

Fijeza laboral y reversión de servicios externalizados en el sector público.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *Cuando una Administración pública se subroga, por reversión en la gestión de un servicio público previamente externalizado, en el personal laboral fijo de la empresa contratista, debe mantener esa condición de fijeza, siendo inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Ahora bien, la fijeza lo es con adscripción a la unidad productiva transmitida y respecto de las funciones desempeñadas en la misma.*

Palabras clave: *Sector público. Transmisión de empresa. Descentralización productiva. Estabilidad en el empleo. Personal indefinido no fijo.*

Abstract: *When a Public Administration assumes, due to reversal in the management of a previously outsourced public service, the permanent employees of the concessionaire company, that one must maintain this fixed condition. It's not appropriate in this case to apply the category of non-permanent indefinite personnel, in order to comply with the requirements arising from Directive 2001/23/EC. However, the employment stability is only operational within the framework of the productive unit transferred and regarding the functions developed in it.*

Keywords: *Public sector. Transfer of undertakings. Outsourcing. Employment stability. Non-permanent indefinite personnel.*

I. Introducción.

La categoría del personal laboral indefinido no fijo, ambiguamente recepcionada el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 8 y 11) y, de forma implícita, en la Disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (suprimida por el RDL 32/2021), es, como se sabe, una construcción jurisprudencial, surgida *ex novo* en la segunda mitad de la década de los noventa, para conciliar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (también plasmados en la legislación ordinaria) que condicionan el acceso a un empleo estable en el sector público con las normas laborales que prevén la adquisición de fijeza en los supuestos de contratación temporal ilícita o fraudulenta (incumplimiento de las causas de temporalidad). Con posterioridad, la condición de indefinido no fijo se fue extendiendo por la jurisprudencia a otros casos de irregularidades contractuales cometidas por las Administraciones y entidades públicas –incluidas las sociedades mercantiles de titularidad pública–, tales como: superación del plazo máximo permitido en contratos temporales originariamente válidos, concertación de contratos administrativos con falsos autónomos o cesión ilegal de mano de obra a entidades públicas^[1], sin que la previa superación de un proceso selectivo para plazas de personal temporal haya sido considerado suficiente

para adquirir la anhelada fijeza una vez que dicha contratación es calificada como fraudulenta^[2].

Hasta la STS 85/2020, de 28 de enero, de la que ha sido ponente el catedrático y magistrado Antonio-V. Sempere Navarro, la Sala Cuarta del TS no había abordado frontalmente la caracterización del personal subrogado por las Administraciones públicas como consecuencia de la reversión de un servicio de su competencia previamente externalizado. El Pleno de la Sala, en un pronunciamiento desprovisto de votos particulares, ha vuelto a convulsionar el mundo del empleo público al reconocer la condición de fija, y no solo de indefinida no fija, a una trabajadora del Servicio de Atención Domiciliaria primeramente externalizado y después reasumido por el Ayuntamiento de Pamplona para su gestión directa. No obstante, el mantenimiento de la fijeza que la trabajadora ya disfrutaba antes de la subrogación se produce con importantes matices que limitan el alcance y efectos de dicho reconocimiento en el sector público.

II. Identificación de la resolución judicial comentada.

Tipo de resolución judicial: Sentencia

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social

Número de resolución judicial y fecha: 85/2022, de 28 de enero.

Tipo y número recurso o procedimiento: rcud. núm. 3781/2020

ECLI:ES:TS:2022:270

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Votos Particulares: Carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

Como se ha anticipado, se trata de un supuesto de subrogación empresarial del art. 44 ET, protagonizado por una Administración local. No siendo materia discutida la existencia de transmisión de empresa, el motivo del conflicto estriba en la discrepancia acerca de si la asunción del personal subrogado por una entidad pública debe hacerse manteniendo a dicho personal la condición de fijo que ostentaba en la mercantil para la que venía prestando servicios antes de la reversión de la contrata, o si dicha integración debe producirse con el carácter de indefinido no fijo. Obviamente, la situación habría sido muy distinta si la relación laboral del personal transferido hubiera sido temporal, pues en tal caso no se habría discutido su condición de fijo o indefinido no fijo, sino que la temporalidad del vínculo se habría transmitido junto con este.

El caso de refiere a una reversión del Servicio de Atención domiciliaria del Ayuntamiento de Pamplona. El referido servicio estaba siendo desempeñado por dos empresas, una pública y otra privada. Con la segunda, la trabajadora accionante mantenía una relación laboral de duración indefinida a tiempo completo, categoría profesional de trabajadora familiar especialista, hasta que el Ayuntamiento decide internalizar el servicio, dando lugar a la subrogación del art. 44 ET. No consta que la trabajadora hubiera accedido a la fijeza en su empresa previa superación de algún proceso selectivo en el que primaran los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

El Ayuntamiento comunica a la demandante que pasa a ser personal laboral del Consistorio, integrándola en su plantilla orgánica, pero con la condición de indefinida no fija hasta que se provea la cobertura de la plaza de forma reglamentaria o se acuerde su amortización, lo que claramente supone modificar *in peius* la naturaleza jurídica del vínculo que mantenía con su anterior empleadora. Disconforme con esta calificación, la trabajadora interpone demanda, que es estimada por el Juzgado de lo

Social núm. 3 de Pamplona, reconociéndole la condición de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona en virtud de sucesión empresarial.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución por el Ayuntamiento, la Sala de lo Social del TSJ de Navarra dicta sentencia de 8 de octubre de 2020 (rec. 189/2020), revocatoria de la sentencia de instancia, con desestimación de la demanda y absolución de la parte demanda de las pretensiones en su contra ejercitadas.

IV. Posición de las partes.

- El recurso de casación para la unificación de doctrina de la trabajadora

La trabajadora formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como contradictoria una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares de 17 de octubre de 2013 (rec. 225/2013). Denuncia la infracción del art. 44.1 ET y del art. 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo. Preconiza el mantenimiento de la relación laboral tras la subrogación, sin modificaciones. A su favor invoca asimismo la doctrina de la STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto Correia Moreira)^[3], alegando que, por mandato del art. 4 bis de la LOPJ, siendo jerárquicamente superior el ordenamiento eurocomunitario al nacional, no cabe aplicar el art. 103.3 CE.

La recurrente fija el núcleo de la contradicción en la determinación de qué efectos se producen en los contratos de trabajo de quienes venían prestando servicios con contrato indefinido por cuenta de una empresa privada, adjudicataria de un servicio, cuando una Administración Pública asume la gestión directa del servicio con las mismas personas que lo venían prestando por cuenta de la adjudicataria; en concreto si el contrato indefinido se modifica en indefinido no fijo, o si se mantiene la fijeza.

- La impugnación del recurso

La representación letrada del Ayuntamiento de Pamplona impugna el recurso. Cuestiona la concurrencia de la contradicción ente las sentencias opuestas, dado que la referencial aborda un supuesto de despido y además se cuestionaba la subrogación. Expone que la figura del PINF permite conciliar las previsiones de las normas en concurrencia.

Advierte que el artículo 67.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra se opone a la solución preconizada por la trabajadora. Asimismo, invoca en su favor la jurisprudencia que aplica a las sociedades del sector público las exigencias de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Aduce, por último, que la doctrina no está pensada para supuestos como el presente, y que acceder a la fijeza sin superar pruebas resulta discriminatorio si se compara con quienes han debido hacerlo.

- El informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Público interesa en su informe la desestimación del recurso de la trabajadora. Considera cuestionable la contradicción entre sentencias. Y, en cuanto al fondo, se pronuncia en favor de la doctrina acogida en la sentencia recurrida, preconizando que la doctrina Correia Moreira debe cohonestarse con el respeto a las estructuras constitucionales básicas.

- La existencia de contradicción

La Sala Cuarta del TS aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste. Pese a las diferencias existentes entre ambas sentencias, pues en la impugnada se plantea una acción declarativa y en la sentencia aportada como contradictoria la acción es de despido, en los dos casos se produjo la subrogación contractual desde el sector privado al público y se cuestiona si las personas afectadas conservan la fijeza o aceden a la condición de PINF, lo que supone analizar e interpretar el alcance del art 44.1 ET cuando señala que la sucesión se produce sin ruptura del vínculo y con respeto a los derechos de los trabajadores.

V. Normativa aplicable al caso.

Una pluralidad de disposiciones (comunitarias, estatales y autonómicas), son examinadas para responder a la cuestión suscitada en el recurso: Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; arts. 14, 23.2 y 103 CE; art. 44 ET; art. 130.3 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; DA 26ª de la Ley 3/2017, de 27 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017 ("Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público", la STC de 122/2018, de 31 de octubre de 2018, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las previsiones de la DA 26ª en la parte referida al personal subrogado); DA 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018 ("Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral"); art. 67.4 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra.

VI. Doctrina básica.

Cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo fijo, debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE y su interpretación jurisprudencial (STJUE 13 junio 2019, Correia Moreira). Esta unificación doctrinal también persigue despejar las dudas que pudieran haber suscitado algunas consideraciones albergadas en anteriores sentencias, en las que no se debatía frontalmente la presente cuestión: es el caso, por ejemplo, de la STS 619/2021 de 10 junio (rcud. 4926/2018), donde lo debatido era propiamente si existía o no subrogación.

Ahora bien, la trascendencia de este criterio, que supone una relevante excepción al juego de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que presiden el acceso a un empleo permanente en el sector público, lleva a la Sala Cuarta a matizar esta solución, poniendo condiciones al mantenimiento de la condición de fijo laboral en el caso de subrogación operante en el ámbito de las Administraciones públicas. En concreto, se afirma que la fijeza laboral no se adquiere incondicionadamente en todo el ámbito de la nueva empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión. Además, si se advierte (y constata) la fraudulenta incorporación de personal fijo a la empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración, siempre quedaría abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esta maniobra torticera.

VII. Parte dispositiva.

La STS 85/2022 incluye el siguiente fallo:

"Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Dulce, representada y defendida por el Letrado Sr. Cantero Mantas.

2º) Casar y anular la sentencia nº 226/2020 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de 8 de octubre de 2020.

3º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal índole interpuesto por el Ayuntamiento de Pamplona.

4º) Declarar, en los términos expuestos por el Fundamento Octavo de esta sentencia, la firmeza de la sentencia nº 142/2020 de 24 de julio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, en los autos nº 117/2020, seguidos a instancia

de dicha recurrente contra el Ayuntamiento de Pamplona, sobre reconocimiento de derecho.

5º) Imponer al citado Ayuntamiento las costas derivadas de su fracasado recurso de suplicación”.

VIII. Pasajes decisivos.

Tras efectuar un amplio recorrido por el origen, naturaleza jurídica y alcance de la figura del PINF (exposición que la sentencia considera necesaria para valorar si es posible su traslación a los supuestos de municipalización), remarcando las diferencias con el contrato de interinidad por vacante (este sí adscrito a plaza concreta), la Sala Cuarta, casando la STSJ de Navarra de 8 octubre 2020 (rec. 189/2020) recurrida, y confirmando el criterio de instancia, fundamenta su decisión sobre el tema debatido (conservación o no de la condición de fijo en caso de subrogación empresarial protagonizada por Administración pública) a partir de tres líneas argumentales, sintéticamente anticipadas en el FJ 4:

“El principal: que tanto el propio concepto de subrogación cuanto su regulación, inclusive al amparo de normas de la Unión Europea, exigen que el nuevo empleador se subrogue en las relaciones laborales de carácter fijo sin alterar esa condición”.

“El segundo, que la categoría de PINF es inadecuada para resolver los eventuales conflictos entre la anterior conclusión y las exigencias constitucionales sobre acceso al empleo público respetando determinados principios”.

“A esos dos principales puede añadirse, como complemento, alguna apoyatura adicional, reseñada en el Fundamento Séptimo”.

En relación con el primer argumento (el alcance de la subrogación respecto de la modalidad contractual previa), desarrollado en el FJ 5, tras examinar el alcance del art. 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE, así como la doctrina de la STJUE 13 junio 2019 (C-317/18, Correia Moreira), la Sala concluye que “cuando existe, como es el caso, transmisión de una unidad productiva autónoma el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes”, no resultando admisible “una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección”. Y añade: “La invocación que la STSJ recurrida realiza al respeto a las estructuras constitucionales de cada país aparece expresamente rebatida por el Tribunal de Luxemburgo. Quiere ello decir que de las previsiones del artículo 103.3 CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva”.

En relación con la segunda línea argumental (disfunciones de la aplicación de la categoría de PINF a quienes venían trabajando al amparo de contratos fijos y, como consecuencia de una transmisión de empresa, resultan subrogados por una Administración Pública), desplegada en el FJ 6, el TS sostiene que ello es así especialmente porque:

-“(…) la categoría de PINF surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras (...) el origen de esta construcción se halla en la necesidad de conciliar las consecuencias de los incumplimientos en materia de temporalidad (acceso a la fijeza) con las exigencias constitucionales sobre acceso a la función pública. La desnaturalización del tipo de contrato existente (temporal) y su acceso a otra categoría (indefinido) aparece como una consecuencia favorable para la persona afectada. La “no fijeza” matiza esa consecuencia, pero juega en favor de una mejora de la posición jurídica mantenida por quien trabaja. Sin embargo, en nuestro caso no existe infracción de normas que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF”.

-“(…) la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de

las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Por el contrario, lo que aquí se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público. La "interpretación conforme" de nuestro ordenamiento, para concordarlo con las exigencias derivadas de la primacía del Derecho eurocomunitario (art. 4.bis LOPJ) está ahora en juego."

- "Consecuencia principal de que un contrato pertenezca a la condición de PINF es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público. Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de situación favorable pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con firmeza. Sin embargo, para la trabajadora recurrente eso mismo supone un claro detrimento pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente".

Además, aunque la reversión se produce con anterioridad a la LPGE 2017 y a la LPGE 2018, y la STC 22/2018 ha anulado parcialmente la DA 26ª de la primera (precisamente el inciso referido a la subrogación), ello no presenta un obstáculo (en opinión del TS) para alcanzar esta conclusión. De hecho, la literalidad del art. 130.3 LCSP (tampoco aplicable al caso) ratifica también este criterio.

En cualquier caso, la sentencia añade tres consideraciones relevantes, que matizan el alcance de su decisión (FJ 8):

- "A) En los hechos probados se afirma que la trabajadora demandante tiene una antigüedad reconocida de julio de 2016 y que el Ayuntamiento asume la gestión directa del servicio con fecha 1 de marzo siguiente. Este dato sirve para advertir que cuando se considere (y acredite) que ha podido existir una fraudulenta incorporación como personal fijo a una empresa cuya plantilla se previera acabaría integrándose en la Administración (lo que no es el caso), ha de quedar abierta la posibilidad de activar los resortes necesarios para privar de eficacia a esa maniobra torticera.

- B) El presente litigio surge como consecuencia de que el Ayuntamiento comunicó expresamente a la actora que se incorporaba "como personal laboral indefinido no fijo hasta que se provea la plaza de forma reglamentaria o se proceda a su amortización". La solución que hemos dado pacifica el conflicto actualmente existente. Sin embargo, conviene advertir que no estamos cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la firmeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La firmeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar."

- "C) La impugnación al recurso invoca el tenor de la Ley Foral 2/2018. Conforme a su artículo 67.4 "En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta ahora venía siendo prestado por un operador económico, estará obligada a la subrogación del personal que lo prestaba, que se mantendrá en el puesto de trabajo hasta que las plazas sean objeto de cobertura mediante la normativa de función pública que resulte de aplicación". Se trata, por descontado, de previsión que no podía aplicarse en la sentencia referencial tanto por razones cronológicas cuanto territoriales. En todo caso, digamos que a efectos de la contradicción ese dato no es relevante pues la identidad de los fundamentos (art. 219.1 LRJS) no va referida a las normas aplicadas por las sentencias sino a la base de las pretensiones. Además, como lo que está en liza es el modo en que interacciona el Derecho de la UE con el interno, a estos efectos, tanto da que concurra una norma estatal u otra autonómica (sin necesidad de adentrarnos ahora en cuestiones competenciales). Por tanto, del mismo modo que ese dato normativo no ha impedido que estimemos concurrente la contradicción entre sentencias, tampoco podría alterar el resultado de los razonamientos precedentes".

IX. Comentario.

Aunque no puede afirmarse que constituya un fenómeno generalizado, desde hace varios años estamos asistiendo a situaciones de reversión por parte de los distintos niveles de la Administración de las antiguas políticas de externalización y/o descentralización, de modo que los servicios y actividades cuya gestión se había encomendado a empresas privadas (contratistas) o a empresas y organismos dependientes de la propia Administración (entes instrumentales creados en gran medida para huir del corsé del derecho administrativo y conseguir una gestión más flexible), están siendo rescatados por las Administraciones para su gestión directa. En un escenario muy distinto se sitúan las decisiones políticas de cierre de determinados organismos y empresas públicas, sin prolongación de la actividad amortizada y consiguientes despidos masivos.

Sin duda, uno de los mayores interrogantes que aparecen en los supuestos de reversión es el relativo a si es posible la integración de las personas asalariadas de la contratista que deja de prestar el servicio en la plantilla orgánica de la Administración y en qué condiciones se producirá dicha integración. A este respecto, la LCSP establece en su art. 130.3 que “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”.

En cuanto al impacto jurídico-laboral de la reversión, existirá subrogación empresarial con arreglo al art. 44 ET y al amparo de la Directiva 2001/23/CE, cuando la Administración decida asumir una parte esencial de la plantilla de la contratista para continuar con la prestación del servicio en actividades “desmaterializadas” (limpieza, seguridad, atención al público..), aplicando la doctrina comunitaria sobre “sucesión de plantillas”; o cuando, en actividades que no descansan fundamentalmente en la mano de obra sino que requieren infraestructura, exista traslación de elementos patrimoniales, con independencia de que originariamente dichos medios pertenecieran a la propia Administración contratante y esta se limite a recuperarlos tras la extinción de la contrata.

Con este presupuesto (existencia de transmisión de empresa), lo que la Sala de lo Social del TS ha venido a declarar es que los trabajadores de la contratista que pasan a ser empleados de la Administración con motivo de la reversión, conservan la condición de fijos que tenían con su anterior empleadora, de modo que la subrogación por un ente público no será motivo para degradar su estatus laboral al de PINF ni, por consiguiente, se les podrá obligar a pasar por un proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad para consolidar la plaza. La tensión entre el orden normativo interno que impone determinados requisitos para optar a un empleo estable en el sector público (art. 103.3 CE, EBEP) y el Derecho de la UE que exige que se mantengan las condiciones de origen en los supuestos de transmisión de empresas o parte de estas (Directiva 2001/23/CE), se resuelve mediante la aplicación preferente del segundo bloque normativo.

Contrariamente a la práctica seguida en casos de reversión de servicios públicos, en los que la integración del personal transferido se ha producido reconociéndoles la Administración rescatadora la condición de indefinidos no fijos (con respaldo de abundante doctrina judicial), la Sala Cuarta, en la primera ocasión que se le ha presentado de abordar el tema frontalmente, se ha alineado con la doctrina contenida en la STJUE de 13 junio 2019 (asunto Correia Moreira), conforme a la cual, en el marco de un traspaso no cabe exigir al personal cedido un procedimiento público de selección ni tampoco el sometimiento a un nuevo vínculo con el cesionario, sin que represente un obstáculo la existencia de normas constitucionales internas que otra cosa prevean.

Explica la sentencia las disfunciones que derivarían de la aplicación de la categoría de PINF a estos casos. De un lado, porque esta categoría surge para explicitar las

consecuencias derivadas de previas conductas infractoras (contratación temporal fraudulenta o abusiva), pero en el caso (traspaso por reversión) no existe infracción de normas por parte de la Administración que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de PINF, ya que la trabajadora ya prestaba sus servicios al amparo de un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, y la "no fijeza" vendría a empeorar su posición desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza, pues la obligaría a someterse a un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza, corriendo el riesgo de no obtenerla.

Otra de las disfunciones que aprecia la Sala es que la categoría de PINF viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Mientras que aquí lo que se plantea es el modo en que debe jugar un conjunto de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reseñadas sobre acceso al empleo público.

Matiza la sala Cuarta que no estamos ante un supuesto de acceso al empleo público, sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas. En todas las transmisiones de empresas el nuevo empleador adquiere la unidad productiva y/o la plantilla, con sus derechos y obligaciones por lo que en este asunto en el que se municipaliza un servicio antes externalizado, el Ayuntamiento debe asumir que los trabajadores que eran hijos sigan siéndolo a estos efectos.

Ahora bien, aunque en la sentencia comentada la Sala Cuarta se mueve en la dirección de conservar las condiciones y los derechos preexistentes a la transmisión, invocando la primacía del Derecho eurocomunitario, tampoco desconoce que el ordenamiento interno impone determinadas exigencias para conseguir una plaza fija en el sector público. De ahí que haya introducido importantes matices al reconocimiento de la condición de fijo al personal subrogado por la Administración, vinculando dicha fijeza al estricto ámbito de la unidad productiva objeto de traspaso, con lo que no se está cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. La misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. Por tanto, se está reconociendo que el personal subrogado no es un empleado público fijo como los demás, pudiendo perder dicha condición de sobrevenir determinadas "vicisitudes" (sin explicitar cuáles) que lo desvinculen del objeto productivo traspasado y de las funciones que hasta ese momento viniera desempeñando.

Por otro lado, no son descartables comportamientos fraudulentos, como ocurriría cuando, ante la perspectiva de una reversión del servicio público externalizado, y a medida que se vaya conociendo esta doctrina del TS, se procediera a realizar contrataciones fijas de difícil justificación por la empresa que viniera desarrollando la actividad, en fechas próximas al traspaso, para que por esta vía sus empleados consigan la muy cotizada estabilidad laboral en el sector público, sin pasar por el filtro de un proceso selectivo previo. El fraude de ley es una herramienta jurídica a la que habrá que recurrir en su caso para enervar estas conductas torticeras.

X. Apunte final.

La Sala Cuarta ha aportado un elemento más en la construcción de la problemática figura del PINF, descartando su aplicación en los casos de subrogación empresarial a favor de una Administración Pública. En estos casos, el contrato de trabajo transmitido mantendrá la naturaleza fija que tuviera en origen, con los matices expuestos.

Así resulta de la primacía del ordenamiento unioneuropeo, pero no puede pasarse por alto la frustración y legítimo sentimiento de agravio que esta doctrina ha de despertar en los miles de empleados públicos interinos e indefinidos no fijos, los cuales, después de muchos años de precariedad e incertidumbre encadenando contratos temporales, se ven compelidos a superar unas pruebas selectivas objetivas,

a veces muy duras, en régimen de concurrencia, para obtener (si lo logran) un puesto fijo en el sector público, mientras que al personal subrogado se les exige de esta exigencia. Las facilidades que suelen habilitarse en los concursos para estabilización de empleo temporal de larga duración no alteran sustancialmente este panorama.

Además, resulta extraño que un empleado al que se reconoce estatuto de fijeza no pueda disfrutar, en el seno de la Administración que se ha subrogado en su contrato, de los mismos derechos (movilidad profesional, traslados...) que el resto de empleados fijos, por venir adscrito a la unidad objeto de traspaso y mientras no cambie de funciones; en tanto que al PINF, al no hallarse vinculado (como norma general) a un puesto concreto (según la jurisprudencia), sí se le reconocen esos derechos (sin que ello altere la naturaleza de su vínculo con la Administración). ¿Puede considerarse la distinta vía de acceso a la fijeza laboral en el sector público una razón suficiente que justifique esa diversidad de trato? Ítem más ¿procedería la recalificación del personal subrogado como PINF, caso de sobrevenir las “vicisitudes” a las que se refiere la sentencia? Adviértase que uno de los argumentos esgrimidos por el TS para descartar la aplicación de la categoría de PINF en los casos de traspaso por reversión ha sido, precisamente, la inexistencia de irregularidad previa, y lo habitual será que las expresadas vicisitudes tengan igualmente un origen reglado y lícito^[4].

Referencias:

1. ^ *Me he ocupado del tema, con exposición de las diversas situaciones motivadoras de la calificación como indefinido no fijo, en CAVAS MARTÍNEZ, F., Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público, Murcia, Laborum, 2018, pp. 103-134.*
2. ^ *STS/Soc. de 25 noviembre 2021, rcud. 2337/2020. En cambio, STS/Soc. de 16 noviembre 2021 (rcud. 3245/2019), reconoce la condición de fijo, y no solo de indefinido no fijo, a un trabajador temporal de AENA que había superado el proceso selectivo para una convocatoria de plazas fijas en la entidad, sin conseguir plaza.*
3. ^ *El TJUE declaró que la Directiva 2001/23/CE se opone a una normativa nacional (en el caso, portuguesa) que exige que, en caso de transmisión de trabajadores, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario, con la respectiva disminución de sus derechos.*
4. ^ *BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “En caso de reversión en el sector público y aplicación del art. 44 ET el personal debe ser fijo (y ¿una nueva situación para declarar la relación indefinida no fija?) (STS 28/1/22)”, en el blog del autor Una mirada crítica a las relaciones laborales, 17 febrero 2022, <https://ignasibeltran.com/2022/02/16/en-caso-de-reversion-en-el-sector-publico-y-aplicacion-del-art-44-et-el-personal-debe-ser-fijo-y-una-nueva-situacion-para-declarar-la-relacion-indefinida-no-fija-sts-28-1-22/>*