

NOTA: Disolución de empresa pública municipal de recaudación y subrogación del personal en el Ayuntamiento.

De los resumidos antecedentes aportados por el Ayuntamiento de XXXX, deducimos los siguientes hechos a fin de configurar y delimitar el correspondiente escenario sobre el que centrar nuestro asesoramiento:

- Estamos ante una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal cuyo objeto social engloba (*quizás, entre otros*) “la prestación de servicios para auxiliar al Ayuntamiento en la Recaudación Municipal”. *Se desconocen el alcance y los términos en que están previsto y se realizan dichos servicios.*
- Dicha sociedad va a cesar su actividad, siendo disuelta y liquidada (*quizás por exigencias de la DA 9ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen –LRBRL-).*
- Todo el personal al servicio de la citada empresa fue contratado por ella, sin que haya existido cesión de trabajadores por parte del Ayuntamiento.

Partiendo de este posible escenario, la consulta del Ayuntamiento se centra en si existe o no la obligación por su parte de subrogar al personal de la misma, una vez ésta sea disuelta y la Entidad Local asuma de nuevo la prestación del servicio.

A la vista de lo anterior, resulta absolutamente necesario puntualizar que desconocemos si, revertido el servicio, el Ayuntamiento pretende prestar el mismo por medios propios, incluso si dispone ellos, así como si tras la disolución asumirá parte de la unidad productiva de la empresa a disolver, cuestiones que son fundamentales, y de las cuales dependerá uno u otro resultado.

No siendo posible realizar un examen exhaustivo de la situación ante la falta de información y datos, a continuación se procede a exponer lo que serían las líneas generales de la disolución de una empresa municipal, y la obligación de subrogación de su personal por la Administración:

1º) En cuanto a las actuaciones generales a llevar a cabo para la disolución de la sociedad.

Nos limitamos a reproducir lo expuesto por este SAEL en informe de 1/12/2015:

Los art. 85 y siguientes de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen (en su redacción dada por la Ley 27/2013) –en adelante LRBRL- permite a los Ayuntamientos gestionar de la forma más sostenible y eficiente los servicios públicos por gestión directa o indirecta, y entre las primeras, la sociedad mercantil local cuyo capital social sea de titularidad pública. Tanto la forma de prestación de los servicios, como la creación y disolución de las sociedades es competencia del Ayuntamiento Pleno.

Las Sociedades Mercantiles Locales se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el Ordenamiento Jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, en los términos legalmente previstos (art. 85ter de la LRBRL). De lo dicho se desprende que estos entes instrumentales están regulados por normas tanto de Derecho Administrativo como de Derecho Privado.

Así, de entre las primeras, cabe señalar, además de la LRBRL, el RDLeg 781/1986, de 18 de abril, por el que

se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local -TRRL-. Y entre las normas de Derecho Privado fundamentalmente el RDLeg 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital- en lo sucesivo TRLS.

Con carácter general, la decisión de disolver una Sociedad Mercantil Local lleva aparejada la tramitación de un expediente administrativo con carácter previo a la tramitación mercantil. Por cuanto, en cualquier caso, la Corporación deberá pronunciarse sobre la continuidad y forma de prestación del servicio. Producido el acto administrativo que formalice la voluntad de la Entidad Local como socio único de la Sociedad se seguirán los trámites mercantiles necesarios para llevar a cabo esa decisión administrativa.

Con carácter general la extinción de la sociedad requiere, por tanto, un primer acuerdo de disolución de la misma, con nombramiento de personas para que procedan a su liquidación, y una fase de liquidación y adjudicación del patrimonio resultante al Ayuntamiento, por ser el socio único; y por último la inscripción en el Registro Mercantil.

Ahora bien, la Disposición Adicional 9ª de la LRBRL (redactada por el número treinta y seis del artículo primero de la Ley 27/2013) sobre el «Redimensionamiento del sector público local» establece que si los entes instrumentales estuvieran en situación de desequilibrio financiero en el momento de la entrada en vigor de la LRSAL debió procederse, en dos meses, a un plan de reequilibrio. Y, si este reequilibrio no se produjo antes del 31 de diciembre de 2014, debió procederse a su disolución en una serie de plazos; y si ello no se hizo, éstas quedarán disueltas de pleno derecho el 1 de diciembre del 2015; salvo que tenga unas actividades específicas, en cuyo caso se disolverán el 1 de diciembre de 2016 (abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros).

De los términos de la consulta planteada se deduce que, al no haberse producido el reequilibrio financiero en los plazos señalados por la norma y no haber sido disuelta la sociedad en los plazos señalados, ésta queda disuelta "ex lege" el día 1 de diciembre de 2015.

Acordar la disolución de una sociedad municipal es, con carácter general competencia del Pleno de la Corporación. No obstante, en este caso la disolución de la sociedad se produce ex lege, por mandato de la Ley, sin posibilidad de que el Pleno acuerde cosa distinta a la mencionada disolución. En cualquier caso se entiende que es conveniente dar cuenta al Pleno de la extinción de la sociedad y de la fecha en la que se produjo la misma ya que, como se ha mencionado anteriormente, la Corporación deberá pronunciarse sobre la continuidad y forma de prestación del servicio (artículo 85 de la LRBRL en relación con el artículo 22.2.f del mismo texto legal y 103,2 del TRRL).

La normativa local, a salvo de lo dispuesto por el artículo 103.2 del TRRL, no establece ninguna especialidad en cuanto a la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles. Por tanto, habrá que aplicar la normativa mercantil. En este caso, el TRLS. Norma que, cuando regula las sociedades unipersonales, tampoco establece ninguna especialidad en esta materia.

Es preciso señalar que la disolución de una sociedad no supone la extinción automática de ésta, sino el principio de un proceso de liquidación, previo a su definitiva desaparición y dentro de la cual la sociedad en liquidación conserva su personalidad jurídica.

En efecto, el artículo 371 del TRLS, establece que la disolución no es más que un presupuesto de la extinción y un acuerdo que abre el período de liquidación, constituyendo la liquidación el conjunto de operaciones por el que la Sociedad procede al cobro de créditos, a la enajenación de su activo, al pago de las deudas y, como conclusión de estas operaciones, a la determinación del resultado definitivo a repartir entre los socios, (en este caso el propio Ayuntamiento en su condición de único socio), antes de la extinción definitiva de la misma.

Por lo que respecta a la fase de liquidación, la Sociedad municipal deberá seguir las premisas establecidas en los artículos 383 y ss del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto

En conclusión:

- *La disolución de la sociedad se produce por mandato de la D.A.9ª de la LRBRL el día 1 de diciembre de 2015.*
- *De ello habrá que dar cuenta al Pleno, que decidirá sobre la continuidad, y en su caso, sobre la forma de prestación del servicio.*
- *El expediente deberá contar con el preceptivo informe jurídico de la Secretaría general de la Corporación, y haber sido dictaminado, en su caso, por la Comisión Municipal Informativa.*
- *El Pleno, en funciones de Junta General, cesará de forma expresa a todos y cada uno de los administradores que integran el Consejo de Administración.*
- *El Pleno, en funciones igualmente de Junta General, nombrará a los liquidadores de la sociedad (nada impide que los liquidadores coincidan con los miembros del antiguo Consejo de Administración), con duración indefinida y carácter solidario, al objeto de que procedan, en el plazo máximo de tres meses, a realizar un inventario y un balance de la sociedad, referido al día de la disolución (art. 383 del TRLSC).*
- *Otros acuerdos a adoptar, en su caso, en el Acuerdo de Pleno:*
 - *La supresión (si procediera) del servicio de (...) que venía prestando la sociedad mercantil que nos ocupa, por no tratarse de uno de los servicios obligatorios enumerados en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, no estimar conveniente su continuidad y/o no ser compatible con el plan de ajuste.*
 - *Tramitar el correspondiente expediente de regulación de empleo que afecta a la totalidad de los trabajadores de la sociedad citada y/o las modificaciones presupuestarias, y organizativas (plantilla, relación de puestos de trabajo, readaptación de estructuras administrativas, etc.) para proceder a la integración de los trabajadores en la organización municipal.*
- *En virtud de lo dispuesto en el artículo 369 del TRLSC, el Ayuntamiento habrá de remitir el acuerdo de disolución de la Sociedad Municipal adoptado por el Pleno, para su inscripción en ese Registro Mercantil y su posterior publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.*
- *En el plazo indicado previamente (3 meses desde la adopción del acuerdo de disolución) los liquidadores elevarán al Ayuntamiento Pleno un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día en que se hubiera disuelto, concluirán las operaciones pendientes y realizarán aquellas otras que sean necesarias para la liquidación de la sociedad: y asignarán a este Ayuntamiento de la cuota resultante de la liquidación.*
- *Corresponde a los liquidadores llevar la contabilidad de la sociedad y custodiar sus libros, su documentación y su correspondencia; enajenar los bienes sociales y hacer llegar periódicamente a conocimiento de los socios (en este caso del Ayuntamiento) el estado de la liquidación por los medios que, en cada caso, se reputen más eficaces (arts. 385 y ss TRLSC). En este sentido serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo (art. 397 TRLSC).*
- *Concluidas todas las operaciones tendentes a su liquidación, los liquidadores deben someter al Ayuntamiento Pleno, en su condición de Junta General, un balance final, un informe sobre dichas operaciones, así como un proyecto de división del patrimonio resultante, cuyo exclusivo beneficiario será este Ayuntamiento.*
- *Finalizados todos los trámites anteriores, se elevará al Ayuntamiento Pleno la propuesta de aprobación del inventario y del balance final presentado por los liquidadores, con referencia al día de disolución de la sociedad, y el proyecto de división del patrimonio resultante.*
- *El Pleno requerirá en el mismo Acuerdo a los liquidadores para que otorguen escritura pública de extinción de la Sociedad con las manifestaciones previstas en el art. 395.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -LSC-, a la que se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios (el Ayuntamiento exclusivamente), en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación.*

- *La escritura pública de extinción se inscribirá en el Registro Mercantil, con transcripción del balance final de liquidación, haciendo constar además la identidad de los socios (del Ayuntamiento) y de la cuota de liquidación que le hubiera correspondido, así como de la cancelación de todos los asientos relativos a la sociedad. Además los liquidadores depositarán en el Registro Mercantil los libros y documentos de la sociedad extinguida.*

Finalizado de este modo el proceso liquidatorio de la sociedad, aprobado el balance final, satisfechos los acreedores o asegurados sus créditos y distribuido, en su caso, el haber social resultante, se procederá a la cancelación de los correspondientes asientos en el Registro mercantil y al depósito en el propio Registro de «...los libros de comercio, la correspondencia, la documentación y los justificantes concernientes a su tráfico...» [art. 247 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil], extinguiéndose definitivamente la Sociedad”.

2º) Respecto a si existe obligación de subrogación por parte del Ayuntamiento, del personal al servicio de las citadas empresas, se indica que:

En lo que respecta a las relaciones laborales del personal al servicio de sociedades municipales hay que recordar sucintamente que, como se ha dicho, su régimen jurídico conforme al artículo 85. ter. 1 de la LRRL, indica que se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

Por ello, el régimen de su personal será el del derecho laboral, donde en principio y con carácter general no rigen los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. Y de igual forma estará sometida al derecho privado la regulación del despido colectivo en el caso de que dicho personal no fuera asumido por el Ayuntamiento.

Dicho lo anterior, el art. art. 44.1 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 – en adelante TRET- establece que *“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”.*

Ahora bien, dicho artículo al mismo tiempo prevé en su punto 2, que se considerará que existe sucesión de empresas 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.

El art. 44 del TRET contiene una garantía de los derechos de los trabajadores en el supuesto de que se produzca una novación subjetiva en la persona del empleador, de forma que el cambio de titularidad empresarial no puede extinguir, por sí misma, las relaciones laborales preexistentes, sino que el nuevo empresario queda subrogado por imperativo legal en los derechos y obligaciones del anterior.

Tal y como señala, entre otras, la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 7 de mayo de 2014, la jurisprudencia comunitaria sobre la sucesión de empresas vincula la existencia de la sucesión a la transmisión de una “entidad económica”, concepto que como declara el TSJ de Canarias en sentencia de 16/06/2004, supera y engloba a los conceptos de “empresa”, “centro de actividad” y “parte de centro de actividad”, y se define como un “conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio” (STSJCE de 11/03/1997, 10/12/1998, 2/12/1999, y 25/01/2001), que requieren exclusivamente que exista un vínculo entre la “entidad económica” y el “mantenimiento de la identidad”, que es cuestión esencial para saber si se aplica o no la Directiva, deduciéndose “sobre todo el hecho de que el nuevo empresario continúe efectivamente su explotación”, “o actividad análoga”. En sentencias de 19/05/1992 y 14/04/1994, el TSJCE considera que

la similitud de las actividades efectuadas antes y después de la transmisión constituye un elemento característico de una operación que está comprendida en el ámbito de la directiva.

Ahora bien, también entiende el TSJCE que para apreciar la existencia de una sucesión de empresas, no es requisito indispensable que exista una transmisión patrimonial, ya que en determinados sectores la actividad descansa sobre todo en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, admitiéndose que dicha entidad pueda mantener su identidad aún 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 en dicha tarea (STSJCE 11/03/1997 (caso Sützen).

Asimismo, la **STS de 5 de marzo de 2013** declaró:

"...Entre los cambios introducidos en el art. 44 ET por la Ley 12/2001, como muy clarificadoramente apunta la Sentencia del TSJ del País Vasco de 13-2-2007, se incluye la noción misma de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, a efectos de lo previsto en ese 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 accesorio. Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que éste se inicia y hemos dejado remarcadas (...).

Con anterioridad a esa reforma, una doctrina consolidada del Tribunal Supremo excluía del supuesto regulado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio si no llevaba aparejado la transmisión de los elementos patrimoniales precisos para ejecutarlo, por lo que el nuevo contratista no quedaba sujeto a un deber de subrogación en el vínculo laboral de los trabajadores empleados por el contratista saliente al amparo de lo dispuesto en dicho precepto, sin perjuicio de que esa obligación pudiera surgir por disposición del convenio colectivo o por exigencia del titular del servicio (sentencias de 5 de abril de 1993, 14 de diciembre de 1994, 23 de enero y 9 de febrero de 1995, 29 de diciembre de 1997 , 29 de abril de 1998 y 18 de marzo de 2002), como tampoco se da si, llegado un determinado momento, éste decide asumir directamente su gestión (sentencias de 3 de octubre de 1998, y 19 de marzo de 2002). Aún más, cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponen ese deber, queda sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación (sentencias de 10 de diciembre de 1997, 9 de febrero, 31 de marzo y 8 de junio de 1998, 26 de abril y 30 de septiembre de 1999, y 29 de enero de 2002).

Sin embargo, tras la reforma de la Ley 12/2001, y a la luz de la sentencia dictada por el TJCEE el 24 de enero de 2002 en el caso TEMCO , también se engloban en el supuesto de sucesión de empresa tipificado en el art. 44 ET los casos de cambio de contratista de un servicio en cuya ejecución el elemento trascendental lo constituyen los trabajadores que lo desempeñan, siempre que el nuevo contratista esté obligado a asumirlos en su totalidad o en su parte esencial, sea por convenio o por imposición del titular del servicio, y aunque no lleve aparejada transmisión de los elementos patrimoniales precisos para su ejecución.

Así tenemos que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

A). El art. 44 del ET, reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de sus requisitos previstos en los mismos.

C). *Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos. (SSTS 10-12-97, 9-2 y 31- 3-1998, 30-9-99y 29-1-2002).*

D). *Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET, supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29- 2-2000), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil.*

E). *Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006) como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007). Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad.*

Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004, (aun suscitando en la misma ciertas "reservas", entre otras razones, "por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger"), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece".

Junto a ello debemos tener presente que "para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad. La jurisprudencia comunitaria ha examinado la cuestión atinente a la denominada "sucesión de plantillas", como elemento relevante a tener en cuenta para determinar si existe o no sucesión de empresa, entre otras, en las siguientes sentencias:

En la sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto 13/95, Süzen, tras señalar que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las que figuran el tipo de empresa, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, 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, el grado de analogía de las actividades ejercidas..., dispone "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, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), 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. En la sentencia de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, Sánchez Hidalgo y otros, entendió que era aplicable la Directiva 77/187/CEE a un supuesto en que un Ayuntamiento adjudicó el servicio de ayuda a domicilio, en régimen de concesión a una determinada empresa y, tras finalizar la concesión, se lo adjudica a una nueva, que contrató a todos los trabajadores que venían prestando servicios para la anterior.

La sentencia contiene el siguiente razonamiento: "El concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia Süzen, antes citada, apartado 13)". "Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo, a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción". De la doctrina contenida en las sentencias anteriormente consignadas se desprende que en aquellos 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, que puede mantener su identidad, cuando se produce una transmisión, y el nuevo empresario no sólo continua con la actividad de que se trata, sino que también se hace cargo de una parte esencial del personal del anterior empresario. Por contra, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad". (STS de 7 de diciembre de 2011, con cita de la de 28-4-2009)"

En el mismo sentido se pronuncian las STS de 19 de septiembre y 2 de octubre de 2012, que a su vez recogen: *"... en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTs 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 -; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 -rec. 1674/04 -), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03 -rec. 2618/02 -)".*

Tras el examen de la citada jurisprudencia, resuelve el STSJ de Andalucía en Sentencia de 7/05/2014 que: *"... No se transmite pues actividad empresarial organizada, fruto de pacto u otro título convencional intervivos entre las partes, sino que estamos ante una finalización y consumación de un contrato de concesión administrativa, y reversión del servicio a la Corporación local, por abandono unilateral de la concesión del inicial contratista, aunque pueden asistirle razones de índole económica derivadas de a su parecer insatisfactoria ejecución del contrato administrativo de concesión por la corporación local. Ni opera el deber de subrogación convencional del art 22 del Convenio colectivo, que no puede obligar a una Administración local que no se somete al mismo, si no estaba previsto en el contrato administrativo de concesión administrativa ..."*

De todo lo anterior se deduce que la simple disolución de la empresa, por si misma, y la asunción de las funciones de recaudación por el Ayuntamiento (que por otra parte son inherentes a las propias de las Corporaciones Locales) no genera la citada obligación de subrogación, siendo requisito indispensable para ello que concurran las condiciones recogidas en el mencionado artículo 44, al albor de su interpretación jurisprudencial.

Viene reconociendo la jurisprudencia, en numerosas Sentencias que, en términos generales, **"sólo si el Ayuntamiento pasa a prestar el servicio con sus propios medios personales y materiales, no habrá subrogación del personal"**.

Así, de la **STS de 11 de julio de 2011**, que partiendo del supuesto de reversión de la gestión de un servicio público por un Ayuntamiento, para su prestación por gestión directa, plantea quien ha de soportar la indemnización por despido de una trabajadora de la contrata, podríamos extraer como cuestiones básica extrapolables al caso que nos ocupa, que:

- No son de aplicación al Ayuntamiento las previsiones del Convenio Colectivo Sectorial (el Ayuntamiento no está en el ámbito de aplicación del convenio).
- Al asumir la gestión el Ayuntamiento de forma directa, y por sus propios medios, y no existir transmisión de medios materiales ni asumir a una parte de la plantilla de la contrata, no se produce sucesión de empresas.
- La subrogación en estos términos resultaría contraria a los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público.

En contraposición a lo anterior, la **STS de 30/05/2011** sí entiende que existe sucesión de empresas, en un supuesto de reversión de servicio público en una empresa municipal, que se hace cargo del personal del contratista.

Recoge textualmente la STS de 11 de julio de 2011: *“... la mera asunción por el Ayuntamiento recurrente por reversión o rescate de la actividad de limpieza viaria del municipio que antes hacía por contrata, la empresa cesionaria, sin que exista constancia de que se haya producido ninguna transmisión de medios materiales o de cualquier otro orden, incluida la de haber asumido a alguno de los trabajadores (figura comúnmente denominada “sucesión de plantilla”) que había prestado servicios para la empresa privada concesionaria, debe determinar la estimación del recurso (...), en estos casos, además de que la subrogación probablemente no se compaginaría bien con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y con las normas que regulan el acceso al empleo público y la selección del personal laboral en ese ámbito, como ya tenida declarado esta sala en asuntos que en lo esencial guardan identidad de razón con el de los presentes autos (...), tampoco aquí resulta de aplicación el art. 44 ET ni el art. 1, apartado 1, letra a) y b) de la Directiva 2001/23/CE.*

En sentido contrario, es decir, cuando la reversión vaya acompañada de la transmisión de medios materiales o cuando pueda darse la figura de la “sucesión de plantilla”, y, por tanto, concurra la sucesión empresarial del art. 44 ET, puede verse, por todas, nuestra reciente sentencia de 30/05/2011, que resume además la doctrina al respecto”.

Por otra parte, resulta interesante el enfoque y la reflexión recogida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 29 Oct. 2012:

“(...) El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien esta libertad aparece limitada por la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados. (...)

*Así como recoge la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de Sevilla de este mismo Tribunal de Justicia de fecha 2 de noviembre de 2011, dictada en asunto semejante, y aplicando los criterios allí establecidos que compartimos, en efecto la tan citada Disposición Adicional Tercera quiebra dicha igualdad, porque **al integrar directamente al personal procedente de las fundaciones y entidades extinguidas, en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal laboral de la Agencia, y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público pero, claro está, sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución,***

en el Estatuto Básico, (...). Ello supone **más que una huida del derecho administrativo** (como declaraba la STS 29-11-2009 , que estimó la nulidad del Decreto que aprobaba los estatutos de E.G.M.A.S.A.), **un desprecio al Estado de Derecho**, porque el propio Estatuto Básico, reconociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos sean funcionarios o personal laboral y esas normas principales como afirma el Ministerio Fiscal, fiel trasunto del artículo 23.2 han sido infringidas en el presente caso, porque todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad.

Igualmente siguiendo la misma sentencia anteriormente citada, **nada que objetar desde luego, a la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores que obliga a la Agencia a subrogarse en derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo de este personal, pero una cosa es la subrogación empresarial de las normas laborales y otra bien distinta la integración**, con las consecuencias apuntadas, que convierte a este personal automáticamente en personal laboral de la Agencia con acceso directo a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía. **Se vulnera así, (...) el art 23.2 de la Constitución que se refiere al acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, que forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental, (...). También se vulnera el artículo 14 de la Constitución, respecto a terceros ciudadanos en general a los que no se les va a permitir el acceso privilegiado por integración, reservado en exclusiva a quienes trabajaban en el extinto Instituto en virtud de un régimen legal privado.**

Partiendo de las referidas posiciones, el expuesto argumento merece ser profundizado, así de una parte el principio de subrogación en las relaciones jurídicas laborales insertas en la entidades extinguidas no resulta incompatible con la exigencia del pleno respecto a los principios de mérito y capacidad. Así lo que se Juzga improcedente es la integración de plano o en bloque de aquél personal laboral en el empleo público es decir en la condición de empleado laboral para la Administración. En este punto destaca que conforme al art 8 del Estatuto básico del empleado público el personal que presta sus servicios para la Administración se clasifica en: Funcionarios de carrera; Funcionarios interinos; Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y Personal eventual.

De esta forma la integración del personal laboral procedente de las entidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido al Estatuto Básico del Empleado Público, norma que tiene el carácter de Básico, de manera que no cabe hablar de una categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art 44 del Estatuto de los trabajadores, es decir por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación. Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico.

De conformidad con tales postulados **el acceso a la condición de empleado público sin superación de proceso selectivo alguno, directamente por razón de la subrogación pretendida no puede juzgarse conforme a derecho pues ello es una consecuencia que excede de tal subrogación prevista en el art 44 del Estatuto de los trabajadores. No resulta posible por razón de la subrogación indicada la atribución directa de la condición de empleado público.** Tal solución desconoce absolutamente la existencia del derecho administrativo, su especialidad respecto del derecho privado, e implica la traslación sin más de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo público y por tanto al régimen de las Administraciones públicas. Así resulta posible la conciliación de ambos principios, de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público de otro, de tal manera que partiendo de la subrogación expuesta se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo público, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Junta de Andalucía pues la Administración desde luego no puede desentenderse sin más de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo público para aquellos

que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata”.

La jurisprudencia en el caso de disolución de sociedades o entidades dependientes, llega a la conclusión de que para que verdaderamente exista la obligación de subrogación ex lege, es preciso que se den las circunstancias previstas en el art. 44 del TRET, es decir, habrá sucesión de empresas cuando se traslada la unidad productiva y se continúa con la misma actividad, y no hay sucesión cuando se trata de una disolución que venga acompañada de una mera reubicación de los trabajadores en la plantilla municipal, derivada de la integración de éstos derivada de la asunción de la gestión de un servicio público para su gestión directa, eso sí, extremo que justifica cuando éstos fueron inicialmente municipales (STSJ de Extremadura 04/10/2007 y TSJ de Andalucía 1/06/2007).

Dichos trabajadores pasarían al Ayuntamiento con la relación de trabajadores indefinidos, no fijos, por lo que se entiende que en esa situación será en la que se mantengan mientras no se produzca la selección de dicho personal conforme a los principios constitucionales de publicidad, mérito y capacidad.

Como conclusión decir que, dados los reducidos datos con que cuenta este SAEL y partiendo del escenario descrito al inicio de esta nota informativa, resultaría complicado justificar una subrogación de empresa y consiguiente asunción del personal por parte del Ayuntamiento, salvo que se desprenda de la realidad una verdadera transmisión de la unidad productiva, que vaya más allá de la mera disolución de la sociedad y del reparto de su activo.

A mayor abundamiento, resulta interesante mencionar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-509/14, de 26 de noviembre) que introduce un matiz a tener en cuenta, respecto de anteriores pronunciamientos en que había mantenido la inexistencia de subrogación (CLECE, C-463/09), en el presente caso el Tribunal determina que como el servicio requiere un equipamiento importante, a pesar de que el mismo era propiedad de ADIF y ésta lo pone a disposición del contratista, lo considera imprescindible para llevar a cabo la actividad, por lo que no lo considera un servicio basado esencialmente en la mano de obra. Para el TJUE, el hecho de que los medios materiales con que se realiza el servicio sean de titularidad de la empresa pública carece de importancia, pues no permite excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva comunitaria.

3º) Otra cuestión incidental del asunto que se trata, puede ser la de determinar la situación del Ayuntamiento ante una posible indemnización por despido al personal de la empresa municipal:

Dicho tema fue tratado en el ya mencionado informe emitido por este SAEL con fecha 1/12/2015, donde se concluyó:

“En relación con la cuestión planteada – la posible obligación del Ayuntamiento de responder de las indemnizaciones por el despido de los trabajadores, una primera aproximación nos llevaría al art. 367 TRLSC que, al regular la responsabilidad de los administradores, determina que responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que no soliciten el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

Por tanto, a la vista de la normativa expuesta ha de indicarse que la responsabilidad jurídica que se prevé en nuestro ordenamiento reside en los administradores y no en los propietarios de la sociedad (en el supuesto objeto de la consulta, el Ayuntamiento).

En consecuencia, y teniendo en cuenta que desde el punto de vista estrictamente privado la administración municipal no es sino un mero socio capitalista, del tenor literal de la normativa mercantil se derivaría que no podría repetirse ninguna responsabilidad contra el Ayuntamiento por un despido colectivo del personal de una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal, salvo que existan faltas imputables a un administrador por negligencia, por cuanto los órganos Municipales asumen dicha condición.

Sin embargo la jurisprudencia ha venido a corregir esta interpretación excesivamente privada en los casos en que una sociedad sea un ente instrumental de una Administración pública, con órganos de dirección y administración de la misma y capital en su totalidad de la Corporación.

Es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 31 Jul. 1992, pronunciada en el caso de una reclamación formulada en relación con la entrega de una vivienda de protección oficial en la que Ayuntamiento demandado alegó que el responsable era el Patronato Local de la Vivienda, S.A., entendiéndose que se trataba de una persona jurídico-privada diferenciada. El Tribunal recuerda que ese patronato se constituyó *«con la finalidad de atender a un servicio relativo a la construcción de viviendas al amparo del acuerdo municipal en el que el órgano diferenciado se constituye en sociedad anónima con capital de propiedad exclusiva de la Corporación y cuyos órganos de dirección y administración están a cargo de los de la Corporación que asume las funciones de Junta General, arts. 89 y 90 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; de lo que se infiere la identidad entre el Patronato, persona jurídica que adopta la forma de Sociedad Anónima para la prestación de un servicio municipal, de naturaleza industrial con un órgano de gestión directa de un servicio municipal; sometido al Derecho Privado en su actuación sin que de ello se desprenda que el convenio suscrito por el Alcalde, Presidente del Patronato sea ajeno al Municipio, pues este Patronato actúa como sociedad Privada dentro de la Administración del Ayuntamiento como órgano diferenciado del mismo pero en cumplimiento de sus fines; actividad de la Corporación municipal que no se halla exenta de las obligaciones asumidas por dicha sociedad privada».*

Dicho de otro modo, el hecho de que el Ordenamiento Jurídico español admita la posibilidad de que los poderes públicos realicen actividades económicas, y por ende, acudan a fórmulas jurídico-privadas, no evita que la clave de esta cuestión se encuentre en la relación de dependencia entre el ente instrumental y el ente matriz, que *«remiten su titularidad final a una instancia administrativa, inequívocamente pública»*. O en otras palabras, la personalidad jurídica independiente es una herramienta que no implica una desvinculación de dicha organización del ente público del que trae causa. Es una personalidad jurídica a los meros efectos instrumentales, de ahí que el ente no puede ser considerado como un «tercero» respecto de la Administración, sino como algo propio.

No obstante, es necesario recordar que los derechos pendientes de cobro y las obligaciones pendientes de pago propias de la sociedad (entre las que se encuentran los créditos laborales) continuarán siendo de la titularidad de ésta, en tanto permanezca en período de liquidación. Es decir, el Ayuntamiento no puede hacerse cargo de las deudas de la sociedad hasta la extinción definitiva de la misma, pues es ella la que ha de hacer frente a sus obligaciones.

En efecto, el artículo 392.1 del TRLSC establece que *«salvo disposición contraria de los estatutos sociales, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación en el capital social»*. Es decir, la cuota de liquidación para el Ayuntamiento será del 100 por 100 de la que resulte una vez liquidada la sociedad. Ahora bien, el artículo 391.2 del mismo texto legal establece que *«Los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos o sin consignarlo en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social»*. O lo que es lo mismo: no podrá transferirse al Ayuntamiento la cuota de liquidación —compuesta, normalmente, por fondos en metálico, pero también, en su caso, por inmuebles, muebles, etc.— mientras no se haya satisfecho a los acreedores de la sociedad las obligaciones pendientes.

Por tanto concluimos que, con carácter general, y no sólo a efectos de satisfacer indemnizaciones por despido, la Corporación municipal no se halla exenta de las obligaciones asumidas por la sociedad privada de capital íntegramente público, ya que, como han señalado los Tribunales las sociedades de capital municipal actúan como sociedades privadas “instrumentales” de la Administración del Ayuntamiento como órgano diferenciado del mismo, pero en cumplimiento de sus fines, y con dirección y administración dependiente de la Corporación o integrada en la misma.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO A ENTIDADES LCOALES
Murcia, 20 de enero de 2016