



Ayuntamiento de Málaga
Área de Gobierno de Presidencia

Secretaría General

CABINETE DE ALCALDÍA

N.º ENTRADA 2750
FECHA 23-09-16
N.º Doc. 442.110
Rev. 02-43

SECRETARÍA GENERAL

N.º R. SALIDA 434
FECHA 23-9-16
Doc. 442.110 Año 16

En contestación a lo solicitado por esa Alcaldía, le adjunto informe emitido por esta Secretario General en relación a cambio modo gestor servicios prestados por LIMASA III.

Málaga, 22 de septiembre de 2016.
EL SECRETARIO GENERAL,

Fdo.: Venancio Gutiérrez Colomina

Excmo. Sr. Alcalde - Presidente



Asunto: Cambio modo gestor servicios prestados por LIMASA III

Con fecha 18 de julio de 2016 se recibió en esta Secretaría General escrito del Excmo. Sr. Alcalde Presidente solicitando informe de este órgano sobre las diversas opciones de modo gestor de los servicios que actualmente presta la empresa mixta LIMASA III, cuyo contrato prevé su finalización en el mes de abril del próximo año 2017, así como, sobre las posibles consecuencias que se derivan para su personal de dicha finalización.

En atención a la descrita petición, y conforme a lo establecido en el artículo 55.1 d) 1º del Reglamento Orgánico del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, se procede a la emisión del presente

INFORME

En la actualidad es la denominada Empresa Malagueña Mixta de Limpieza, S.A. (en adelante, LIMASA III), la que en virtud de contrato de gestión de servicio público, y conforme a su objeto social previsto en el artículo 2º de sus Estatutos, realiza el "servicio de limpieza pública y recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos de la Ciudad de Málaga", el cual tiene adjudicado hasta el mes de abril de 2017. En función de ello, y desde la formalización del citado contrato, el Ayuntamiento de Málaga viene prestando tales servicios mediante una forma de gestión indirecta, planteándose ahora la necesidad de decidir el futuro modo gestor a implantar tras la expiración del contrato vigente bajo el modelo de empresa mixta.

Son varias las cuestiones sobre las que se nos solicita informe en el escrito de la Alcaldía -todas de ellas de gran alcance y sobre las que cabrían numerosas matizaciones-, las cuales vamos a pasar a extractar para, a continuación, ir deteniéndonos en el análisis de cada una de ellas, sin dejar de señalar, no obstante, la complejidad de este informe en el que se nos pide ofrecer soluciones concretas respecto a la gestión de unos servicios que podrían ser objeto de múltiples y variadas combinaciones en el marco legal. Advertido ello, procuraremos, seguidamente, ir concretando las respuestas a las cuestiones planteadas, en la medida de lo posible o, al menos, situarnos sobre las mismas:

- A. Trámites legales para el cambio del actual modo de gestión indirecta del servicio a un modo de gestión directa;
- B. Posibilidad de constituir *ex novo* una empresa pública municipal;
- C. Posibilidad de modificar el objeto social de una sociedad municipal preexistente para asumir la gestión de los servicios que presta LIMASA III.
- D. Repercusiones del cambio de la forma de gestión en el personal de la sociedad de economía mixta LIMASA III, distinguiendo si la gestión se realice de forma directa, bien por la propia Entidad Local o por una



sociedad mercantil cuyo capital social sea de titularidad pública, o mediante gestión indirecta.

- E. En el supuesto de que se optare por la forma de gestión indirecta a través de la modalidad de concesión, ¿podría el personal de la sociedad de economía mixta LIMASA III exigir formar parte de la plantilla del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, con independencia de la existencia de una nueva empresa adjudicataria?

Enunciadas las cinco cuestiones interesadas, procedemos al análisis de cada una de ellas con los datos de los que hasta el momento dispone esta Secretaría General.

A. TRÁMITES LEGALES PARA EL CAMBIO DE MODO GESTOR DEL SERVICIO AL OBJETO DE PASAR DE LA FORMA DE GESTIÓN INDIRECTA A UN MODO DE GESTIÓN DIRECTA:

Atendiendo al marco definido en la legislación básica estatal¹, nuestra legislación autonómica contenida en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, LAULA), establece en su art. 33.3 las modalidades que puede revestir, en el ámbito territorial andaluz, lo que denomina "*gestión propia o directa por la entidad local*" y que son las siguientes:

- a) Prestación por la propia entidad local.
- b) Agencia pública administrativa local.
- c) Agencia pública empresarial local.
- d) Agencia especial local.
- e) Sociedad mercantil local.
- f) Sociedad interlocal.
- g) Fundación pública local.

La definición de cada una de estas modalidades y sus respectivos regímenes, en lo que no nos vamos a detener, los regula de manera detallada la LAULA.

Refiriéndonos ya a la tramitación requerida para modificar el actual modo gestor indirecto y establecer una nueva forma de gestión directa de los servicios públicos gestionados en la actualidad por LIMASA III, las actuaciones a seguir, dejando al margen los complejos trámites inherentes a la disolución de la mercantil a consecuencia de la finalización del contrato del que trae origen, serían las que seguidamente se resumen:

¹ La normativa básica de régimen local contenida en el art. 85 de la LBRL establece cuatro modalidades de gestión directa:

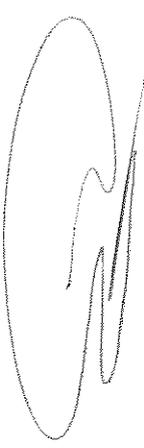
- a) Gestión por la propia Entidad Local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.



1ª.- Respecto a la regulación de los servicios públicos a prestar, mediante Ordenanza.

Conforme a lo previsto en el art. 30 de la LAULA, la creación y el régimen de funcionamiento de cada servicio público local ha de hacerse por medio de ordenanza, en la que debe determinarse, al menos, lo siguiente:

- a) Alcance, carácter, contenido y regularidad de las prestaciones que incluya.
- b) Forma de financiación del servicio, especificando, cuando estén previstas aportaciones de los usuarios, si se establecen o no diferencias económicas en beneficio de las personas o los grupos sociales de menor capacidad económica o merecedoras de especial protección.
- c) Modalidades de gestión y sanciones que se puedan imponer al prestador.
- d) Estándares de calidad del servicio.
- e) Derechos y deberes de los usuarios.
- f) Régimen de inspección y de valoración de calidad de cada servicio.



No obstante lo anterior, entendiéndose que en este Ayuntamiento ya están creados los distintos servicios públicos que constituyen el objeto actual de LIMASA III - recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, y limpieza viaria- pero ante la inexistencia de ordenanzas que los regulen, aconsejamos que los aspectos a reglamentar en torno a los mismos, y que aparecen señalados en el aludido art. 30, se contemplaren en los pliegos de condiciones que se elaboren para continuar su prestación mediante alguna de las modalidades de gestión indirecta, o de optarse por la gestión directa, en la normativa que sí debería entonces redactarse para su tramitación como ordenanza reguladora de la prestación de tales servicios en el municipio de Málaga.

En este último caso, el procedimiento de tramitación de esta Ordenanza sería el contemplado en el art. 49 de la LBRL, con las especialidades derivadas del régimen aplicable a los municipios de gran población y de nuestra reglamentación orgánica del Pleno. Resumidamente, tras la preparación del correspondiente expediente administrativo y el dictamen de la Comisión Técnica de Coordinación de Ordenanzas creada por la Junta de Gobierno Local, habrán de seguirse los siguientes trámites:

- Aprobación del Proyecto por la Junta de Gobierno Local
- Aprobación inicial por el Pleno Municipal, por mayoría simple de votos, previo correspondiente trámite de enmiendas y Dictamen de la Comisión del Pleno competente.
- Información pública por plazo no inferior a 30 días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- Aprobación definitiva por el Pleno Municipal, por mayoría simple de votos, solo en el supuesto de que se hubieren presentado reclamaciones o sugerencias en el plazo anterior, y previo, también, correspondiente trámite de enmiendas, en su caso, y Dictamen de la Comisión del Pleno competente.



2ª.- Elección del modo gestor.

Antes de pasar a nuestros comentarios a este apartado, creemos de sumo interés traer aquí a colación la reciente doctrina emanada del Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/2016, de 3 de marzo, al resolver el recurso interpuesto por la Asamblea de Extremadura contra preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante, LRSAL), y posteriormente reiterada al resolver el formulado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (STC 111/2016, de 9 de junio), interesando especialmente, a los efectos a los que informamos, los fundamentos empleados por el Alto Tribunal al referirse a los motivos de impugnación del art. 85.2 de la LBRL relativo a las formas de gestión, en su redacción dada por la citada LRSAL. Dice así el Fundamento Jurídico 14 de la STC 41/2016, de 3 de marzo, del que nos hemos permitido resaltar algunas frases que consideramos trascendentes para interpretar el alcance de esta cuestión y situarnos en el marco adecuado ante la toma de decisión:

*"14. El recurso de inconstitucionalidad impugna el art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 LRSAL. **Se dirige contra el régimen de preferencia de gestión por la propia entidad local o sus organismos autónomos sobre la realizada mediante entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles locales.** Vulneraría la garantía constitucional de la autonomía local y las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas, que alcanzan a la regulación de las modalidades de gestión, sin que la prelación establecida pueda reputarse un principio básico que pueda establecer válidamente el Estado.*

*Conforme a la nueva redacción del art. 85.2 LBRL, los "servicios públicos de competencia local" deben gestionarse "de la forma más sostenible y eficiente". **A su vez, en lo concerniente a la gestión directa, tienen preferencia unas soluciones sobre otras. El recurso a la entidad pública empresarial o a la sociedad mercantil local cabe solo si resulta más sostenible y eficiente que la gestión mediante organismo autónomo o por la propia entidad local - a partir de criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión - y si se cumplen determinadas exigencias formales, entre ellas, un informe del interventor local sobre su sostenibilidad financiera conforme al art. 4 LOEPSF.***

*Bajo la óptica de las Comunidades Autónomas, esta regulación impone limitaciones a la legislación autonómica del régimen local que deben reputarse básicas. El art. 149.1.18 CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales (SSTC 103/2013, FJ 3 d); 143/2013, FJ 7), teniendo cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado (art. 149.1.13 CE). **La nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la***



sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (art. 31.2, 103.1 y 135 CE).

Desde la perspectiva de los entes locales, el art. 85.2 LBRL condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto. Los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. No puede ponerse reparos a la previsión de un informe del interventor local que valore la sostenibilidad financiera. Así resulta de la doctrina constitucional en relación con el control de eficacia que el art. 136 LBRL atribuye al interventor municipal. La STC 143/2013, FJ 10, declaró que ni ese control "ni la circunstancia de ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE".

Consecuentemente, procede desestimar la impugnación del art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 LRSAL."

Esta óptica avalada por el Alto Tribunal es la que debe inspirar las decisiones tendentes a la elección del nuevo modo gestor -o de los nuevos modos gestores en el supuesto de que se optare por diversificar la forma de gestión de los distintos servicios ahora gestionados conjuntamente mediante la empresa mixta LIMASA III-, sin olvidar que de entre las modalidades de gestión contempladas en el art. 33.3 de la LAULA gozan de preferencia frente a las restantes las de gestión por la propia entidad (letra a) o mediante agencia pública administrativa local (letra b)². Y con mayor alcance que esta restricción, han de tenerse presentes, en la toma de decisión, las limitaciones establecidas al dimensionamiento del sector público local en la Disposición Adicional Novena de la LRBRL, introducida por la LRSAL, a la que nos referiremos más adelante, al tratar del siguiente apartado B.

3ª.- Trámites para la implantación del modo gestor:

De forma extractada, enunciamos a continuación los trámites a cumplir para la implantación de las diferentes modalidades:

- a) Prestación por la propia Entidad:** De optar la Corporación por la prestación de los servicios por la propia Entidad (art. 33.3,a) LAULA), bastaría con la adopción por el Pleno Municipal, por mayoría simple de votos, del acuerdo determinando esta forma de gestión, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo en el que obren los pertinentes informes económicos y jurídicos. Respecto al procedimiento a seguir para tramitar este expediente, si

² Figura equivalente en la legislación autonómica andaluza al "Organismo autónomo local" contemplado en el art. 85.2,A),b) de la LBRL.



bien la doctrina no es pacífica, por razones de seguridad jurídica nos inclinamos por recomendar que se atuviera al previsto en el art. 97 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en adelante TRRL), al que vamos a referirnos en la letra b) siguiente, y que transcribimos a pie de página.³

- b) Restantes modalidades:** De optarse por cualquier otra modalidad de gestión directa de las previstas en el art. 33.3 de la LAULA compatible con la gestión de los servicios en cuestión⁴, y al tratarse de servicios públicos esenciales de carácter económico, deberá tramitarse un expediente para la constitución del ente que se decida al que deberá incorporarse la documentación justificativa a la que seguidamente nos referiremos, expediente que habría de seguir el procedimiento previsto en el citado art. 97 del TRRL, para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades Locales, comenzando con la designación de una Comisión técnica de estudio para la elaboración de la necesaria documentación⁵ así como, encargada de recabar los asesoramientos e informes asimismo necesarios y del impulso del procedimiento.

La documentación justificativa del modo gestor elegido a los que nos referimos es la siguiente:

- b).1.- Memoria acreditativa de las **ventajas que tendría la modalidad de prestación elegida respecto a la asumida por la propia entidad local, que incluirá un**

³ Artículo 97.

1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere:

a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.

b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.

c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y

d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad Local.

2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

Recuerdo acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses.

Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta.

⁴ Entendemos que, en virtud de la naturaleza de estos servicios y la capacidad de esta Entidad municipal, estarían descartadas las modalidades contempladas en las letras f) y g).

⁵ Por razones de eficacia, esta Comisión podría ser no sólo la redactora de las memorias necesarias, sino también, la encargada de la elaboración y tramitación, en su caso, de los textos de Ordenanzas a los que nos referíamos en el punto 1º, que podría tramitarse en paralelo a la del propio expediente del art. 97 del TRRL.



estudio económico-financiero del coste previsible de su implantación, conforme señala el apartado 6 del citado artículo 33.

Además, y conforme a la normativa básica de la LBRL modificada por la LRSAL y avalada por la doctrina constitucional antes transcrita, de no optarse por las modalidades de las letras a) y b) del mencionado art. 33.3 (gestión por la propia Entidad o a través de Agencia pública administrativa local), en dicha memoria deberá quedar asimismo acreditado que la forma de gestión elegida resulta más sostenible y eficiente que aquéllas otras dos, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

b). 2.- Memoria justificativa del **asesoramiento recibido** que ha de elevarse al Pleno para su aprobación y en la que se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, los cuales deberán ser publicitados.

b). 3.- Informe del Interventor de **valoración de la sostenibilidad financiera** de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el art. 4 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y que es al que se hace referencia en la STC 41/2016 antes comentada.

c) **Régimen de monopolio:** La LBRL declara en su art. 86.2 la reserva en favor de las Entidades Locales de determinados servicios esenciales, entre ellos, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, cuya efectiva ejecución puede serlo en régimen de monopolio.

A este respecto, esta Secretaría General desconoce si en algún momento anterior, y mediante los correspondientes expedientes de municipalización que se tramitaran en su día, fue acordado el monopolio de tales servicios, pero de haberse acordado dicho régimen, entendemos que no sería necesario tramitar una nueva aprobación de cara a continuar con la prestación.

De no estar establecido dicho régimen, y si ahora se decidiera la prestación de dichos servicios públicos **en régimen de monopolio**, tal como establece el art. 86.2 de la LBRL, éste deberá ser aprobado por el Pleno Municipal, en este caso, con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, previa la tramitación de un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida⁶, siendo este acuerdo suficiente aunque se trate de una competencia reservada, y sin necesidad de la posterior aprobación del órgano competente de la Comunidad Autónoma, conforme a lo previsto en el art. 32.3 de la LAULA.

⁶ En palabras del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (Informe 02/10), deberá quedar acreditado que el sistema de gestión monopolística elegido garantiza la consecución de unos niveles adecuados de eficacia y eficiencia, y, en su caso, que la mejor satisfacción del interés general requiere la provisión del servicio mediante estructuras de mercado donde actúe un único oferente.



B. POSIBILIDAD DE CONSTITUIR EX NOVO UNA EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL.

La opción por esta forma de gestión implicaría que los servicios públicos que nos ocupan se prestasen en la modalidad que la LAULA denomina "sociedad mercantil local" prevista en la letra e) de su art. 33.3, con arreglo a la naturaleza y régimen señalados en su art. 38.

Ahora bien, y tal como apunta la duda manifestada al respecto en el escrito de la Alcaldía Presidencia que motiva este informe, la posibilidad de optar por esta modalidad se presenta bastante complicada.

En primer lugar, y con independencia de la situación financiera actual de este Ayuntamiento, en la línea ya comentada, porque en cualquier caso la premisa necesaria para ello sería que quedase justificado en el expediente que esta modalidad resulta más sostenible y eficiente que la gestión por la propia entidad o mediante agencia pública administrativa local (justificación que sería objeto de la Memoria b).1 descrita en el apartado A anterior), lo cual habría de venir avalado con un informe de la Intervención Municipal sobre su sostenibilidad financiera en términos de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Y en segundo lugar y aspecto determinante de la principal dificultad para la implantación de esta opción, porque entendemos que la regulación contemplada en la Disposición Adicional Novena de la LRBRL introducida por la LRSAL, y que prevalece sobre la regulación autonómica⁷, veda a esta Corporación Municipal, en el momento actual, acudir a tal opción, al encontrarse sometida a un Plan de Ajuste Económico-Financiero para el periodo 2013-2020. Pero esta limitación va más allá de la posibilidad de creación de una sociedad, de forma que no sólo afecta a este supuesto, sino que también se extiende, tal como textualmente se expresa en el apartado 1 de la citada Disposición Adicional Novena, a la posibilidad de **"adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste"**, lo cual ha de ser tenido en cuenta en el momento de decidir el nuevo modo gestor, pues no solo la constitución de una sociedad mercantil -que es por la figura que en concreto se nos pregunta- entraría en colisión con lo dispuesto, sino también

⁷ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 103/2013, ampara sin ambages la indiscutida sumisión de las entidades locales a los criterios establecidos por el Estado en la LRSAL en orden a la aplicación de los principios constitucionales de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria. Extraemos estos párrafos de su FJ 3: "Cabe pues afirmar que el art. 149.1.18 CE ampara sin lugar a dudas normas básicas tendentes a introducir criterios de racionalidad económica en el modelo local español con el fin de realizar los imperativos de los arts. 32.1 y 102.1 CE y la estabilidad presupuestaria como norma de conducta a la que están sujetas las entidades locales (art. 135.2 CE)..."

... El art. 149.1.13 CE autoriza al Estado a fijar las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector (STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4 b). La eficiencia en el uso de los recursos públicos es primariamente una exigencia constitucional que deben tener en cuenta las propias entidades locales en el ejercicio de su poder de autoorganización (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 6) así como las Comunidades Autónomas y el Estado en el ejercicio de sus respectivas competencias sobre organizaciones, procedimientos, empleados, bienes y haciendas públicas.



cualquier modalidad de gestión que traiga consigo la creación de un nuevo ente, sea de naturaleza pública o privada, y a las que nos hemos referido en el anterior apartado A.

Ante lo taxativo de esta norma básica estatal esta Secretaría General opina que no debe hacerse otra interpretación de la Disposición que comentamos, máxime cuando estas medidas racionalizadoras del sector público local gozan ya del aval de la doctrina constitucional comentada.

Abundando en la opinión que mantenemos y de los posibles riesgos que podrían conllevar para esta Administración hacer distinta interpretación de la limitación establecida procediéndose a la creación de una nueva sociedad municipal, ponemos como ejemplo de tales riesgos la postura expresada en Nota de Calificación por el Registrador Mercantil de Tarragona mediante la que rechaza la inscripción de la constitución de una agrupación de interés económico creada por cinco sociedades anónimas municipales del Ayuntamiento de la misma localidad, al considerar de plena aplicación a este supuesto la prohibición establecida en la Disposición Adicional Novena de la LBRL.⁸

C. POSIBILIDAD DE MODIFICAR EL OBJETO SOCIAL DE UNA SOCIEDAD MUNICIPAL PREEXISTENTE PARA ASUMIR LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS QUE PRESTA LIMASA III.

En torno a esta opción, entendemos que pueden servir los mismos comentarios que acabamos de exponer al analizar el apartado B anterior, pues, en nuestra opinión, le afecta la misma limitación establecida en la Disposición Adicional Novena de la LBRL, en este caso, en su apartado 3, del siguiente tenor literal: **“Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados, o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismo autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional”**. A la luz de este precepto, y aunque se usase el mecanismo de la modificación del objeto social de cualquier sociedad preexistente mediante la ampliación del mismo, lo que se estaría posibilitando con ello es la participación de ésta, la preexistente, en el surgimiento de otra sociedad distinta a aquélla mediante un proceso societario de transformación, a resultas del cual surgiría un ente distinto conculcándose, a nuestro juicio, por esta vía, el espíritu del precepto transcrito.

Esta es nuestra opinión, pero no obstante ella, y aunque fue en un momento anterior y distinto al actual en el que la doctrina constitucional ya ha sentado el alcance

⁸ La nota de calificación comentada fue posteriormente revocada por Resolución 10274/2014 de la DGRN, no en cuanto al fondo, sino en base al hecho de que el acuerdo de constitución de esta agrupación de interés económico lo fue antes de la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la LRSAL.



de la normativa contenida en la LRSAL, no queremos dejar de comentar el antecedente existente en este Ayuntamiento cuando inicialmente se pretendió transformar la extinta Fundación Pública "Pablo Ruiz Picasso" en sociedad íntegramente municipal y fue consultado en tal sentido el órgano competente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, indicándose a este Ayuntamiento en la contestación de éste recibida que para ello *"se haría preciso acomodar las previsiones (del Plan de ajuste vigente) a las exigencias de la sostenibilidad financiera y la eficiencia en la prestación del servicio público cultural de referencia mediante la fórmula de sociedad mercantil"*, previa autorización de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local dependiente de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

D. REPERCUSIONES DEL CAMBIO DE LA FORMA DE GESTIÓN EN EL PERSONAL DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA LIMASA III, DISTINGUIENDO ENTRE QUE LA GESTIÓN SE REALICE DE FORMA DIRECTA, BIEN POR LA PROPIA ENTIDAD LOCAL O POR UNA SOCIEDAD MERCANTIL CUYO CAPITAL SOCIAL SEA DE TITULARIDAD PÚBLICA, O MEDIANTE GESTIÓN INDIRECTA.

A esta cuestión se refiere literalmente el escrito de petición de informe que nos remite la Alcaldía en los términos que siguen:

"Igualmente, sería imprescindible conocer las repercusiones que el cambio del modo gestor tiene respecto al personal que actualmente está contratado en LIMASA III, distinguiendo los supuestos de gestión directa, bien por el propio Ayuntamiento, bien por sociedad municipal, de los de gestión indirecta. Conviene saber cómo opera, en ambos supuestos, a la luz de la legislación laboral aplicable, la sucesión de empresas o entidades gestoras y el alcance, en su caso, de la subrogación de dicho personal".

En respuesta a lo solicitado, intentaremos resumir a continuación el marco legal y jurisprudencial que opera en materia de sucesión de empresas y subrogación de personal, partiendo del precepto que la regula en nuestro Derecho español, el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), cuyos dos primeros apartados transcribimos a continuación:

"Artículo 44 La sucesión de empresa

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

2. *A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que*



mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria."

Visto lo preceptuado, principal conclusión que adelantamos en respuesta al asunto planteado es que procede, pues, la subrogación de los trabajadores si existe sucesión de empresa, entendida ésta en los términos que acabamos de transcribir, lo cual va a depender del modo que elija este Ayuntamiento para la continuidad de la prestación de los servicios y de los términos en que se concrete dicha continuidad, cuestiones que no pueden ser determinadas en este informe en abstracto, sino que habrán de serlo con el profundo análisis de las circunstancias de hecho concretas que vayan a concurrir inspirado en las interpretaciones a las que nos referimos a continuación. Pero con independencia del modo (o modos) de gestión que se adopte, la sucesión de empresa y la subrogación del personal operan bajo el mismo marco legal, ya sea la futura gestión a través de formas de gestión directa, o ya lo sea a través de formas de gestión indirecta, pues la esencia de la cuestión alrededor de la que giran las posibles consecuencias es la transmisión en sí, de "la empresa", entendida ésta como *conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*. Y ello independientemente de las condiciones en que este Ayuntamiento habría de asumir a personal de LIMASA III en el supuesto de subrogación, de las que nos ocuparemos en el siguiente y último apartado E.

Pero volviendo al precepto transcrito, la vigente redacción de estos dos apartados del art. 44 ET deviene de la incorporación a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de parte de centros de actividad, transposición que se hizo mediante las modificaciones que se introdujeron a la redacción inicial del art. 44 ET por la Ley 12/2001 de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo. Consecuentemente con ello, entendemos que la interpretación de lo dispuesto debe hacerse atendiendo a los criterios jurisprudenciales ya existentes sobre la aplicación de la mencionada Directiva, y por tal razón, vamos a traer a colación pronunciamientos realizados en sentencias recaídas sobre estas situaciones, de los que pueden extraerse interesantes conclusiones.

En primer lugar, nos referiremos a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011 (TJCE\2011\4), conocida como Caso CLECE, siendo la pregunta planteada como cuestión prejudicial en este caso, si debe interpretarse el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23⁹ en el

⁹ A tenor del artículo 1, apartado 1, de esta Directiva:

a) *La presente Directiva se aplicará a [las transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o*



sentido de que ésta se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza, contratando para ello nuevo personal, pregunta a la que el Tribunal responde declarando que **la citada Directiva 2001/23 sí es aplicable a empresas públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro**, pues *“el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en el caso de autos un ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23”* y, por consiguiente, el hecho de que *“uno de los sujetos interesados sea un ayuntamiento no se opone, por sí solo, a la aplicación”* de la mencionada Directiva. Tampoco excluye la aplicación de ésta –añade la misma Sentencia- las 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.”*

En la misma línea, la posterior Sentencia dictada por el mismo Tribunal de 26 de noviembre de 2015, (TJCE\2015\283) referida a una cuestión en la que interviene la empresa pública Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), y en la que se declara que *“está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.”*

Ahora bien, aclarado el alcance subjetivo de la normativa comunitaria y la sumisión a ella de las *“empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro”* –entendiendo comprendida dentro de ellas, tal como hemos visto, a los ayuntamientos-, refiriéndose ya al fondo del asunto, el Tribunal considera que para que dicha Directiva resulte aplicable al supuesto de hecho, **“la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que**

centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión.

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará [transmisión] a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.

c) La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán [una transmisión] en el sentido de la presente Directiva».



mantenga su identidad tras el cambio de titular.”

Y este es, sin duda, el núcleo de la cuestión a resolver como señalábamos al comienzo del apartado, pues, una vez más nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado -*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* (art. 44 ET)- concepto jurídico que ha de determinarse, como también antes adelantábamos, atendiendo a la realidad de los hechos que vayan a suceder al momento de la extinción del actual contrato de gestión de servicios públicos y teniendo en cuenta todas y cada una de las circunstancias de hecho que vayan a caracterizar la operación.

No obstante la indeterminación del término, la doctrina jurisprudencial europea ha venido estableciendo los criterios a valorar para concluir cuándo ha de entenderse que “la entidad mantiene su identidad” y en virtud de ello opera la sucesión de empresa y consecuente subrogación de trabajadores, y tales los encontramos en las dos Sentencias comentadas. Las consideraciones vertidas en ambas resultan del máximo interés y, por ello, en nota a pie de página al final de este informe recogemos las más significativas al objeto que tratamos, pero como muestra de la complejidad del asunto, extraemos las que siguen:

*“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. **Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente...** (sentencias CLECE apartado 34 y ADIF apartado 32)*

“...En particular, el Tribunal de Justicia ha considerado que, para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate.

*De ello resulta 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..."
(sentencia ADIF apartados 33 y 34)

E. EN EL SUPUESTO DE QUE SE OPTARE POR LA FORMA DE GESTIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LA MODALIDAD DE CONCESIÓN, ¿PODRÍA EL PERSONAL DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA LIMASA III EXIGIR FORMAR PARTE DE LA PLANTILLA DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, CON INDEPENDENCIA DE LA EXISTENCIA DE UNA NUEVA EMPRESA ADJUDICATARIA?

Comenzando por la respuesta a la pregunta final, nuestra respuesta clara es no, en ningún caso podría exigir el personal de LIMASA III formar parte de la plantilla de este Ayuntamiento.

Y por su relación con la cuestión suscitada, transcribiremos a continuación un extracto del informe elaborado por esta Secretaría General de fecha 24 de octubre de 2014 relativo al "Acceso, selección y contratación del personal laboral de las sociedades mercantiles de capital social íntegramente municipal o con mayoría municipal. Procedimientos legales para la contratación de personal laboral temporal y criterios a seguir para regular la creación y funcionamiento de las bolsas de trabajo existentes en las sociedades mercantiles municipales", en el que manifestábamos lo siguiente:

"El derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes reconocido en el artículo 23 de la Constitución española ha sido desdoblado por el Tribunal Constitucional (STC 7/1989, de 19 de enero) en dos derechos nítidamente diferenciados:

- el de acceso a cargo público representativo, el cual englobaría al sufragio pasivo y los derechos de los representantes políticos.

- el de acceso a la función pública.

Respecto del derecho de acceso a la función pública, el contenido de este precepto y la igualdad a la que se refiere han sido complementados por la exigencia contenida en el artículo 103.3 de la Constitución, cuando señala que el acceso a la función pública debe producirse de acuerdo con "los principios de mérito y capacidad".

En su sentencia 138/2000, de 29 de mayo, el Tribunal Constitucional dispuso que "...la igualdad que la Ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo y, de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad, pues, aunque la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los mencionados principios figura en el



artículo 103.3 de la Constitución y no en el artículo 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos constitucionales, que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones establecidas para aspirar a los distintos cargos y funciones, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad...".¹⁰

El régimen jurídico del acceso al empleo público en el ámbito local es objeto de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

Específicamente, los artículos 91.2 y 103 de la ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y 7 y 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, establecen y reiteran que en la selección del personal laboral deben garantizarse los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los establecidos a continuación:

- *Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
- *Transparencia.*
- *Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
- *Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- *Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
- *Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.*

El artículo 55.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que los citados principios se garantizarán en los procedimientos de selección del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del mismo Estatuto. El artículo 2 no contiene una remisión expresa a las sociedades mercantiles dependientes de las Administraciones Públicas, por lo que en una primera aproximación pudiera deducirse que el personal de dichos entes quedaría fuera del régimen previsto en la normativa relacionada. Sin embargo, la Disposición Adicional Primera de la misma Ley aclara esta cuestión y dispone lo siguiente:

"Disposición Adicional Primera Ámbito específico de aplicación

¹⁰ Véase Revista "Actualidad Administrativa", nº 42, pág. 917. Venancio Gutiérrez Colomina.



Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica."

En este sentido, el artículo 85.2 A) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local dispone que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, previendo como modo de gestión directa de los servicios, entre otros, a la Sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública.

Asimismo, el artículo 85.2 B) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuanto a la gestión indirecta de los servicios públicos, se remite a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, entre las que se encuentra la Sociedad de Economía Mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Abundando en lo anterior, la jurisprudencia de forma reiterada incide en la pertenencia al sector público de las sociedades mercantiles que ejercen competencias financiadas total o mayoritariamente por los entes de los que dependen, siendo aplicable a la selección de su personal los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido se expresa la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de Abril de 2009, Fundamento de Derecho Cuarto:

"(...) Resta por examinar si la doctrina sentada por esta Sala, a partir de la sentencia de 20 de enero de 1998, recurso 317/97, referente a los efectos de la contratación irregular por parte de las Administraciones Públicas, ha de ser interpretada dando un sentido estricto al término "Administración pública" o cabe una interpretación que tenga en cuenta primordialmente su finalidad. A este respecto resulta revelador el razonamiento contenido en la sentencia de Sala General de 20 de enero de 1998, recurso 317/97 : "...Hay que partir del artículo 19 de la Ley 30/1984 , que establece que las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Este precepto, que se califica en el artículo 1.3 de la citada Ley como una de las bases del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las Administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución), entendida aquélla en sentido amplio - como empleo público - y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la Constitución). Estas disposiciones sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas



imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público.

Tomando en consideración que la sociedad estatal recurrente pertenece al sector público, que en la selección de su personal se aplican los mismos criterios que a las Administraciones Públicas, pues ha de contratarse mediante oferta pública de empleo, en la que se ofertarán las plazas que legalmente se establezcan, necesariamente ha de aplicarse en dicha selección los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, por lo que la contratación irregular de su personal no puede conducir a la adquisición de fijeza, sino que su relación laboral tendrá el carácter de indefinida, aplicándosele la doctrina de esta Sala plasmada en la sentencia de 20 de enero de 1998, recurso 317/1998 y todas las que han seguido.(...)

Además, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la Dirección General para la Función Pública dictó los "Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local", cuyo apartado 1.3 dispone lo siguiente:

"1.3 Los principios de los artículos 52 (código de conducta), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), **55 (principios rectores de acceso al empleo público)** y 59 (personas con discapacidad) son de aplicación a las siguientes entidades:

- **Las sociedades mercantiles en cuyo capital social participen total o mayoritariamente las Entidades locales.**
- Las fundaciones locales que, o bien se constituyen con una aportación mayoritaria de las entidades locales, o bien cuando su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las citadas Entidades locales.
- Los Consorcios de los que formen parte Entidades locales que, de acuerdo con sus estatutos, adopten la forma de sociedad mercantil."

En la normativa reguladora del régimen local en Andalucía sí existe una referencia expresa a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo en las sociedades mercantiles en las que los entes locales ostenten, directa o indirectamente, una posición dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Así, el artículo 48.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, en cuanto al personal al servicio de las empresas públicas locales (creadas para el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales), dispone lo siguiente:

"El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad."

(...)

No obstante, la jurisprudencia, en consonancia con lo argumentado, determina que los principios rectores de acceso al empleo público son igualmente aplicables a este tipo de personal con independencia de la duración del contrato. Como muestra, la



Sentencia de 23 de mayo de 2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Fundamento de Derecho Cuarto:

*"En cualquier caso y con todos estos antecedentes normativos, para poder apreciar la existencia de una situación de desigualdad contraria al art. 14 de la Constitución es de todo punto preciso que concurra el principio básico sobre el que se asienta esta exigencia de igualdad de trato cual es el de que nos encontremos ante situaciones "sustancialmente iguales". Pues bien, esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los que la jurisprudencia ha venido en considerar "**trabajadores indefinidos no fijos**" y los "**trabajadores fijos**", y no existe tal igualdad porque los primeros son **trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública como es que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad - art. 103.3 de la CE - de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dicho que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad.(...)"***

Por tanto, podemos concluir que, con independencia de la forma en que pudiera gestionarse el servicio una vez finalice el contrato con LIMASA III, en ningún caso podría exigir el personal de la misma formar parte de la plantilla de este Ayuntamiento como personal laboral fijo, estando reservada dicha condición únicamente a las personas cuyo ingreso en la función pública se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad.

Sin perjuicio de tal aseveración, y en el supuesto de que la prestación de los servicios continuare a través de empresa adjudicataria por decidirse la externalización total del servicio, tal como la Alcaldía nos pregunta al final de su escrito, por esta Administración deberán adoptarse las debidas precauciones en el momento crucial de la transmisión de la actividad, existiendo antecedentes análogos, y referidos al mismo sector de servicios, sobre el *modus operandi* en el seno de esta Administración municipal con motivo de la creación de las sociedades conocidas como LIMASA II y LIMASA III,¹ que deberán considerarse.

Málaga, a 22 de septiembre de 2016

EL SECRETARIO GENERAL,

Venancio Gutiérrez Colomina

EXCMO. SR. ALCALDE PRESIDENTE.-



^h Sentencia caso CLECE:

“35.El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente 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...”

36.Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y 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...

37.A este respecto, como se desprende del apartado 31 de la presente sentencia, poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas.

38.En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23.

39.Es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra..., y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica (en este sentido, véase la sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27). No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate.

40.A este respecto, del auto de remisión se desprende que, con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa. En estas circunstancias, el único vínculo entre las actividades ejercidas por CLECE y las asumidas por el Ayuntamiento de Cobisa es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales.

41.Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa 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 ... En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, 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.

42.De ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23.

43.Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.”

Sentencia caso ADIF:

35.Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado a este respecto que, en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla (véase, en este sentido, la sentencia CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, apartado 41).

36.Sin embargo, en una situación como la del litigio principal, procede señalar, en primer lugar, que la actividad económica de que se trata, a saber, el servicio de manipulación de unidades de transporte intermodal, no puede considerarse una actividad esencialmente basada en la mano de obra, ya que requiere un equipamiento importante.

37.En efecto, como indica la resolución de remisión, en el marco de la contrata celebrada con Algeposo, ADIF puso a disposición de



ésta grúas y locales, que se revelan elementos indispensables para llevar a cabo la actividad de que se trata en el litigio principal. Por lo tanto, esta actividad se basa esencialmente en el equipamiento.

38. Por otra parte, en lo que respecta a la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata en el litigio principal hayan pertenecido siempre a ADIF, procede recordar que, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 28 de la presente sentencia, la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23.

39. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de esa Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 42).

40. De ello se deduce que, como ha señalado la Comisión Europea en sus observaciones escritas, una interpretación del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23 que excluyera del ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trate no hayan dejado de pertenecer al cesionario en ningún momento privaría a la Directiva de una parte de su efectividad.

41. Por último, por lo que se refiere al hecho de que ADIF no se hiciera cargo del personal de Algeposa, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedicado al desarrollo de la misma actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23, en un sector como el del litigio principal, en el que la actividad se basa esencialmente en el equipamiento. Una interpretación diferente iría en contra del objetivo principal de la Directiva, que es mantener los contratos de trabajo de los trabajadores del cedente, aun en contra de la voluntad del cesionario (véase, en este sentido, la sentencia Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 37).

42. Por consiguiente, el hecho de que ADIF no se hiciera cargo de los trabajadores de Algeposa no basta para excluir que la entidad económica de que se trata en el litigio principal haya mantenido su identidad y no permite negar, por tanto, la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la citada Directiva.

43. En definitiva, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar, a la luz de las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación de que se trata, si ha existido o no una transmisión de empresa en el litigio principal.

44. En estas circunstancias, procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal.