal creación de un puesto de trabajo. Por ello, para extinguir un contrato indefinido no fijo por amortización de la plaza, previamente habría de vincularse a un concreto puesto de trabajo y, posteriormente, proceder a su amortización.

En todo caso, no ha de olvidarse que las trabajadoras han formulado demanda ante la jurisdicción social en defensa de sus derechos laborales. Aun cuando no se conocen las pretensiones allí deducidas, de las consideraciones contenidas en los informes de los Servicios Jurídicos municipales cabe presumir que tales procesos finalizarán en los próximos meses con el reconocimiento de la existencia de una cesión ilegal de

trabajadores y el ofrecimiento a las interesadas de la correspondiente opción de incorporarse como fijas a la empresa cedente o como indefinidas no fijas a la Fundación, por lo que la solución apuntada en este Dictamen ha de considerarse como meramente transitoria a la espera de las correspondientes sentencias.

En cualquier caso, si el Ayuntamiento, en contra de lo indicado en este Dictamen, considera que no cabe aceptar la existencia de una sucesión empresarial ni el consiguiente reconocimiento de la condición de indefinidas no fijas a las trabajadoras afectadas, habría de proceder a la inmediata cesación de la actividad de las mismas y consiguiente despido, toda vez que, como se ha señalado, la existencia de una relación materialmente laboral entre la Fundación y las empleadas resulta indudable ante la evidencia de los hechos expuestos y que apuntan a que seis personas estarían prestando servicios a la Fundación desde el 1 de febrero de 2017 sin haber suscrito el correspondiente contrato de trabajo, sin percibir remuneración alguna y sin haber procedido a cotizar por ellas ante la Seguridad Social, con evidente infracción de las normas del ordenamiento laboral.

De optar por el despido de las interesadas, habría de procederse al abono de las retribuciones dejadas de percibir durante todo el período de irregular prestación de servicios, pues la prestación de trabajo existió y fue recibida por la Fundación. Igualmente, habrían de regularizarse las cotizaciones sociales dejadas de ingresar, sin perjuicio de las correspondientes indemnizaciones y recargos que resultaran procedentes, en atención a la calificación que mereciera la forma de extinción de la relación laboral que finalmente se aplicara.

CUARTA.- Una reflexión final.

No puede finalizar este Dictamen sin señalar que la situación que ha sido objeto de consulta no puede calificarse sino de absolutamente irregular, pues de la documentación remitida se desprende que el problema suscitado tuvo su origen en una actuación poco diligente de los responsables municipales, bien en la concepción del propio contrato de servicios, bien durante su ejecución, de la que se han derivado, de forma directa o indirecta, las consecuencias ya analizadas en cuanto a la laboralidad de las relaciones surgidas entre el personal afectado y la Fundación.

Dicha actuación se compadece mal no sólo con los principios de actuación de las Administraciones Públicas establecidos por el artículo 3 LRJSP o las reglas de buen gobierno impuestas por los artículos 26 y siguientes de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sino también y de forma particular con las exigencias que en cuanto a la prevención de dichas irregularidades se contiene en la legislación ya expuesta (DA 1ª RDL 20/2012) y respecto de cuya omisión o incumplimiento la ya citada DA 34ª LPGE 2017, en su apartado 3º, de forma expresa, hace derivar responsabilidades para sus autores.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- De conformidad con lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen, cabe considerar que, tras la extinción del contrato administrativo y el paso a prestar la Fundación por sí misma y de forma directa los servicios que constituían su objeto, con asunción de todo el personal adscrito al indicado contrato, se ha producido

una sucesión de empresa ex artículo 44 ET que determina la subrogación de la Fundación en la posición de empleadora de las trabajadoras afectadas y el consiguiente reconocimiento de su condición de personal indefinido no fijo.

No obstante, V.E. resolverá.

