

Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e ¿indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo

Cristóbal Molina Navarrete

Director

¿Qué ha sucedido aquí? Lo natural, lo lógico en esas sociedades corrompidas por el favoritismo. [...]. Que [...] al funcionario de mérito, envejecido en la Administración [...] se le posterga... [...]. Mientras se comete tal injusticia, los osados, los ineptos, los que no tienen conciencia ni título alguno, apandan la plaza en premio de su inutilidad.

B. Pérez Galdós. *Miau*

1. Nuevo poder político municipal, ¿incómodos imperativos comunitarios de gestión directa del personal laboral o nuevas oportunidades para la remunicipalización de servicios públicos? Finalizado el proceso electoral que tanta atención mediática ha suscitado, el 15 de junio de 2019 quedaron constituidos los Gobiernos de más de 8.000 corporaciones locales de toda España, nivel de gestión público-administrativa considerado el de mayor proximidad a la ciudadanía. Al margen de las cuestiones políticas, sobre las diversas –incluso contradictorias– expectativas ciudadanas creadas por la tensión continuidad-discontinuidad de unos Gobiernos y otros de diferente signo, así como las eventuales sorpresas que hayan podido suscitarse en cada lugar, aspectos fuera de nuestro juicio de actualidad sociolaboral, entre las cuestiones de mayor trascendencia en esta nueva andadura de los Gobiernos municipales está el impacto que tendrán para las expectativas ciudadanas ocupacionales (oportunidades de empleo) y laborales (promoción profesional) asociadas al cambio. Al respecto, es evidente que tanto la eventual cesión del bastón de mando municipal cuanto la posible mutación de políticas de gobierno corporativo local tendrán gran incidencia en la gestión de personal, en general, y de personal laboral, el que aquí más interesa, en particular.

Entre las cuestiones de mayor trascendencia en esta nueva andadura de los Gobiernos municipales está el impacto para las oportunidades de empleo

En este sentido, todo un clásico de la historia y la literatura españolas, llamado a su fin tras la Constitución de 1978 (y su principio-derecho fundamental de inamovilidad del cargo público ex [art. 23 Constitución española](#) –CE–), pero mantenido encubierto o modulado bajo diversas formas, que lo tienden a dotar de apariencias más «tolerables», han sido los «ceses» de personal («cesantías»). He tenido la oportunidad de recordarlo, en una figura típica (altos funcionarios) pero bajo forma nueva (marginación laboral prolongada, aun con conservación de la retribución), a la luz de un breve análisis en la página web [laboral-social.com](#) de la importante Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) [56/2019, de 6 de mayo](#) (¿«Pasillo» o «ventanilla»? [El Tribunal Constitucional ofrece «ventanilla» a los funcionarios dejados en «el pasillo» por la jurisdicción contenciosa](#)). Pero ni es la única ni, afortunadamente, la más extendida en nuestro tiempo. Hoy ese fenómeno de cesantía de personal público, tras los cambios de Gobierno municipal, por lo que aquí más interesa, asume la forma mayoritaria de cese de legiones de «personal temporal» en general (arts. [8.2 c](#)) y [10](#) Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–) y, dentro de él, de «personal de confianza» (personal eventual según el [art. 12 EBEP](#)) que suelen poblar este nivel de gestión público-administrativa. Para ellos, sigue siendo en algún modo verdad aquella sentencia de Pérez Galdós respecto de la burocracia del siglo XIX: la estabilidad de los empleados públicos temporales (diríamos hoy) depende más de una suerte de poderes taumátúrgicos («caprichos» del poder político) que de las reglas de derecho, hoy incluso de nivel comunitario.

Hoy ese fenómeno de cesantía de personal público, tras los cambios de Gobierno municipal, asume la forma mayoritaria de cese de legiones de «personal temporal»

Precisamente, el derecho de la Unión Europea (UE) contemplará básicamente dos cuerpos normativos dirigidos a evitar esas quiebras de la estabilidad o seguridad propias del personal de empleo público, en su condición de personas trabajadoras que se benefician también de las normas comunitarias creadas principalmente para el empleo privado. De un lado, la cláusula 5.^a de la [Directiva 1999/70/CE](#) (contratación de duración determinada), que sigue obedeciendo a una concepción –que la realidad cada vez desmiente más– de la relación laboral indefinida como regla general. De otro, el artículo 3 de la [Directiva 2001/23/CE](#) (relativo a la garantía de seguridad en el empleo ante supuestos de transmisión de empresa). De esta forma, ciertamente paradójica, para miles y miles de personas trabajadoras al servicio de las Administraciones públicas, ya bajo formas de gestión directa (temporalidad), ya indirecta (externalización), no será la regla típica de derecho administrativo, basado en la estabilidad «funcionarial», la garantista frente a la continua tentación «cesantista» española asociada al cambio político municipal (y en general), sino la norma propia de derecho del trabajo, en su vis atractiva comunitaria actual, prevalente frente a toda ley del Estado.

Incluidas, por supuesto, las pretendidamente todopoderosas leyes de presupuestos generales del Estado (LPGE), así como las determinantes leyes de contratación del sector público. Y ello aunque ambas parezcan, en ocasiones, no darse por vinculadas. Piénsese en las disposiciones adicionales [vigésima sexta](#) y [trigésima cuarta](#) de la LPGE/2017, así como

en la [cuadragésima tercera de la LPGE/2018](#), dirigidas, en apretada síntesis, a impedir la consolidación en el empleo público. Así sucedería, de un lado, para quienes resultaron contratados anómala o abusivamente de forma temporal, salvo que medie disposición judicial:

[...] Los órganos de personal [...] no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial (disp. adic. [cuadragésima tercera](#), apartado dos, LPGE/2018).

Así como, de otro, para quienes pasan a prestar servicios directamente para las entidades municipales tras reasumir (internalizar o revertir) el previamente externalizado. Una actitud de resistencia incondicional –e incluso indiscriminada– a la integración estable de estas personas en el empleo público que también se halla en el [artículo 308.2, párrafo 2.º, de la Ley de contratos del sector público \(LCSP\)](#) («A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. [...]»), contradictorio –como luego se recordará– con el [artículo 130.3 de la LCSP](#), o, en otros casos, de búsqueda de un efecto diferenciador privilegiado para la contratación pública aparentemente también presente en el [artículo 130.6 de la LCSP](#) (pretendida exclusión del nuevo contratista de servicio público en la responsabilidad por deudas laborales de la contratista anterior).

Sin embargo, ni el TC ([STC 122/2018, de 31 de octubre](#)), que declara expresamente para nuestro derecho inconstitucional la [disposición adicional vigésima sexta](#) y parte de la [trigésima cuarta](#) de la LPGE/2017, ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de [19 de octubre de 2017, C-200/16, Securitas](#); [20 de julio de 2017, C-416/16, Piscarreta Ricardo](#), y [13 de junio de 2019, C-317/18, Correia Moreira](#)), que, defendiendo un concepto amplio de trabajador, garantiza la continuidad de las condiciones de empleo y de trabajo con las entidades municipales que reasuman el servicio, parecen dispuestos a hacer concesión alguna en detrimento del imperio del derecho de la UE y su principio de estabilidad. Una política jurisprudencial del derecho de gestión público-administrativa basado en el imperativo comunitario de estabilidad que parecía también asentada en el nivel más alto de la jurisdicción social ordinaria, superadas oscilaciones y suspicacias («sus más y sus menos») con el sentido último de estas normas comunitarias en un buen número de casos de la experiencia española, tanto de abuso de temporalidad como de sucesión de empresa. De interés la síntesis de doctrina hecha por la Sentencia del Tribunal Supremo ([STS\) 249/2019, de 26 de marzo](#) (reversión al Ayuntamiento del comedor de una escuela infantil, que realiza, tras una etapa de externalización, directamente –mismas instalaciones y mismos medios materiales–).

Sin embargo, ni el TC ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parecen dispuestos a hacer concesión en detrimento del imperio del derecho de la UE y su principio de estabilidad

Por lo tanto, este orden jurisprudencial multinivel de protección de la seguridad en el empleo, por imperativo comunitario, desautoriza el conjunto de obstáculos legales buscados para impedir o dificultar los procesos de remunicipalización de la gestión de servicios antes externalizados (las «leyes anticonsolidación» en el empleo público del personal laboral subrogado), con la consiguiente apertura

Este orden multinivel de protección desautoriza el conjunto de obstáculos legales buscados para impedir o dificultar los procesos de remunicipalización de servicios antes externalizados

a la oportunidad política para los nuevos Gobiernos municipales constituidos a partir del 15 de junio de 2019. En cambio, nada aclara, al contrario, persistiendo la extrema inseguridad jurídica en torno a la naturaleza del vínculo conforme al cual se produce aquella exigencia comunitaria de estabilidad, lo que no es baladí a la hora de fijar las condiciones de empleo y de trabajo *ad futuro*, una vez producida la transmisión y asunción de la plantilla «subrogada». La construcción más utilizada al respecto, acrítica e inconscientemente asumida por el legislador (art. 8.2 c) EBEP), la categoría de personal indefinido no fijo, no solo está envuelta en tal bosque de sombras que la hacen cada vez menos servible para gobernar estas situaciones, sino que podría parecer cuestionada por la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, Correia Moreira, pronunciada en cuestión prejudicial sobre un asunto portugués, pero de indudable repercusión en nuestro (des)orden jurídico. ¿Cuál? Lo veremos, pero antes haré un pequeño, y relativo, excursus para situar el contexto de cambio más amplio. Para ello haremos escala en una cuestión prejudicial eslovena.

2. El principio de vinculación más fuerte del juez al TJUE que a la ley estatal: «mal de muchos niveles supremos nacionales... ¿epidemia institucional?». Que el derecho del trabajo nacional no pueda comprenderse al margen del derecho de la UE es un lugar común o tópico jurídico, día a día verificado en los diversos países comunitarios, desde luego en el nuestro. La constante e intensa tensión entre el legislador nacional (y la jurisprudencia social nacional que la interpreta) y el legislador comunitario (y la activísima jurisprudencia del TJUE que la interpreta, asegurando su prevalencia) se constituye, de esta guisa, en uno de los más relevantes motores de recreación del derecho social de nuestro tiempo. Apenas hallaremos un número de una revista especializada de relaciones laborales y/o seguridad social que no contenga estudio, crónica o «diálogo» correspondiente a esa forma novedosa de producción del derecho contemporáneo e irá a más en el futuro.

Ciertamente, no todas las instituciones jurídico-laborales tienen el mismo grado de afectación –por tanto de sujeción a un cambio «sorpresivo» por vía, más que legislativa, jurisprudencial comunitaria–. Pero no menos verdad es que todas son susceptibles de estarlo en un grado u otro, aun no siendo competencia de la UE (por ejemplo, piénsese en la mejora del derecho a la retribución del periodo de vacaciones por imperativo comunitario, incluyendo complementos variables, cuando el salario no es competencia comunitaria, pero sí tiene un efecto reflejo del derecho social fundamental al descanso vacacional ex art. 31.2 Carta de

[los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–; últimamente [STS 320/2019, de 23 de abril](#)). En todo caso, junto a la contratación temporal, la sucesión de empresa presenta el mayor grado de incidencia.

En la medida en que la institución relativa a la contratación temporal ha sido objeto de mi atención en la crónica de actualidad del número anterior de esta revista («[Nuevos capítulos de la serie sin fin «juego de tronos entre togados comunitarios»: temporalidad, registro horario, protección de datos, trabajo parcial...](#)»), ahora merece la pena detenerse, a los estrictos efectos funcionales de la línea editorial aquí desarrollada, en varios asuntos recientes relativos a la sucesión de empresa y el efecto obligatorio de subrogación en la plantilla de la empresa saliente, sobre todo si media reversión de servicios públicos, aunque no solo. Habiendo recorrido también esta institución en el número de enero de este año («["Juego de tronos" entre "togados comunitarios": "nuevas batallas" por la "última palabra jurídica" en materia sociolaboral](#)»), dando cuenta de sus principales novedades a propósito de las rectificaciones últimas a que se vio obligado el TS español por imperativo comunitario ex [artículo 4 bis de la Ley orgánica del Poder Judicial](#), «matizaciones» e incomodidad incluidas con la doctrina del TJUE sobre sucesión convencional (por convenio colectivo) de plantilla en actividades desmaterializadas, no pretendo volver sobre ese argumento. Ahora reafirmaré un par de conclusiones allí alcanzadas sobre casos posteriores y para una experiencia nacional distinta a la nuestra, la eslovena, pero con indudable proyección innovadora de futuro para la nuestra, en especial en el contexto de una economía cada vez más virtual o digitalizada, de un lado, y reticular, de otro, en la que será cada vez más probable una transmisión de empresa sin cesión de bienes materiales tangibles, sino mera o máximamente intangibles. Es el caso de la [STJUE de 8 de mayo de 2019, C-194/18, Dodič](#), que considera posible, dejando en manos del juez nacional la decisión, calificar como sucesión de empresa una transmisión de la clientela sin que esta resulte «cautiva» ([STJCE de 20 de noviembre de 2003, C-340/01, Abler](#)), pues ni la cedente ni la cesionaria tienen posibilidad de imponerla al cliente, pues es de libre decisión, aun significativamente incentivada.

En una economía virtual o digitalizada, será más probable una transmisión de empresa sin cesión de bienes materiales tangibles. Es el caso de la STJUE de 8 de mayo de 2019

En efecto, si bien este asunto (un banco deja de prestar servicios de intermediación bursátil para sus clientes e incentiva que se siga realizando con una entidad especializada para tal actividad, con la que mantiene colaboración) no tiene como protagonista al derecho español (derecho esloveno), sí tiene un enorme potencial impacto innovador. El resultado será una notable flexibilización adicional de la aplicación del [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), porque abre la puerta a declarar el efecto sucesorio empresarial solo con la transmisión de un bien tan intangible como la clientela cuando se pondere que tiene más valor económico que otros factores, materiales o inmateriales, recorriendo nuevos escenarios más paradójicos e inciertos ([De la Puebla, 2019](#)). Dos son los motivos por los que presenta un notable interés este nuevo asunto comunitario que, como siempre, si bien se vincula a su doctrina precedente, da un paso más avanzado en la misma.

De un lado, uno puramente institucional. La decisión prejudicial fue promovida por el TS de Eslovenia no *motu proprio*, por tanto no de buena gana, sino a resultados del extraordinario revés que recibió del TC esloveno por violación nada menos que del derecho a la tutela

judicial efectiva. El TC esloveno reprochará a la sala social del TS de ese país no dar respuesta precisa a la cuestión relativa a la transmisión de empresa que se le había planteado (por el único trabajador que no fue recolocado en otros puestos, no por decisión empresarial, sino porque el trabajador no aceptó dicho cambio). Ni la instancia, ni la apelación ni la casación entendieron existente transmisión de empresa (no se cedió bien material alguno, más allá de los activos de los clientes –documentos de contabilidad de los títulos inmateriales de los clientes y servicios de inversión y accesorios, archivos–, viniendo impuesto, además, por ley; la operatividad de la transmisión de la clientela depende de la decisión de los clientes, por lo que si bien la cedente la incentivó, asumiendo los costes del cambio, con éxito –más del 90 % aceptó–, tal resultado es imprevisible para la empresa). Anulada la decisión por el

Anulada la decisión por el TC esloveno, el TS buscó la ayuda del TJUE, a fin de que avalara –pero corriendo el riesgo de lo contrario– su posición

TC esloveno, el TS del país decidió –seguro que nos resulta conocido– poner en cuestión la lectura de aquel y a tal fin buscó la ayuda del TJUE, a fin de que avalara –pero corriendo el riesgo de lo contrario– su posición negativa a la calificación sucesoria, según las normas eslovacas –transposición de la directiva europea, por lo tanto análoga al [art. 44 ET](#)–.

Claro está, acudir para la solución al «oráculo de Luxemburgo» puede suponer hallar la misma contrariedad de quien «va por lana y vuelve trasquilado» (siquiera parcialmente). El TJUE, de nuevo fiel a su gusto por el estilo de justicia oracular, le dice al TS esloveno una cosa y la contraria, dejando en sus manos la decisión final. En efecto, para el TJUE ni la libre decisión del cliente de confiar o no la gestión de sus activos a la intermediaria especializada entrante –incentivada por la empresa cedente–, ni el resultado exitoso del plan de incentivos, ni tampoco la colaboración posterior entre el banco cedente y la inversora intermediaria entrante, serían, por sí mismos, esto es, valorados de forma autónoma o por separado, determinantes ni de la existencia de cesión sucesoria ni de lo contrario. Si en el citado precedente [Abler](#) tal factor (cesión de la clientela cautiva –de un comedor de hospital–) no era el más relevante, pues, no siendo una actividad desmaterializada, hubo cesión de otros bienes productivos materiales, de modo que remitió al típico juicio de valoración-ponderación casuística global, en el actual, no duda en hacer lo propio. Al TS esloveno, situado ante el espejo del «oráculo

Al TS esloveno, situado ante el espejo del «oráculo de Luxemburgo», le corresponderá decidir el carácter suficiente o no de la clientela transmitida para constituir un supuesto de sucesión de empresa

de Luxemburgo», le corresponderá decidir el carácter suficiente o no de la clientela transmitida para constituir un supuesto de sucesión de empresa, asumiendo toda la plantilla y la preexistencia de la entidad económica con anterioridad. Para alcanzar tal juicio, es lo importante aquí, tendrá que revisar de forma profunda su jurisprudencia, en virtud de la cual rechazó inicialmente la calificación.

Precisamente, aquí reside el segundo motivo de relevancia de este asunto, más allá de la experiencia concreta en la que nace. De forma análoga a lo que ocurriera en otros casos del género –en los que un alto nivel jurisdiccional nacional obliga a la sala social del TS de su país a revisar el criterio precedente de este en materia sucesoria, pese a ser teóricamente el más competente al respecto, a través de acudir al TJUE–, como en la experiencia portuguesa ([STJUE de 9 de septiembre de 2015, C-160/14, Ferreira da Silva](#)), el resultado más probable –aun no cierto completamente– será un nuevo impulso expansivo del régimen de subrogación y de su principio de estabilidad en el empleo. Acusado tanto por el Estado legislador como por el propio TS el riesgo de ser declarados por el TJUE en situación de incumplimiento del derecho de la UE –es el caso portugués–, la sala social de los respectivos TS nacionales tiende a revisar su jurisprudencia para una aplicación más extensiva, garante del efecto útil del fin de protección de la directiva, entre otras cosas porque los niveles inferiores se sienten con mayor confianza para acudir al TJUE con el objetivo de ser habilitados a llevar a cabo tal relectura expansiva de no realizarla el propio TS. En este sentido, de gran interés es, respecto de las políticas de reorganización de los servicios públicos en Portugal, combinando asunción parcial directa de servicios tras liquidar una sociedad pública municipal con reestructuración de otras sociedades igualmente municipales, la [STJUE de 20 de julio de 2017, C-416/16, Piscarreta Ricardo](#), que también termina remitiendo la decisión final al órgano inquiriente. En breve volveremos sobre esta doctrina a propósito de la vis expansiva de la citada [STJUE de 13 de junio de 2019](#), que tiene como protagonista el mismo municipio sureño portugués (Portimão).

A mi juicio, así sucederá en los supuestos de cesión de actividades con limitado valor de los factores tangibles tradicionales, lo que irá a más en una economía de crecimiento virtual, por la transformación digital. El primado de la interpretación finalista ha llevado a la flexibilización constante del elemento objetivo. En consecuencia, no solo se diluye notablemente cuanto se trata de actividades en las que el factor trabajo tiene una importancia preferente (en las actividades desmaterializadas basta con la sucesión de plantilla por asunción de una parte esencial de la misma), sino que, incluso cuando se trata de actividades materializadas (prima el componente patrimonial sobre el laboral), será suficiente con que los elementos patrimoniales transmitidos más importantes cedidos sean intangibles. De este modo, y situados en nuestra experiencia, qué duda cabe de que adquirirán valor jurisprudencial las doctrinas judiciales de suplicación que en los últimos años vienen ponderando de modo significativo –junto al propio de la transmisión de plantilla– la cesión de factores patrimoniales intangibles como la clientela (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –[STSJ de Illes Balears 520/2017, de 12 de diciembre](#)– en un caso de transmisión de una clínica por jubilación del empleador– y [STSJ de Cataluña 185/2018, de 15 de enero](#)– empresa coleccionista de cómics–).

3. «Cuando las barbas de tu vecino veas cortar... ¿pon las tuyas a remojar?». Si en un ámbito crecientemente relevante de sucesión de actividad de servicios tiende a consolidarse el efecto de subrogación *ex directiva*, reduciendo a estricta excepción la regla excluyente que en ella se contiene (la reorganización de funciones administrativas), ese es el relativo al ejercicio directo por el municipio de servicios públicos que antes, ese mismo Gobierno municipal u otro, tras el cambio electoral, decidió prestar mediante formas de gestión indirecta (externalización: sucesión de contratatas). A la incidencia de esta decisión política de formas de gestión directas, corrigiendo el exceso de externalización, en la remunicipalización de servicios tradicionales (la limpieza, comedores, etc.) cabría añadir otros más recientes, como los servicios sociales de ayuda a domicilio (para supuestos de sucesión de contratatas en este ámbito, *vid.* SSTS 578/2017, de 4 de julio, y 438/2017, de 18 de mayo). El artículo 130.3 de la LCSP resulta inequívoco al respecto, pese a su deficiencia técnica, añadiendo nuevos vicios jurídicos (laguna o antinomia).

En la remunicipalización de servicios cabría añadir los servicios sociales de ayuda a domicilio

De este modo, sea sucesión legal *ex artículo 44 del ET*, sea sucesión convencional, la reversión conlleva el efecto de subrogación. En la subrogación convencional (de plantilla), el convenio que la prevea debe ser de aplicación a las Administraciones públicas, pese al silencio legal. A mi juicio es una laguna jurídica, a integrar con el principio general de inclusión dentro del ámbito funcional, según la doctrina jurisprudencial nacional (STS de 9 de diciembre de 2015, *rec.* 135/2014, que solo prevé una excepción –centros especiales de empleo– y comunitaria (STJUE de 20 de enero de 2011, C-463/09, *Clece*). En otro caso se crea un conflicto de leyes (administrativa y laboral) insoluble, máxime con la ausencia de valor creativo de obligaciones de subrogación a los pliegos administrativos (STS 983/2017, de 12 de diciembre).

En la subrogación convencional (de plantilla), el convenio que la prevea debe ser de aplicación a las Administraciones públicas, pese al silencio legal

En esta dirección, restrictiva pero plenamente coherente con el sistema jurídico, se situaría la mayoría de la doctrina judicial. Para la STSJ de Andalucía/Sevilla 3510/2018, de 5 de diciembre, ni la sola reversión patrimonial de bienes de dominio público es sucesión de empresa ni esta se puede imponer por convenio no aplicable. Asimismo, frente a la instancia, que estima transmisión de empresa en una reversión del servicio de limpieza hacia la Junta de Castilla y León por sucesión de plantilla, la STSJ de Castilla y León/Burgos 844/2018, de 13 de diciembre, considera que no es de aplicación –por razones temporales– el artículo 130.3 de la LCSP ni

En cambio, afirma la asunción directa municipal del servicio de limpieza derivada de la LCSP, en concordancia con el convenio sectorial, la STSJ de Castilla y León/Burgos 866/2018, de 20 de diciembre

los convenios, por no caer bajo su ámbito ([STS de 11 de julio de 2011, rec. 2861/2010](#)). En cambio, afirma la asunción directa municipal del servicio de limpieza derivada de la LCSP, en concordancia con el convenio sectorial, la [STSJ de Castilla y León/Burgos 866/2018, de 20 de diciembre](#). Para una absoluta perplejidad, la más reciente [STSJ de Castilla y León/Burgos 14/2019, de 17 de enero](#), se alinea con la posición más restrictiva. El dislate interpretativo (más justicialismo de ocasión que lectura sistemático-teleológica) trae el caos, dentro de una misma sala.

Pero con ser relevante, teórica y prácticamente, este problema, no sería tampoco hoy el de mayor calado ([Martínez y Codina, 2018; Rodríguez, 2018](#), pp. 39-40). A mi entender, el de mayor trascendencia es el que crea ese otro conflicto de normas, esa clara antinomia, entre las leyes administrativas, contrarias a toda estabilización de las plantillas de personas trabajadoras subrogadas en formas de «fijeza», admitiendo solo esa fórmula desvaída y compromisoría (para salir del paso o encrucijada difícil) de la relación «indefinida no fija», y las laborales, desde el prisma prevalente, colonizador de todo el sistema jurídico, comunitario, que requieren tanto la estabilidad plena como la no discriminación. La conflictividad se confirma durante la vigencia de las referidas leyes de efectos contrarios a la consolidación en el empleo público, pues cierta doctrina judicial cuestionaba la calificación reiterada de indefinidos no fijos para dejarla en relaciones «indefinidas» (por ejemplo, [STSJ del País Vasco 1195/2018, de 5 de junio](#)). Otro sector de doctrina judicial, siguiendo las pautas de cierta doctrina científica, acuñaba una nueva categoría de personal en el empleo del sector público ([Alfonso, 2018](#), p. 34), una suerte de «cuarto género», la de «personal laboral subrogado», congelado en su régimen precedente y a extinguir ([STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Aragón 91/2018, de 19 de marzo](#)).

Ni que decir tiene que ni las posiciones interpretativas en liza –judiciales y científicas– resolvían el problema, pues en el mejor de los casos suponían una huida hacia adelante, de modo que desplazaban una categoría incierta, pero prevista legalmente y con práctica judicial –aun errática–, los indefinidos no fijos, por otra todavía más brumosa, el personal subrogado, sin previsión legal alguna, ni tampoco la [STC 122/2018](#), que elimina los obstáculos legales para la inclusión dentro del personal de empleo público laboral, pero no clarifica el régimen jurídico de aplicación. De ahí la importancia –casi salvífica, otra exageración– que se da a la citada [STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, Correia Moreira](#), a

Con ser relevante este problema, el de mayor trascendencia es el que crea ese otro conflicto de normas entre las leyes administrativas, contrarias a toda estabilización, y las laborales, que requieren la estabilidad

De ahí la importancia que se da a la [STJUE de 13 de junio de 2019](#), a la que se atribuye el efecto potencial de zanjar el conflicto excluyendo la figura del indefinido no fijo

la que se atribuye el efecto potencial de zanjar el conflicto excluyendo la posibilidad de reconocer la figura del indefinido no fijo (siempre de gran interés el análisis del profesor [Rojo, 2019](#)). ¿Por qué?

Porque, para un nuevo caso de reversión de servicios públicos (el mismo municipio portugués del caso *Piscarreta Ricardo*), que afecta también a personal de confianza (protegido con un nivel muy inferior al del resto del personal laboral, incluso temporal, en el derecho de nuestro vecino luso: basta con preaviso, sin necesidad de justa causa), en el que la sucesión implicaba la obligación de someterse a procesos de selección para acceder al funcionamiento y una notable reducción de la retribución durante 10 años, el TJUE concluyó que tal situación era contraria a la [Directiva 2001/23](#), en relación con el artículo 4.2 del [Tratado de la Unión Europea](#) (deber de la UE de respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados). Una norma nacional que, en caso de transmisión de empresa por reversión o remunicipalización de servicios, obliga a los trabajadores subrogados a someterse a procesos de selección pública, a fin de quedar empleados por un nuevo vínculo con el cesionario, quiebra el efecto útil de la directiva. Este no sería otro que garantizar, «en la medida de lo posible, la continuación de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión», pero también sin «extender eventualmente sus derechos» ([STJUE de 6 de abril de 2017, C-336/15, Unionen](#), apdo. 18). Un efecto que quiebra cuando se nova la retribución de forma peyorativa para la trabajadora por el mero hecho de la transmisión (a diferencia de la situación de quienes fueron recolocados en otras sociedades públicas, que mantuvieron sus condiciones), obligándola a la funcionarización (apdo. 60).

En suma, el TJUE opta claramente por la tesis de la congelación tanto de la naturaleza jurídica del vínculo como del nivel propio de protección del personal subrogado en virtud de la remunicipalización (reversión en general) de servicios públicos: «[...] la Directiva 2001/23 garantiza que se mantenga la protección específica prevista por una legislación nacional sin afectar a su contenido ni a su nivel» (apdos. 48-50).

El TJUE opta por la congelación tanto de la naturaleza jurídica del vínculo como del nivel propio de protección del personal subrogado en virtud de la remunicipalización de servicios

¿Significa esta decisión comunitaria que queda completamente desautorizada en estos casos la doctrina jurisprudencial patria que califica este tipo de relaciones de trabajo como una modalidad más de personal indefinido no fijo, mutando la naturaleza de la relación privada de origen para adaptarla a los principios de acceso al empleo público, aun como laboral? O, por el contrario, ¿esta doctrina comunitaria no tendría un valor reducido, apegado a la ley del caso concreto, por sus muy destacables peculiaridades respecto de la regulación nacional, de modo que realmente no habría una notable incidencia de la misma en la

práctica jurisprudencial de nuestro país? O, de forma más ecléctica o compromisoria, ¿hay algo en esta doctrina del TJUE que puede servir para clarificar realmente la situación en la que se encontraría el personal subrogado, aunque deba ser calificado de indefinido no fijo ex artículo 8.2 c) del EBEP?

4. ¿«Virgencita, que me quede como estoy»? La directiva protege la conservación de lo que se tiene, pero no hace milagros. Desde esta perspectiva, ni convierte a un trabajador subrogado temporal (personal de confianza en el asunto analizado) en trabajador indefinido ni a un trabajador subrogado indefinido en funcionario (STSJ del País Vasco 1195/2018, de 5 de junio). Una prohibición de este tipo, que rige en el derecho constitucional de Portugal y en España, no puede ser alterada por el derecho de la UE por todo-poderoso que sea, porque también tiene límites, los primeros de racionalidad. En cambio, sí debe garantizar al personal subrogado seguir con sus condiciones de trabajo, ahora en una relación de empleo público, sea temporal o sea indefinida, según la equivalencia razonable a establecer con las categorías de empleo público existentes. Estas, a mi juicio, no pueden ser más que las propias del artículo 8.2 c) del EBEP, en tanto no se modifique –como se debería– para su adaptación al tiempo que vivimos, gobernando con coherencia y certidumbre su complejidad extrema, ordenando mínimamente el caos hoy reinante, tan disfuncional como antinómico.

¿Esto significa que asumimos que la doctrina del TJUE responde solo a la ley del caso concreto, dadas sus intensas peculiaridades –no comparables con la española–, despreciando el valor general del principio al que responde? En absoluto, de ella deben tomar buena nota no solo quienes a partir del 15 de junio de 2019 ejercen sus altas responsabilidades políticas en las corporaciones locales, así como los, preexistentes o nuevos, responsables de la gestión de personal, sino también la jurisprudencia española. A ella corresponde hacer un notable esfuerzo por interpretar correctamente, para nuestro sistema, lo que tiene de utilidad la citada doctrina comunitaria. A tal fin, conviene no errar ni por exceso (desautorización total de la calificación de indefinido no fijo, optando por una nueva figura: la del «personal subrogado»), ni por defecto (irrelevancia del caso para el sistema español).

Primero, la transmisión de empresa no puede, bajo ningún concepto o principio, aun de derecho administrativo, suponer, por el mero hecho de la transmisión, un trato desfavorable respecto de la situación jurídico-laboral precedente, como tampoco un trato de favor (principio de conservación –que no de congelación– del estatus). Por supuesto, conforme al principio de gestión adaptativa (STJUE de 27 de abril de 2017, C-680/15 y C-681/15 –comentada en el núm. 411 de esta revista–), tanto el trabajador subrogado como el empleador cesionario pueden ejercer sus derechos y facultades conforme al resto del ordenamiento jurídico. Así se desprende, por ejemplo, del

Es un error agotar la calificación de indefinido no fijo solo en aquellas situaciones en las que concurre una anomalía jurídico-laboral

polémico asunto Colino Sigüenza ([STJUE de 7 de agosto de 2018, C-472/16](#)), supuesto finalmente asumido como sucesión –para otros era una reversión municipal encubierta– seguida de despido legítimo ([STSJ de Castilla y León/Valladolid 1894/2018, de 19 de noviembre](#)).

Segundo, es un notable error agotar la calificación de indefinido no fijo solo en aquellas situaciones en las que, como en la figura de origen jurisprudencial, concurre una anomalía jurídico-laboral (abuso, fraude, dilación inusualmente larga de una relación de trabajo, etc.). Una vez que, consciente o inconscientemente –para nosotros esto segundo se ajusta mejor a la verdad–, el legislador nombra esta categoría, admite y exige mayor recorrido. Así lo probaría, de un lado, el que, junto a las figuras de indefinidos no fijos de creación jurisprudencial social, que exigen la decisión judicial, hay otras que tienen esa calificación originariamente *ex lege*, como sucede con las relaciones de profesorado de religión católica. De otro, la jurisprudencia social acepta también distinguir los efectos de la figura de personal indefinido no fijo atendiendo a la concreta anomalía de la que trae origen la calificación. Así, es jurisprudencia reiterada que la relación de una persona trabajadora adscrita a una plaza de funcionario, pese a tener la calificación de indefinida no fija, en modo alguno puede extinguirse en virtud de la doctrina de la cobertura reglamentaria de vacante que sí sigue para tal categoría, pues la plaza ocupada no es laboral, sino funcional. Por lo tanto, las vías extintivas han de ser exactamente las mismas que las de aplicación, por analogía, claro está, al personal laboral fijo ([STS 260/2019, de 28 de marzo](#), que declara nulo el despido en tal caso por concurrir también represalia empresarial en razón de reclamar la plaza funcional –aunque no aplica indemnización adicional–).

Precisamente, desde esta misma perspectiva funcional y flexible, pragmática, no dogmática ni formalista, es posible entender mejor jurídicamente, siempre dentro de los cada vez mayores límites de la figura en su devenir jurisprudencial y de doctrina judicial, la [STS 261/2019, de 28 de marzo](#). Esta ratifica su único precedente al respecto ([STS 257/2017, de 28 de marzo](#); las dos fueron comentadas en el [análisis de actualidad del número precedente de esta revista](#)), de modo que concede, al margen de la doctrina De Diego Porras, una indemnización de cese por cobertura reglamentaria de la plaza de 20 días –cuando en el caso de interinos por vacante la indemnización es de 0 euros–. Pese a las paradojas que de ella se derivan, también de la muy poco cuidada argumentación jurídica para alcanzar el fallo de justicia material en el caso, no creo que se trate de auténticas antinomias o contradicciones, como entiende críticamente un cierto sector doctrinal (*vid.* [Beltrán, 2019](#)), sino un ejemplo más de la utilidad práctica de utilizar conceptos jurídicos no rígidos, dogmáticos, sino «determinados por la función» (Larenz). Una misma figura, un mismo concepto jurídico, puede tener distintos sentidos operativos, prácticos, atendiendo a la finalidad perseguida por cada norma que a él refiere o en cuyo marco se utiliza por parte de la jurisprudencia para alcanzar su sentido práctico, su aplicación al mundo de la vida real.

Por ello, y finalmente, entiendo que, no siendo exigible un proceso de selección de forma obligada, en línea con la doctrina del TJUE, la posición del personal laboral subrogado por reversión se asemeja, a unos efectos, el desarrollo de su carrera profesional, a la propia

del personal laboral fijo, aún sin identificarse plenamente con ella –por lo que habrá determinados derechos excluidos de su estatuto, siempre que medie una diferencia objetiva y razonable ex arts. 20 y 21 CDFUE y 14 CE–, de no pasar el eventual proceso selectivo para su acceso a la funcionarización, potestativo, y a otros, la extinción, a la situación propia de quienes ocupan indebidamente plaza de funcionario (STS 260/2019, de 28 de marzo). Al respecto, es importante tener en cuenta la diferencia jurídica significativa en la fuente de

origen de la calificación: en el caso del personal indefinido no fijo que ocupa plaza de funcionario hay una anomalía jurídica, que no puede depurarse completamente (como «pecado original»), en cambio, la situación para el personal indefinido no fijo subrogado por reversión carece de anomalía jurídica alguna, por lo que las diferencias eventuales con la figura del personal laboral fijo ex artículo 8.2 c) del EBEP han de reducirse a su mínima expresión. Si la equiparación plena no es ni razonable ni posible (ni la directiva tiene como efecto útil mejorar la posición de partida de los trabajadores subrogados ni estos pueden equipararse ab-

Si la equiparación plena no es ni razonable ni posible, tampoco lo es «congelar» *sine die* una relación de empleo público subrogado por reversión

No siendo exigible un proceso de selección de forma obligada, la posición del personal laboral subrogado por reversión se asemeja, a unos efectos –carrera profesional–, a la del personal laboral fijo y, a otros –extinción–, a la situación de quienes ocupan indebidamente plaza de funcionario

solamente a personal fijo, cuyas diferencias existen, sobre todo a efectos extintivos, como afirmó la polémica STJUE de 21 de noviembre de 2018, C-245/17, Viejobueno Ibáñez, si bien en relación con el personal funcionario interino respecto del de carrera), tampoco lo es «congelar» *sine die* una relación de empleo público subrogado por reversión.

5. Ahora es tiempo del legislador estatal: la solución no está en crear terceros o cuartos géneros, sino en racionalizar las figuras de personal de empleo público, también subrogado. Soy consciente de que, pese a hallar razones que presten fundamento jurídico algo más solvente para resolver algunos de los problemas de incertidumbre y oscilaciones o bamboleos que sufre a día de hoy esta cuestión del personal subrogado por reversión (típico derecho líquido, tanto como la figura, del indefinido no fijo), y en general todo el empleo público laboral, mucho más el temporal, la situación actual dista de ser satisfactoria, volviéndose realmente ingobernable para la interpretación. Es difícil no unirse al lamento-llamada, absolutamente mayoritario ya en la doctrina judicial y científica, que pide una intervención legal, tan necesaria como urgente, a fin de poner algo de orden en tan disparatada y caótica situación. La figura de los

Es difícil no unirse al lamento-llamada que pide una intervención legal a fin de poner algo de orden en tan disparatada y caótica situación

indefinidos no fijos, en todas sus variantes, tanto tengan la mancha o «pecado original» de anomalía jurídica, los casos más prototípicos, como aquellos que no la tienen, es el caso del personal subrogado por remunicipalización (o reversión en general), se ha vuelto incomprensible e ingobernable solo desde la intervención jurisprudencial, a menudo contradicha por la convencional, por lo que necesita ordenación legal, siempre de conformidad con los límites comunitarios.

Lo que ya no comparto es el «cantar a favor» de la creación de nuevas figuras, por muy autorizadas que resulten esas voces y por loables que puedan ser algunos intentos recientes a tal fin en la legislación autonómica (por ejemplo, el régimen del «personal a extinguir» previsto en las disp. adics. octava, novena y decimoquinta [Ley valenciana 21/2017, de 28 de diciembre](#), de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat). Al margen del factor de estigmatización que suele quedar en sus denominaciones, hasta hacerlo institucionalmente no solo marginal sino marginado –aunque son miles de personas trabajadoras en tal situación–, como «personal a extinguir», «personal congelado», remite a categorías que apenas tienen referente legal y jurisprudencial alguno. En este sentido, parece difícil entender que se postule una intervención racionalizadora del estatuto jurídico de este personal, creciente, a fin de clarificar y ordenar todos los –muchos– problemas que suscita su integración dentro de las Administraciones públicas, creando una nueva categoría jurídica, la cuarta, cuando ni tan siquiera el legislador ha sido capaz de desarrollar la tercera categoría del [artículo 8.2 c\) del EBEP](#), relativa a los «indefinidos no fijos», ni menos aún dotar de las debidas garantías la segunda, el personal laboral temporal, que vive en una situación abusiva sistémica.

Lo que ya no comparto es el «cantar a favor» de la creación de nuevas figuras, por muy autorizadas que resulten esas voces y por loables que puedan ser algunos intentos recientes a tal fin en la legislación autonómica

En suma, el problema legislativo no puede ser de estricto bisturí de precisión, tratando solo una parte del todo, sino una intervención global, que ponga orden en el empleo público laboral, atendiendo a la complejidad real y a los imperativos comunitarios, ya ineludibles. Por lo tanto, ahora que los Gobiernos locales se han constituido y han de afrontar estos desafíos con los mimbres de gestión jurídico-laboral que sucintamente hemos recordado aquí, tratando de aprovechar las nuevas ventanas, o incluso más bien las puertas, de oportunidad para la remunicipalización de servicios públicos que se abren en la nueva etapa política, económica y social, es el turno del Gobierno de la Nación y del Parlamento español. Constituido este, queda hacer lo propio con aquel. Aunque la incertidumbre sobre esta situación no ha cesado, son de tal magnitud los desafíos que tiene, también a nuestros concretos efectos, que sería mucho mejor que se clarificara pronto y asumiera, junto a la modernización señera del Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI, también un Estatuto Básico de Empleo Público a la altura de ese mismo tiempo. Veremos qué va pasando con uno y otro desafío. En tanto, el TS tendrá que enfrentarse, día a día, a los numerosos «dolores de cabeza» que suscitan las viciadas relaciones entre el derecho nacional y el derecho comunitario,

El problema legislativo no puede ser de estricto bisturí de precisión, tratando solo una parte del todo, sino una intervención global, que ponga orden en el empleo público laboral, atendiendo a la complejidad real y a los imperativos comunitarios, ya ineludibles

que alcanzan su punto álgido si concurren en ámbitos como los que han generado los más agudos de los últimos años: la sucesión de plantilla (más en su modalidad convencional), la reversión de servicios públicos y los indefinidos no fijos. Confiemos en que más pronto que tarde el legislador le alivie no solo la sintomatología, sino los males, en vez de agravárselos, como en el pasado y en el presente. Veremos...

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2019). Remunicipalización (transparente o encubierta) de servicios, sucesión (convencional) de plantilla e indefinidos no fijos?: «tres dolores de cabeza comunitarios en uno» para el Tribunal Supremo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 436, 5-19.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0