

INFORME JURÍDIC

Relatiu als aspectes laborals d'un l'hipotètic acord municipal pel qual es canviï la forma de gestió del servei públic de llar d'infants de l'Ajuntament de Calafell, passant a gestió directa la gestió del servei, actualment gestionada en forma indirecta a través d'una concessió administrativa.

OBJECTE DE L'INFORME

Seran objecte d'estudi en aquest informe, les repercussions per l'Ajuntament de Calafell derivades de les relacions laborals del personal de la concessionària actualment adscrit al servei de llar d'infants, com a conseqüència d'un acord de canvi de gestió, de la forma indirecta a través de concessió administrativa a la forma directa mitjançant rescab, reversió o allò que col·loquialment anomenem "internalització del servei".

Bàsicament s'estudiarà:

1.- L'impacte en les relacions laborals del personal actualment adscrit al servei, quina relació laboral ho és amb l'empresa concessionària, de la continuïtat del servei canviant el subjecte que el presta: passant de la concessionària a l'Ajuntament. Anàlisi de si és obligatòria per l'Ajuntament la subrogació del personal a la vista de l'article 26 del conveni col·lectiu del sector i l'article 130 de la nova Llei de Contractes del Sector Públic.

2.- Cas que procedeixi la subrogació: examen de les opcions respecte de la gestió del servei i les conseqüències que es derivarien respecte del personal subrogat: opció de gestió directa des de la mateixa organització de l'Ajuntament o gestió directa mitjançant la societat de capital íntegrament públic municipal.

3.- Anàlisi de les dues opcions i, en el cas de la gestió a través de la societat: repercussions estatutàries, tarifàries i respecte de l'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públics.

4.- Referència al contingut de les resolucions administratives a adoptar per l'Ajuntament o pels òrgans de la societat derivats de la subrogació del personal.

DOCUMENTACIÓ DE QUE HEM DISPOSAT PER ELABORAR L'INFORME

Hem disposat, per l'elaboració d'aquest informe, de la documentació següent:

1.- La documentació relativa a les cinc concessions administratives de les escoles bressols municipals. Una d'elles: concessió d'obra pública i gestió; amb les seves pròrrogues.

2.- Els estatuts de la societat pública municipal, CALAFELL EMPRESA MUNICIPAL DE SERVEIS, SA (CEMSSA).

4.- Modificació estatutària acordada el 2 de maig de 2016 relativa a la introducció de la definició de la societat com a mitjà propi de l'Ajuntament de Clafell.

3.- Contractes de treball del personal que presta servei a les tres escoles bressols municipals.

Hem d'advertir que, quan es parla de subrogació, suposa el canvi en la relació jurídica laboral per substitució de la persona del empleador, amb respecte a totes les condicions laborals, de manera que el neu empleador assoleix totes les obligacions derivades dels contractes de treball o dels conveni col·lectiu d'aplicació, de manera que les relacions laborals fixes o indefinides o temporals seguiran tenint aquesta mateixa condició respecte el nou "empresari".

NORMATIVA JURÍDICA D'APLICACIÓ:

1.- Pel que fa a la forma de gestió dels serveis públics:

Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL): articles 85 a 86.
Llei municipal i de règim local de Catalunya (LMCAT), Text refós aprovat per Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril: articles 249 i següents.

Reglament d'activitats, obres i serveis dels ens locals (ROAS), aprovat per Decret 179/1995, de 13 de juny.

2.- Pel que fa a la continuïtat de les relacions laborals en cas de transmissió d'empreses:

Estatut dels Treballadors (ET), Text refós aprovat per RD Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre: article 44.

Directiva 2001/23/CE, del Consell, de data 12 de març, sobre aproximació de les legislacions dels estats membres relatives al manteniment dels drets del treballadors en cas de traspassos d'empreses, de centres d'activitat o de parts d'empreses o de centres d'activitat.

XI Conveni col·lectiu estatal de centres d'assistència i educació infantil: article 26.

Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic: article 130, núm. 3.

1.- ANTECEDENTS. BREU REFERÈNCIA A LES MODALITATS DE GESTIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS PER LES ENTITATS LOCALS.

Els serveis públics de competència local poden gestionar-se **directament** mitjançant alguna de les fórmules següents:

- Per la mateixa entitat local, amb o sense una organització especialitzada.
- Per un organisme autònom municipal.
- Per una entitat pública empresarial local.
- Per una societat mercantil de capital íntegrament públic de l'entitat local.

També es poden gestionar en forma **indirecta** mitjançant qualsevol de les formes previstes a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic: contracte de concessió del servei o contracte de serveis.

Les entitats locals tenen potestat (dins la potestat d'auto organització) per constituir, organitzar, modificar o suprimir els serveis de la seva competència. Tanmateix, no és possible la supressió de serveis públics de caràcter obligatori, al marge de la possibilitat de la modificació en la forma de gestió.

És competència del Ple l'aprovació de les formes de gestió dels serveis públics i dels expedients relatius a la seva municipalització (article 22.2, f) LBRL i article 52.2.g) LMCAT).

Per tant, s'insereix dins de la potestat d'auto organització la decisió de l'Ajuntament de Calafell relativa al canvi en la forma de gestió del servei públic d'escola bressol, passant de la concessió administrativa a la gestió directa, així com triar la modalitat de gestió directa, a quins efectes haurà de ser el Ple qui aprovi els acords pertinents.

Tanmateix, la recuperació de la gestió dels serveis públics, també el de l'escola bressol, s'ha de justificar en el sentit de permetre que els mateixos es prestin en termes de millor eficiència i eficàcia, que es pot mesurar en termes econòmics o en termes de la qualitat del servei. En tot cas, la decisió suposa un judici d'oportunitat i no pas jurídic, tot i que s'hauran d'avaluar les seves conseqüències jurídiques, especialment en l'àmbit de les relacions laborals del personal adscrit al servei.

Dit això és cert que alguns supòsits de reversió de la gestió a mans públiques pot ser més eficient, inclús en els tres aspectes essencials: cost, qualitat del servei i condicions laborals.

Res demostra, i més aviat ha evidenciat el contrari, que la gestió privada sigui sempre millor i més barata, tot i que la gestió directa, en alguns casos, pot suposar un estalvi de costos: quasi segur en molts casos suposa l'estalvi de l'Impost sobre el Valor Afegit. De fet, s'ha conclòs, en base a informes del *Tribunal de Cuentas* de 2013 que *"los Servicios privatizados presentan sobre costes que van desde el 22% al 90% respecto del Servicio prestado en forma directa, con encarecimientos medios del 27% en recogida de basuras o del 71% en limpieza"*

No és objecte d'aquest informe entrar en l'anàlisi de les qüestions extra-laborals o de caràcter jurídic administratiu que suposa la reversió del servei per a la seva gestió directa. Només apuntem que la decisió de recuperar la gestió del servei públic, que havia estat objecte de concessió o contractació per una entitat privada, ha d'adoptar-se amb totes les garanties exigibles en el marc del procediment administratiu: ha de ser decidida pel Ple prèvia la tramitació del corresponent procediment i s'hauran de contemplar totes les normes aplicables, tant en l'ordre administratiu --- procediment i contractació ---, com pressupostàries i financeres en ordre a l'estabilitat, així com les normes generals sobre el funcionament administratiu.

2.- L'ACORD RELATIU AL CANVI DE GESTIÓ DE LA GESTIÓ INDIRECTA, PER CONCESSIÓ ADMINISTRATIVA, A LA GESTIÓ DIRECTA. OBLIGACIÓ DE LA SUBROGACIÓ DEL PERSONAL.

Entrant en allò que constitueix el nucli d'aquest informe, els problemes laborals que planteja la recuperació del servei són complexos i parteixen de si s'exigeix o no la

continuïtat de les relacions laborals del personal que l'empresari individual té adscrit al servei.

En definitiva, el primer problema que cal plantejar-se és el de determinar la situació en que queden els treballadors de l'entitat privada que havien vingut prestant els seus serveis fins la recuperació del servei per l'Administració.

Perquè hi hagi l'obligació de subrogar el personal ha de concórrer els requisits establerts al l'article 44 ET, d'acord al qual *"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 este 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 ..."

Per tant: s'exigeix:

1.- Una transmissió: *el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma.*

2.- Que aquesta transmissió afecti *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.*

Aplicant aquests principis, a la vista del precepte i també de la Directiva comunitària 2001/23/CE, del Consell, de data 12 de març, la jurisprudència considera existeix transmissió:

1.- En qualsevol canvi en la contracta administrativa (concessió o contracte) que suposi transmissió de la titularitat d'elements significatius de l'activitat.

2.- En qualsevol canvi en la gestió del servei, inclosa la reversió del servei si existeix aquella transmissió d'actius o be concorre el supòsit de la "successió de plantilles", es a dir, quan l'activitat no exigeixi --- com a part essencial del negoci --- elements materials sinó que el principal actiu ho constitueix el personal: per exemple en serveis de neteja, consergeria, o altres en que el fonamental és el personal adscrit al servei.

Amés dels aspectes anteriors, es considera procedeix la subrogació --- encara que no apareguin les exigències de l'article 44 ET --- quan s'imposi pel plec de clàusules que

regulen la contractació (en supòsits de gestió indirecte amb canvi de contractista) o vingui obligat pel conveni del sector: el cas dels contractes de neteja.

Els supòsits anteriors: imposició de la subrogació pel plec de clàusules o pel conveni del sector són d'aplicació a supòsits de successió entre empreses contractistes o concessionàries. Tanmateix, cal preguntar-se si també s'aplicaria a la reversió del servei el supòsit d'imposició de la subrogació pel conveni col·lectiu del sector.

La qüestió és essencial en el supòsit plantejat de la reversió del servei de llar d'infants, donat que el **XI Conveni col·lectiu estatal de centres d'assistència i educació infantil**, en el seu article 26 imposa la subrogació:

Artículo 26. Sucesión de empresas.

1. En lo relativo a la sucesión de empresas se estará a lo establecido en el artículo 44 y concordantes, del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores.

2. Para las empresas privadas que gestionan centros de titularidad pública, en los supuestos en los que se produzca la adjudicación de la concesión a una nueva empresa, por finalización de la concesión y concurso posterior, rescate del servicio por la entidad titular o cualquier otra modificación en el sistema de gestión del servicio, se estará ante un supuesto de subrogación de todos los derechos y obligaciones de los trabajadores con contrato en vigor y antigüedad mínima de tres meses en la empresa saliente, que se regirá por el artículo 44 del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores.

Para hacer efectiva la subrogación contemplada en este apartado 2, se deberá seguir el procedimiento siguiente:

1) La empresa entrante deberá comunicar, por medio fehaciente, a la empresa saliente, su condición de nueva adjudicataria del servicio.

2) La empresa saliente notificará a los trabajadores el cambio de concesionario, con indicación de la razón social de la empresa entrante.

3) La empresa saliente pondrá a disposición de la entrante y de la representación legal de los trabajadores, si a hubiere, en el plazo máximo de 10 días naturales antes de la fecha de inicio del servicio por la nueva empresa adjudicataria, la siguiente documentación:

a) Relación de los trabajadores subrogados, con indicación de sus datos personales y laborales.

b) Copia de los contratos de trabajo de los trabajadores relacionados.

c) Copia de los tres últimos recibos de salarios de los trabajadores relacionados.

d) Certificado de hallarse al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social.

e) Fotocopia de los modelos TC/2 de los últimos 4 meses.»

Observis que la redacció del precepte del conveni **només es refereix a la “successió d'empreses privades**. Per tant, exclou la successió d'una Administració a una empresa privada per passar a desenvolupar el servei de manera directa.

El matís és obvi, donat que el conveni sectorial no és d'aplicació a l'Administració, donat que pel supòsit comentat, no pot haver vinculació d'una Administració a un conveni en el qual, ni ha participat en la seva negociació, ni tampoc resta inclosa en l'àmbit funcional del mateix.

En termes generals, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem al respecte assenyala:

1.- Ni la contracta ni la concessió administrativa constitueixen unitat productiva autònoma, als efectes de l'aplicació de l'article 44 ET, tret que **s'entreguin al concessionari, o es recuperin per l'Administració en la reversió, la infraestructura o organització empresarial bàsica per l'explotació**. Per tant, en principi, no es pot parlar de successió o transmissió de contractes donat que el que es produeix és la finalització d'una i el començament d'una altra. El que determina que s'exclougui l'aplicació de les regles sobre successió d'empreses regulades a l'article 44 ET.

2.- La subrogació, en el cas de la reversió, només **es produirà quan hi ha transmissió d'elements patrimonials**.

En el cas de les concessions de l'Ajuntament de Calafell no hi hauria transmissió d'elements patrimonials, ni tant sols en el cas de la gestió d'obra pública i servei, donat que tots els elements patrimonials pertanyen a l'ajuntament abans de la concessió. Tanmateix, aquest aspecte és el més important, donat que els jutges laborals tendeixen a ampliar el concepte de "transmissió" també als cassos d'arrendament, cessió d'ús (inclús gratuïta).

3.- Malgrat allò que es pugui concloure de la Jurisprudència anterior, el tenor literal de l'article 130, núm. 3 de la Llei de Contractes del Sector Públic podria determinar l'obligació de subrogar, malgrat allò explicat respecte de que l'obligació de subrogació no pot derivar del conveni col·lectiu, que és una norma pactada entre empresaris i representants dels treballadors del sector privat, que no apareix pensada pel supòsit que comentem i que no és vinculant per una Administració pública no representada en la negociació i que no apareixen incloses en el seu àmbit d'aplicació.

La síntesi jurisprudencial exposada ha estat formulada a partir de la Jurisprudència dictada pel Tribunal Suprem en els casos recuperació del servei públic per part de l'Administració quan abans es gestionava indirectament per una empresa privada. Aquest resum dels criteris jurisprudencials en la matèria els trèiem, entre d'altres, de les sentències del Tribunal Suprem: de 21/04/2015, Rec. 91/2014, 19/05/2015, Rec. 358/2014, 09/02/2016, Rec. 400/2014 i 16706/2016, Rec. 2390/2014.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem s'aplica també pels Tribunals Superiors de Justícia que considera igualment que la simple recuperació del servei, per prestar-lo amb mitjans i materials propis, no constituïria transmissió de l'empresa ni obligaria a assolir el personal de l'entitat privada que prèviament ho vingués prestant: per totes, i a tret d'exemple: les del TSJ de Castella-La Mancha de 02/07/2014, Rec. 386/2014, o d'Andalusia-Granada de 07/05/2014, Rec. 603/2014, de Madrid de 02/06/2014, Rec. 102/2014 o Andalusia-Sevilla, de 14/01/2016, Rec. 76/2015.

D'aquesta manera, podríem *a priori* descartar que l'Ajuntament de Calafell resti obligat a la subrogació tot i que ho imposi l'article 26 del conveni del sector, tant perquè aquest conveni no seria d'aplicació a l'Ajuntament, com per la mateixa literalitat del precepte, que només imposa la subrogació per la successió entre empreses contractistes o concessionàries.

Tanmateix, aquesta conclusió resta alterada per allò establert a l'**article 130, núm. 3 de la Llei de Contractes del Sector Públic** que sembla imposar la subrogació quan la mateixa estigui establerta en un conveni col·lectiu:

*3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, **vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general.***

Tot i que hem dit que el conveni del sector no és mai aplicable donat que l'Ajuntament no ha participat en la seva negociació ni figura inclòs en l'àmbit funcional de la seva aplicació, la imposició de l'article 130, núm. 1 LCSP l'entendem d'aplicació des de la mateixa literalitat del precepte donat que els treballadors que desenvolupaven el servei estaven subjectes a un conveni "que así lo establece" i, perquè el seu context normatiu no desmenteix l'aplicació de la imposició de la subrogació sinó tot el contrari donat que l'empresa concessionària ja restava obligada a la subrogació quan es va adjudicar el servei i, si ho era aleshores, també ho serà la que l'empresa que la succeeixi i, si no és una empresa, sinó la mateixa Administració, també haurà d'aplicar la subrogació. Una interpretació diferent deixaria inaplicable el precepte en el cas que pretén regular, es a dir, quan una Administració "*decida prestar directamente el servicio*".

En definitiva, des de l'entrada en vigor de la nova LCSP es obligatòria la subrogació per a l'Administració que decideix prestar directament el servei, quan així ho imposa el conveni col·lectiu o concorren els requisits generals previstos a l'article 44 ET.

Tot això al marge que la seguretat jurídica també aconsellaria la subrogació. No podem oblidar que els treballadors afectats formularien demanda per acomiadament contra l'Ajuntament si no s'ha produït la subrogació, en quins processos judicials --- al marge de discutir sobre la concurrència dels requisits de l'article 44 ET --- sorgiria amb força el precepte contingut a l'article 130 LCSP, amb les conseqüències negatives que se'n derivarien de les condemnes contra l'Ajuntament.

3.- LES OPCIONS DE LA GESTIÓ DIRECTA: PER L'AJUNTAMENT MATEIX O PER LA SOCIETAT DE CAPITAL PÚBLIC MUNICIPAL.

Si acceptem que existeix l'obligació de subrogació del personal, aquesta implica l'assumpció del mateix com a personal propi de l'Administració, amb les característiques específiques del personal que presta serveis a l'Administració Pública.

Tanmateix, la situació jurídica és diferent si la integració és produeix a l'Administració o a un ens del seu sector públic amb personalitat jurídica privada com és el cas d'una societat mercantil de capital públic municipal.

La integració a l'Ajuntament en cap cas es podria fer en condicions de treballadors "fixos", donat que aquesta condició només s'adquireix superant els processos selectius previstos per l'accés a l'ocupació pública respectant els principis d'igualtat, mèrit i capacitat exigits pels article 23.2 i 103.3 de la Constitució.

Tampoc podrien tenir la condició de treballadors "indefinites", donat que aquesta figura -- de construcció jurisprudencial i traslladada als articles 8 i 11 de l'EBEP--- està pensada per l'accés irregular a l'Administració a partir de l'aplicació de les normes sobre contractació laboral, contingudes especialment a l'article 15 ET i normativa reglamentària de desenvolupament. I, a més perquè la condició d'indefinit suposaria la infracció d'allò imposat per l'article 44 Et pel que fa al reconeixement de tots els drets que aquests treballadors tingueren a l'empresa privada en tant la condició d'indefinites condicionarien la continuïtat de la seva ocupació a la superació de les proves del procés selectiu, acreditant així una nova condició que no tenien quan treballaven a l'empresa privada, de manera que es trenca el respecte als drets adquirits que es deriva de la subrogació.

Per aquests motius es considera majoritàriament que aquests treballadors passen a l'Administració en idèntiques condicions a les que gaudien a l'empresa privada com a **"treballadors subrogats", sense assolir la condició d'empleats públics**: ni fixos, ni indefinits, ni temporals (tret que tinguin una relació jurídica temporal en l'empresa privada concessionària), restant en una situació d'eventualitat subjectes a una decisió futura respecte de una possible nova externalització o mantenint aquests treballadors com un "tercer tipus" dins l'Ajuntament, amb les dificultats de mantenir règims jurídics diferents amb la pressió social i sindical per aconseguir igualar les condicions laborals d'aquests treballadors a la de la resta de personal, amb excepció naturalment de l'obligació de sotmetre's a un procés selectiu.

La pertinença d'aquests treballadors a la plantilla municipal --- tot i la condició excepcional de no ser empleats públics --- determina un règim jurídic diferent, pel que fa a aspectes bàsics, com ara les normes sobre mobilitat funcional (provisió de llocs de treball) o el règim disciplinari que, segons el meu criteri, no els hi serien d'aplicació com a la resta d'empleats de l'Ajuntament, regint-se les seves relacions laborals pels drets derivats de l'aplicació del conveni anterior, no com a norma jurídica (inaplicable a l'Ajuntament de Calafell) sinó como a conjunt de condicions laborals incorporades a llurs contractes de treball, amés de les normes generals de l'Estatut dels Treballadors.

En definitiva, la integració a l'Ajuntament suposa una notable inseguretats jurídica i la configuració com a empleats amb un règim específic i excepcional situaria a l'Ajuntament en una situació conflictiva donat que deixa a uns treballadors en una situació relativament insegura i de desigualtat amb la resta del personal de l'Ajuntament, generant una situació oberta a la reivindicació d'assolir les condicions dels seus companys empleats públics, donat que és de difícil acceptació sindical que mantinguin condicions inferiors, tret que s'ofereixin garanties temporals, transitòries o addicionals retributives, de drets laborals o de consolidació.

Pel contrari, la integració a la societat mercantil pública dona un marge molt més gran per la integració, que es produiria en idèntiques condicions com a personal fix donat que, primer de tot, el personal de la societat mercantil és tot ell laboral, descartant-se l'aplicació de la normativa sobre empleats públics. D'altra banda, donat que l'accés a l'ocupació en aquestes societats --- que integren el sector públic però que no són administracions públiques --- es regula amb procediments molt més flexibles, sense que els hi siguin d'aplicació les normes sobre processos selectius i altres de caràcter jurídic administratiu i només estan subjectes a principis que respectin les condicions d'igualtat,

mèrit i publicitat, circumstància que determina que no se'ls pugui aplicar la condició d'indefinit (diferenciada de fixos).

També el règim de mobilitat i disciplinari serien les pròpies del personal laboral sense cap influx de la normativa sobre empleats públics, regint-se pels articles 39, 41 i 54 de l'Estatut dels Treballadors.

Ja dèiem, en parlar de la integració a l'Ajuntament que la inclusió d'un conjunt de treballadors amb condicions especials determinaria una pressió sindical i col·lectiva en ordre a l'equiparació de la seva situació a la resta d'empleats, circumstància que no es produirà en el cas de la integració es fa a una entitat amb personalitat jurídica privada que regula llurs relacions laborals per les normes pròpies del Dret del Treball. Aquest factor és molt rellevant des del punt de vista de la seguretat jurídica però ho és més des del punt de vista psicològic d'aquest personal, el qual no es sentirà diferent en relació als seus companys sinó igual respecte dels altres empleats de la societat i diferent respecte dels empleats de l'Ajuntament per motiu del seu vincle contractual amb una empleadora diferent.

També a l'hora d'acordar l'extinció dels contractes de treball és molt més àgil disposar d'una societat municipal gestora del servei. Aquest aspecte és important si tenim present que possiblement una reversió del servei evidenciarà la necessitat d'amortitzar llocs de treball: per exemple: netejadores quines funcions poden ser assolides pel servei de neteja municipal, llocs de treball de direcció o de personal administratiu, quines tasques també poden ser assolides des dels serveis interns.

El procediment des de l'Ajuntament implica la prèvia aprovació del Ple de la modificació de la plantilla, conseqüència de l'amortització de les places, per després dictar decret d'Alcaldia extintiu de la relació laboral, del qual se'n haurà de donar compte al Ple.

En canvi, la societat exhaureix l'amortització amb una simple comunicació de la Gerència.

Tanmateix, en ambdós casos s'haurà de complir a les exigències formals exigides pels articles 51, 53 i disposició addicional 16 de l'Estatut dels Treballadors pel que fa a la motivació de l'amortització, preavis, simultània indemnització legal amb la notificació i comunicació als representants dels treballadors.

En definitiva, **no hi ha dubte doncs que és de tot punt aconsellable que el servei, cas que es decideixi la seva prestació en forma directa, es desenvolupi a través de la societat municipal.**

4.- OPERATIVA DELS INGRESSOS DE LA SOCIETAT PÚBLICA PEL SERVEI D'ESCOLA BRESSOL.

L'Estatut d'Autonomia de Catalunya, en els seus articles 84.2 i 131, així com la Llei 12/2009, de 10 de juliol, en el seu article 198, estableixen que l'ensenyament pels infants de 0 a 3 anys és competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya. Aquesta obligació de sosteniment s'articula, respecte de les administracions locals que desenvolupen el servei, mitjançant convenis entre aquests i el Departament d'Ensenyament.

Des del curs 2012-2013, la Generalitat va ometre les seves obligacions deixant de signar convenis que canalitzessin les subvencions per al sosteniment.

Des d'aquelles dates, les Diputacions han assolit la responsabilitat de subvenir al sosteniment dels centres de titularitat municipal, previ acord amb la Generalitat de Catalunya.

La subvenció es regula d'acord amb la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, el RD 887/2006, de 21 de juliol, que aprova el Reglament de la citada Llei general de subvencions, amés de les bases del programa extraordinari de suport als centres de primer cicle d'educació infantil de titularitat municipal aprovat en cada curs per la Diputació de Tarragona.

La subvenció la rep l'Ajuntament i la trasllada al concessionari, com element essencial de l'equilibri concessional que s'afegirà a allò percebut directament per la concessionària dels usuaris via tarifa, al marge d'altres ingressos que pugui obtenir la concessionària.

La tarifa té la consideració de preu públic i s'ha d'aprovar d'acord amb allò regulat als articles 41 i següents de la Llei d'Hisendes Locals, Text refós aprovat per RD Legislatiu 2/2004, de 5 de març i els articles 297 i següents del ROAS.

En aquest sentit, la gestió a través de la societat pública municipal no oferirà diferències substancials respecte de la gestió indirecta duta a terme fins ara, per bé que les relacions econòmiques entre l'Ajuntament i la societat, que en el cas de la gestió indirecta, s'establien en el plec de clàusules administratives i en el contracte que regulen la

concessió, s'hauria de definir a l'encomana del servei atorgada des de l'Ajuntament a la societat.

La gestió des de l'Ajuntament, en existir preus públics (tarifes) potser recomanaria una gestió a través d'una organització especialitzada que distingís clarament la gestió i comptabilitat del servei de la pròpia dels serveis generals. La definició de l'organització especialitzada o directament l'acord del Ple d'aprovació dels preus públics determinarien el finançament a partir de les partides del pressupost general de l'Ajuntament.

5.- ADEQUACIÓ DELS ESTATUTUS DE LA SOCIETAT MUNICIPAL.

Hem disposat dels estatuts de la societat *CALAFELL EMPRESA MUNICIPAL DE SERVEIS, SA (CEMSSA)* publicats al BOP de 10 de maig de 2008.

Aquests estatuts ja es van adaptar a les exigències del Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic de novembre de 2011, donat que ja preveu la possibilitat de que la societat municipal, amés d'actuar en règim de lliure concurrència, pugui assolir la condició de mitjà propi de l'Ajuntament de Calafell d'acord amb les previsions contingudes a l'article 11 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del Règim Jurídic del Sector Públic (abans: article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre).

Al marge d'aquella puntualització, l'objecte social de CEMSSA, malgrat la seva amplitud, no inclou la gestió del servei d'escoles bressols, la qual cosa obliga a modificar el seu objecte social per incloure aquest servei.

Tanmateix, l'exigència de modificació de l'objecte per incloure la previsió de la societat municipal com a mitjà propi de l'Ajuntament de Calafell i la gestió del servei públic d'escoles bressols, ha de tenir present que, a partir del 9 de març de 2018, data d'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic. Els seus articles 32 i 33 estableixen un nou règim jurídic respecte dels mitjans propis personificats (en terminologia de la Llei).

No obstant això, la disposició final setzena de la LCSP posposa al 9 de setembre de 2018 l'entrada en vigor de la Llei respecte de l'apartat d) del punt 2 del seu article 32. Aquest apartat és el que preveu la necessitat d'adaptar els estatuts dels mitjans propis als nous requeriments legals amb el compliment previ dels requisits següents:

1.- Conformitat i autorització expressa del poder adjudicador respecte del que hagi de ser el mitjà propi.

2.- Verificació, per l'entitat pública de què en depengui l'ens que hagi de ser mitjà propi, que disposa de mitjans personals i materials apropiats per a la realització dels encàrrecs de conformitat amb el seu objecte social.

La mateixa disposició transitòria quarta LCSP estableix que, mentre els estatuts no s'hagin adaptat, les entitats seguiran actuant com a mitjans propis d'acord amb els seus estatuts vigents, sempre i quan compleixin els requisits dels apartats a), b) i c) del punt 2 de l'article 32 de la Llei, es a dir, que es tracti d'una societat mercantil de capital íntegrament municipal i:

- a) Que el poder adjudicador (Ajuntament) que li pugui conferir encàrrecs exerceixi sobre l'ens destinatari d'aquets un control, directe o indirecte, anàleg al que ostentaria sobre els seus mateixos serveis i unitats.
- b) Que més del 80 per cent de les activitats de l'ens destinatari de l'encàrrec (la societat) es portin a terme en l'exercici de les comeses que li ha confiat el poder adjudicador que fa l'encàrrec i que el controla.

Per tant, al marge d'haver-se de modificar els estatuts pel que fa a la previsió de mitjà propi i l'abast de l'objecte social, potser s'haurà de constituir una altra societat per tal de garantir que desenvolupi com a objecte principal la gestió d'aquest servei públic per garantir que es compleix el requisit de que aquest servei suposi el 80 per cent de les activitats de la societat, calculada en el pro mig del volum global de negoci de la societat. Aquest societat s'hauria de constituir *ex novo* per l'Ajuntament essent impossible la creació d'una filial per l'actual CEMSSA donada la prohibició de constituir ens del sector públic local d'acord amb la disposició addicional novena introduïda a la LBRL per la Llei 27/2013 de 27 de desembre (LRSAL).

7.- ACTES I ACORDS ADMINISTRATIUS A ADOPTAR.

Si s'opta per la gestió directa des de la mateixa organització central de l'Ajuntament, amb o sense una organització especialitzada, s'haurien d'adoptar --- com a mínim--- els acords municipals següents:

- 1.- Tramitació per adoptar l'acord del Ple relatiu al canvi de gestió del servei públic. Aquesta cord establiria les condicions relatives a la subrogació del personal.
- 2.- Decret d'Alcaldia d'execució de l'acord del canvi de gestió en el sentit d'assolir el servei a partir d'una determinada data, amb extinció o rescat de la concessió administrativa amb notificació la concessionària a aquests efectes i als de la subrogació

de personal de manera que, a partir d'una data romandran d'alta a la societat concessionària i, a partir d'una determinada data, seran alta a l'Ajuntament de Calafell.

3.- Decret d'Alcaldia que compleixi els requisits de l'article 44, núm. 6 ET pel que fa a la data prevista per la transmissió, motius de la mateixa i respecte a tots els drets laborals dels treballadors afectats. Aquest decret es notificarà a tots els treballadors afectats.

4.- Tramitació per l'adopció pel Ple de l'acord relatiu a l'aprovació inicial de la modificació de la plantilla de personal i de la relació de llocs de treball, preveient la consignació de les places corresponents a "treballadors subrogats" de les empreses concessionàries del servei.

5.- Aprovada definitivament la modificació de la plantilla i la RLT: decret d'Alcaldia executant allò acordat pel Ple reconeixent als treballadors subrogats la condició d'empleats de l'Ajuntament de Calafell, amb idèntiques condicions a les que tenien a l'empresa concessionària del servei, incloent l'antiguitat, categoria professional i salari, així com la resta revistes al conveni col·lectiu aplicable al sector que continuaran en vigor fins la pèrdua de vigència del conveni.

Si s'opta per la gestió directa a través d'una societat municipal:

1.- Al mateix temps de l'acord del canvi de sistema de gestió del servei públic, s'hauran d'adoptar els acords societaris, de la Junta General integrada pel Ple de la corporació, per l'ampliació de l'objecte social, tret que aquesta modificació resulti insuficient als efectes d'allò previst als articles 32 i 33 LCSP, en quin cas s'haurà d'adoptar l'acord plenari relatiu a la constitució d'una altra societat.

2.- Execució per la societat de l'acord del canvi de gestió en el sentit d'assolir el servei a partir d'una determinada data, amb extinció o rescat de la concessió administrativa amb notificació la concessionària a aquests efectes i als de la subrogació de personal de manera que, a partir d'una data romandran d'alta a la societat concessionària i, a partir d'una determinada data, seran alta a la societat municipal.

3.- Notificació de la societat als treballadors afectats per la subrogació, que compleixi els requisits de l'article 44, núm. 6 ET pel que fa a la data prevista per la transmissió, motius de la mateixa i respecte a tots els drets laborals dels treballadors afectats. Aquesta notificació s'efectuarà a tots els treballadors afectats.

La societat no es troba subjecta als principis de legalitat pressupostària i, per tant, no té plantilla de personal en el sentit previst al règim jurídic del personal al servei de les administracions públiques. Per aquests motius, la formalitat de la subrogació finalitza

amb la notificació de reconeixement dels drets laborals del empleats en idèntiques condicions a les que tenien a l'empresa concessionària del servei, incloent l'antiguitat, categoria professional i salari, així com la resta revistes al conveni col·lectiu aplicable al sector que continuaran en vigor fins la pèrdua de vigència del conveni.

A partir de la exposició continguda en aquest informe podem establir les **CONCLUSIONS** següents:

Primera.- El canvi de sistema de gestió del servei públic de les escoles bressols municipals amb reversió del mateix a l'Ajuntament no implicaria teòricament, a la vista de l'article 44 ET, directiva comunitària i Jurisprudència, la subrogació del personal, donat que no es produeix una transmissió d'elements materials ni seria d'aplicació l'article 26 del conveni del sector en tant aquest no seria d'aplicació a l'Ajuntament. Tanmateix, tenint present que una decisió en sentit negatiu a assolir el personal mitjançant subrogació suposaria la reclamació per acomiadament del personal afectat contra l'Ajuntament.

Des de l'entrada en vigor de la nova LCSP, que --- en el seu article 130, núm. 3 ---- imposa l'obligació de subrogar per l'Administració que decideix la gestió directa d'un servei quan així resulti d'un conveni col·lectiu, entenem que, en aquest cas, s'ha de produir obligatòriament la subrogació.

Segona.- La subrogació suposa el manteniment de tots els drets laborals dels treballadors subrogats, especialment pel que fa a l'antiguitat, categoria i salari, junt amb la resta de condicions previstes al vigent conveni col·lectiu del sector, el qual s'ha de considerar d'aplicació a aquests treballadors fins que perdi vigència o fins que es negociï un altre.

Tercera.- Des del punt de vista de la gestió del servei, en la perspectiva de les relacions laborals del personal subrogat, es considera molt més beneficiós operar la gestió mitjançant una societat mercantil de capital íntegrament públic.

Si s'opta per la gestió a través del mateix Ajuntament, els treballadors passarien amb les mateixes condicions i, per tant, sense assolir les condicions d'empleats públics i de la resta d'empleats municipals sinó les reconegudes en el seu conveni d'aplicació. En tant no assolirien la condició d'empleats públics, no assolirien la condició d'interins o indefinits no fixos, sinó de personal subrogat, sense estar subjectes a al condició de superar cap procés selectiu.

Si passen a la societat mercantil ho farien com a treballadors fixos (tret de ser temporals en l'empresa privada) en les mateixes condicions que tinguin en la societat concessionària.

Quarta.- La subrogació suposa, al marge del reconeixement de totes les condicions anteriors i l'aplicació del conveni col·lectiu, la responsabilitat solidària de la cessionària (Ajuntament o societat) de qualsevol deute salarial meritada en l'any anterior a operar la subrogació i del deute amb la Seguretat Social durant un període de tres anys.

Cinquena.- S'han d'adoptar les resolucions administratives o acords de la societat que donin compliment a les exigències contingudes a 'article 44 ET.

Tot el que informo, d'acord amb el meu criteri jurídic, al marge de sotmetre'l a un de millor fonamentat en Dret, en Granollers, 25 de juny de 2018.

SANTIAGO SÁENZ HERNÁIZ
Advocat
Professor de Dret Administratiu de la
Universitat de Barcelona