

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 85/2022, de 28 de enero de 2022

Sala de lo Social

Rec. n.º 3781/2020

SUMARIO:

Ayuntamiento de Pamplona. Remunicipalización del Servicio de Atención Domiciliaria. Trabajadora de empresa privada que pasa a tener como empleador al consistorio como consecuencia de la subrogación por transmisión de una unidad productiva autónoma. *Determinación de si mantiene su condición de fija o se integra como personal indefinido no fijo (PINF).* La finalidad del artículo 44 del ET es favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicho mecanismo puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenían reconocidos con el anterior. En esta línea, la Directiva 2001/23/CE tiene por objeto garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos 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. A raíz de la STJUE de 13 de junio de 2019 [asunto C-317/18, Correia Moreira (NSJ059936)] se señaló que la mencionada directiva se oponía a una normativa nacional que exigiera que, en caso de transmisión, cuando el cesionario es un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, tuvieran que someterse a un procedimiento público de selección y, por otro, quedaran obligados por un nuevo vínculo con el cesionario. De lo expuesto se extrae 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 siendo admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección. Por ello, no es acertada la aplicación de la condición 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. No hay que olvidar que la condición de PINF surge por una irregularidad de cuya responsabilidad no puede eximirse el sujeto empleador, lo que no es el caso de la reversión del servicio. Además, 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 una situación favorable, pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. 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. Por tanto, debe concluirse que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter de fijo, debe mantenerse esa condición. No obstante, conviene advertir que no queda cerrada la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza 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 fijeza 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. Sala General.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 44.

Directiva 2001/23/CE (Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas), art. 3.1.

PONENTE:

Don Antonio Vicente Sempere Navarro.

Magistrados:

Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO
Doña MARIA LUZ GARCIA PAREDES
Doña CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA
Don JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE
Don RICARDO BODAS MARTIN
Don IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3781/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 85/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D^a. Rosa María Virolés Piñol
D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Ángel Blasco Pellicer
D. Sebastián Moralo Gallego
D^a. María Luz García Paredes
D^a. Concepción Rosario Ureste García
D. Juan Molins García-Atance
D. Ricardo Bodas Martín
D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 28 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Dulce, representada y defendida por el Letrado Sr. Cantero Mantas, contra 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, en el recurso de suplicación nº 189/2020, interpuesto frente a 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.

Ha comparecido en concepto de recurrido el Ayuntamiento de Pamplona, representado y defendido por la Letrada Sra. Sánchez Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 24 de julio de 2020, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda de reconocimiento de derecho deducida por Dulce contra AYUNTAMIENTO PAMPLONA, debo declarar y declaro que la demandante, en virtud de sucesión empresarial, ostenta la cualidad de trabajadora fija del AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA y, en consecuencia, debo condenar y condeno a dicho Ayuntamiento a estar y pasar por dicha declaración con todos los efectos legales que sean inherentes a la misma".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1º. La demandante Dª Dulce, ha venido prestando servicios en el Servicio de Asistencia domiciliaria en el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, de titularidad municipal, por cuenta de la empresa SERVISAR SS. SOCIALES, SL., con quien mantenía un vínculo laboral indefinido a tiempo completo, con la categoría profesional de trabajadora familiar especialista y antigüedad reconocida por subrogación del 1 de julio de 2016 (hecho conforme).

2º. La empresa SERVISAR SS. SOCIALES, SL era adjudicataria de la gestión de una parte del Servicio de Asistencia domiciliaria en el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, y otra parte del servicio era prestada por la empresa pública ASIMEC, SA., de capital municipal (hecho conforme).

3º. El AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA ha comunicado a la demandante que pasa subrogado como personal laboral de dicho Ayuntamiento, en las condiciones y términos que consta en la notificación que obra unida a los autos y que se da aquí por reproducida. De forma expresa se indica por el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA a la actora que "a efectos administrativos quedará encuadrado/a en la plantilla orgánica del AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA como personal laboral indefinido no fijo hasta que se provea la plaza de forma reglamentaria o se proceda a su amortización". El 1 de marzo de 2017 el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA se unió la gestión directa del Servicio de Asistencia domiciliaria, subrogándose en los derechos y obligaciones de la empresa ASIMEC, SA., y de SERVISAR SS. SOCIALES, SL. respecto de la plantilla integrada en ambas empresas (hecho conforme)".

Segundo.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictó sentencia con fecha 8 de octubre de 2020, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de Suplicación formulado por la representación Letrada del AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA, frente a la sentencia de 24 de julio de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Navarra, en el Procedimiento nº 117/20, seguido a instancia de Dª. Dulce, contra el Ayuntamiento recurrente, sobre Reconocimiento de la condición de trabajadora fija, debemos revocar y revocamos la citada sentencia y, en su lugar, desestimar la demanda origen de estas actuaciones, con absolución de la parte demandada de las pretensiones en su contra ejercitadas. Sin costas".

Tercero.

Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Cantero Mantas, en representación de Dª Dulce, mediante escrito de 10 de noviembre de 2020, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO. Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (sede en Palma de Mallorca) de 17 de octubre de 2013 (rec. 225/2013). SEGUNDO. Se alega la infracción del art. 44 ET, art. 3.1 Directiva 2001/23/CE 12 marzo, del art. 4.bis.1) LOPJ y art. 103.3 CE.

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de 4 de junio de 2021 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Quinto.

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

Sexto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de enero actual. Por Providencia de 12 de enero y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día 12 de enero de 2022, trasladando el mismo para el día 26 de enero de 2022, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Antecedentes y términos del debate.*

Se discute si la trabajadora de una empresa privada, cuando pasa a tener como empleador al Ayuntamiento, como consecuencia de la subrogación por transmisión de una unidad productiva autónoma, mantiene su condición de fija o se integra como personal indefinido no fijo (PINF).

El debate es de corte estrictamente jurídico e idéntico al existente en los recursos debatidos y votados en la misma fecha con los números 3772, 3775, 3777 y 3779/2020.

1. Hechos y antecedentes relevantes.

Reproducidos más arriba los hechos que la sentencia del Juzgado de lo Social considera acreditados, e incuestionados en suplicación, basta ahora con sintetizar los principales para describir el trasfondo sobre el que se desarrolla la discusión.

A) El Ayuntamiento de Pamplona tenía organizado el Servicio de Asistencia domiciliaria a través de dos empresas: una de carácter público (ASIMEC, SA., de capital municipal) y otra privada (Servisar SS. Sociales SL).

B) La demandante venía prestando servicios como Trabajadora Familiar Especialista para la citada mercantil privada mediante contrato de trabajo a tiempo completo y de duración indefinida.

C) El Ayuntamiento acordó asumir directamente la gestión de dicha actividad a partir de 1 de marzo de 2017, lo que comunicó a la trabajadora, subrogándose en los derechos y obligaciones de las dos empresas respecto de la plantilla integrada en ambas empresas.

D) El Ayuntamiento comunicó, por escrito, a la trabajadora que queda integrada en la plantilla orgánica como PINF.

E) El día 11 de febrero de 2020 la actora interpone demanda interesando la declaración de que ostenta la condición de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona. Invoca la regulación del artículo 44 ET en relación con la doctrina de la STJUE 13 junio 2019 (C-317/18, Correia Moreira).

2. Sentencia del Juzgado de lo Social.

Mediante su sentencia 142/2020, de 24 julio, el Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona estima la demanda. Sus núcleos argumentales son los siguientes:

A) Existe una doctrina acrisolada de la Sala Cuarta sobre el PINF como respuesta a las irregularidades en la contratación temporal cuando el empleador es una Administración Pública, incluso si se han superado procesos selectivos para empleos temporales. Pero el supuesto suscitado es distinto.

B) La sucesión empresarial habida ha de regirse por el artículo 44 ET, sin que la transmisión pueda comportar modificación de la naturaleza del vínculo laboral. Lo contrario comportaría desvirtuar la estabilidad obtenida en la empresa cedente, contraviniendo tanto ese precepto cuanto la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo.

C) La STJUE 13 junio 2019 obliga a conjugar los principios constitucionales españoles (igualdad, mérito, capacidad) con la "interpretación conforme" del art. 44 ET.

D) Las previsiones contenidas en la legislación presupuestaria tampoco impiden ese resultado pues se dirigen al funcionariado, no al personal laboral.

3. Sentencia de suplicación, recurrida.

Mediante su sentencia 226/2020, de 8 de octubre, la Sala de lo Social del TSJ de Navarra estima el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Pamplona. Repasemos sus líneas argumentales.

A) A la luz de la jurisprudencia comunitaria y de las previsiones de nuestra legislación, estamos ante un supuesto subsumible en el artículo 44 ET. Lo discutible son los efectos que deba darse a tal subrogación, si la fijeza o el acceso a la condición de PINF.

B) Cuando el 44.1 ET dispone que la sucesión no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, en modo alguno está permitiendo el acceso a la fijeza de la trabajadora subrogada.

C) La demandante no accedió a la fijeza previa la superación de algún proceso selectivo en el que primaran los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Debe suceder igual que cuando concurren las irregularidades en la contratación, más graves y culpables que las que determinan la subrogación; cuando se trata de administraciones públicas no es posible aplicar la regla común.

D) Hay que recordar el origen de la construcción sobre PINF como forma de compaginar el art. 103.3 CE con las normas laborales comunes, solución también válida aquí.

E) La doctrina Correia Moreira está proclamada en una sentencia que recuerda que debe respetarse la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, de los Estados miembros. Es el caso de los principios de acceso a la fusión pública.

4. Recurso de casación unificadora.

Con fecha 10 de noviembre de 2020 formaliza su recurso de casación para la unificación de doctrina el Abogado y representante de la trabajadora. Denuncia la infracción del art 44.1 ET y del art 3.1 Directiva 2001/23/CE; preconiza el mantenimiento del vínculo laboral, sin modificaciones, en caso de transmisión. A su favor invoca asimismo la doctrina de la STJUE 13 junio 2019, de manera que, por mandato del artículo 4.bis LOPJ, considera que no cabe aplicar el artículo 103.3 CE.

Fija como núcleo de la contradicción 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.

5. Impugnación del recurso.

Con fecha 30 de junio de 2021 la Letrada del Ayuntamiento de Pamplona formaliza su impugnación al 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. La doctrina de la STJUE 13 junio 2019 no está pensada para supuestos como el presente y acceder a la fijeza sin superar pruebas resulta discriminatorio si se compara con quienes han debido hacerlo.

6. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 15 de julio de 2012 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS. Considera cuestionable la contradicción entre sentencias.

Respecto del tema de fondo, se pronuncia en favor de la doctrina acogida por la sentencia recurrida. La doctrina Correia Moreira debe cohonestarse con el respeto a las estructuras constitucionales básicas.

Segundo. Análisis de la contradicción.

Tanto por haberse cuestionado en la impugnación al recurso y en el Informe de Fiscalía cuanto por constituir un requisito de orden público procesal, debemos comprobar que las sentencias opuestas son contradictorias en los términos que el legislador prescribe.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre las sentencias comparadas. Aunque no se requiere una identidad absoluta, sí es preciso que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

La sentencia señalada para comparar es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares con fecha 17 de octubre de 2013 (rec. 225/2013). En este supuesto las trabajadoras demandantes vienen prestando servicios como limpiadoras en el Hipódromo de Son Pardo de Palma de Mallorca, desde el 1 de marzo de 2001, siendo reconocidas como fijas por la mercantil empleadora en 2004.

En 2010 se adjudica la prestación del servicio el "Institut de L'Esport Hípic de Mallorca", entidad del sector público que suscribe con ellas un contrato temporal por obra o servicio a tiempo completo. En 2012 les comunica que como eran trabajadoras indefinidas había acordado amortizar sus plazas, lo que afectó a cinco de las sesenta personas de la plantilla.

La sentencia considera que las trabajadoras eran realmente fijas antes de la subrogación y que el Institut debía respetar esa condición. Eso comporta que no son PINF, sino fijas, y que hubo subrogación empresarial, no pudiendo por ello extinguir válidamente los contratos por amortización de las plazas.

3. Consideraciones específicas.

El análisis comparativo de ambas resoluciones conduce a considerar que concurre la contradicción en la concreta cuestión que se trae a consideración de la Sala, ya que las respectivas sentencias ante supuestos que guardan la sustancial identidad, alcanzan soluciones divergentes.

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 acceden 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.

Es verdad que en el caso de la referencial se acciona por despido y aquí estamos ante una pretensión declarativa. Sin embargo, las SSTs 472/2020 de 18 junio (rcud. 1911/2018) y 579/2020 de 2 julio (rcud. 1906/2018), dictadas por el Pleno de esta Sala al hilo de la virtualidad de la condición de PINF en empresas del sector público, han razonado del siguiente modo:

La sentencia recurrida y la referencial no enjuician controversias idénticas. En la recurrida se ejercita una acción declarativa solicitando que se declare el derecho del demandante a ser considerado trabajador fijo por haberse suscrito varios contratos temporales en fraude de ley. En la referencial se ejercita una acción de despido, postulando que se declare la existencia de una cesión ilegal. Además las sociedades demandadas son distintas: AENA y TVE SA. Pero ello no altera el núcleo esencial de la contradicción, centrado en si la condición de trabajador indefinido no fijo se aplica a una sociedad mercantil estatal. La sentencia recurrida lo niega mientras que la sentencia de contraste atribuye a la actora la condición de trabajadora indefinida no fija. Ambas entidades demandadas son sociedades mercantiles estatales, por lo que concurre el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 224 de la LRJS.

Elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley conducen a que ahora apliquemos el mismo criterio, puesto que el núcleo esencial de la contradicción no radica en la existencia de un despido sino en si se aplica la condición de PINF a las personas que son titulares de contratos fijos en una empresa privada por el hecho de que se subroga en sus contratos un sujeto del sector público.

Tercero. *La construcción doctrinal sobre PINF y la adscripción a puesto concreto.*

La sentencia recurrida advierte que el problema suscitado no ha sido directamente abordado hasta ahora por esta Sala Cuarta. En fechas recientes, sin embargo, la STS 619/2021 de 10 junio (rcud. 4926/2018) sí se ha pronunciado sobre el tema, aunque allí lo debatido era propiamente si existía o no subrogación. Por tanto, la decisión de trasladar la construcción del PINF a los supuestos de subrogación o "municipalización" requiere, antes que nada, que sinteticemos el origen y alcance de esa singular categoría contractual. Como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público.

El legislador se ha hecho eco de ella de modo tan impreciso como polémico en el EBEP (pues realmente se quiso contemplar el supuesto del profesorado de Religión, pero sin especificarlo en el texto normativo) y en el ET (Disposición Adicional 15ª: "el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo"), además de en algunos preceptos incorporados por la legislación presupuestaria.

La 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") prescribía que las Administraciones Públicas no podrán considerar como empleados públicos ni podrán incorporar en dicha condición a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate. Sin embargo, la STC 122/2018, de 31 de octubre declaró inconstitucional su pasaje crucial a nuestros efectos, así como el inciso de la DA 34ª de la misma norma que impedía a las Administraciones y entidades de su Sector Público 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".

La 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"), entre otras cosas, ha venido estableciendo que "los órganos de personal citados 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".

Más recientemente, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, sin que las cosas hayan variado sustancialmente a este respecto.

1. Evolución doctrinal.

A) Inicialmente la doctrina de esta Sala ha vinculado el trabajo del PINF a un concreto puesto de trabajo. Fiel exponente de ello es la STS 3 mayo 2006 (rec. 1819/2015) sobre si un trabajador que tiene reconocida la condición de indefinido no fijo y que se encuentra legalmente en situación de incompatibilidad, como consecuencia de su nombramiento como funcionario interino, tiene derecho a obtener la excedencia voluntaria.

B) También hay que recordar las obligaciones que pesan sobre la entidad empleadora cuando surge esta figura que, aunque posea denominación propia o mención legal, no es sino el reflejo de una previa anomalía. Así por ejemplo, en numerosas ocasiones (por todas SSTS 20 enero 1998, rec. 1112/1997 y 27 marzo 1998, rec. 295/1997) se dice:

El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo.

C) La construcción en estudio implica que el contrato laboral se considera contrario a Derecho desde la perspectiva de su temporalidad. De ahí surge una importante consecuencia: la entidad empleadora debe proveer la plaza ocupada a través de los cauces pertinentes; en caso contrario, debiera proceder a su amortización. Cuanto más tiempo persista la plaza sin ser convocada, mayor es el incumplimiento del empleador. La STS 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), resume esa idea:

El organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo -lo que en el caso de discontinuos contratados con la plantilla completa, como ocurre en este caso se reconducen a la posibilidad de acordar su ampliación- y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

D) Durante una larga etapa la doctrina vino asimilando su régimen jurídico al de las interinidades por vacante. Sin embargo, lo cierto es que en esta modalidad contractual hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va a desarrollarse mientras que cuando se declara como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida.

Estas consideraciones han hecho que nuestra doctrina avance en varias direcciones: abandonando la construcción de la condición resolutoria, exigiendo la aplicación de los mecanismos propios del despido objetivo (o colectivo) cuando se amortizan plazas ocupadas por PINF, reconociendo el derecho a indemnización cuando el vínculo termina por acceder a la plaza quien la ha obtenido tras las pertinentes pruebas y admitiendo cierta flexibilidad funcional o movilidad interna.

E) En esta dirección, la STS 24 junio 2014 (rec. 217/2013, Universidad Politécnica) proclama expresamente el cambio de doctrina respecto de lo sostenido hasta el momento y expone lo siguiente:

De lo expuesto se deriva que nos encontramos ante un contrato temporal de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4-2 del R.D. 2720/1998). Obsérvese que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y que, cual se dijo antes no estamos ante un contrato sujeto

a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de oferta de empleo público (art. 70 del E.B.E.P .).

F) La STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015, ADIF) aborda la validez de una convocatoria de traslados que excluye al personal indefinido no fijo, pese a que en el convenio colectivo nada se dispone al respecto:

La diferencia pues entre 'indefinido no fijo' y 'fijo' puede estar, en su caso -se insiste- en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el trabajador 'indefinido no fijo', no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el artículo 15.6 ET [...]. Esta protección -y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria- resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores 'indefinidos no fijos'

G) Asimismo, en esa línea crítica hacia algunos contornos originarios de la categoría en estudio, la STS 97/2017 de 2 de febrero (rec. 53/2015, RTV de Andalucía) examina el alcance de una convocatoria de cobertura de plazas y explica lo siguiente:

No podemos obviar el hecho de que estamos ante la situación de quien posee la condición de indefinido no fijo, y no está cubriendo necesariamente una particular vacante, pues la naturaleza de su relación se ha generado por la irregularidad de su contratación, sin vinculación directa y expresa con una plaza pendiente de cobertura. Estamos, por tanto, ante un supuesto en que la falta de identificación de la plaza no sólo se da respecto de la convocatoria para su cobertura, sino también respecto de la situación de la trabajadora, de la cual sólo se acredita que presta servicios en determinada categoría profesional y centro de trabajo.

Y, ciertamente, llegados a este punto, las circunstancias en que se inserta el litigio permiten sostener que, dada la referencia genérica en la convocatoria, no existen garantías para considerar que el puesto de trabajo de la actora quedaba claramente afectado. No podemos afirmar que la superación del concurso por otro trabajador implicara cubrir una plaza que estuviera ocupada por la actora.

H) La STS (Pleno) 352/2018 de 2 abril (rec. 27/2017; Amaya) reconoce el derecho de este colectivo a la promoción interna, en igualdad de condiciones con el personal fijo.

2. Consideraciones específicas.

A) Siguiendo lo expuesto por la última de las sentencias mencionadas, en el estado actual de nuestra jurisprudencia, aunque subsisten ciertas indefiniciones, ya no puede afirmarse tajantemente que quien posee la condición de indefinido no fijo siempre viene adscrito a una concreta plaza en las mismas condiciones que quien ha sido contratado para una interinidad por vacante.

En particular, la STS 21 julio 2016 (rec. 134/2015, ADIF) contiene un criterio favorable a que el indefinido no fijo participe en concursos de movilidad interna y la STS 97/2017 de 2 de febrero (rec. 53/2015, RTV de Andalucía) advierte que estas personas pueden no estar adscritas a una plaza concreta.

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto.

B) Cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a plaza individualizada sea innegable y necesaria. La desvinculación (o la vinculación) solo puede apreciarse respecto de los concretos casos suscitados. En tal análisis, por descontado, juega un papel relevante la causa o motivo por la que el contrato laboral deba considerarse como indefinido no fijo; no es lo mismo una contratación temporal más allá de las previsiones normativas que una desnaturalización del contrato como consecuencia de la actividad desarrollada, por ejemplificar.

C) No es necesario adoptar una tesis pura acerca de si el carácter indefinido se debe predicar de la plaza desempeñada (criterio orgánico) o de la propia persona (criterio subjetivo).

Si bien se piensa, la temporalidad que nuestras Leyes regulan (y admiten) va referida al negocio jurídico que discurre entre empleador y empleado. Es el contrato de trabajo temporal el que se desnaturaliza y transforma en uno de duración indefinida cuando se incumplen determinadas exigencias normativas, no el puesto de trabajo, ni la persona afectada; por descontado, esa novación posee efectos reflejos en la organización empresarial (la RTP) y en quien presta su actividad (el trabajador, que también puede lucir su condición de "indefinido no fijo"). Lo mismo cabe decir respecto de otras eventuales causas por las que se acceda a la cualidad de referencia, comenzando por la contratación originariamente fraudulenta.

3. Conclusión parcial sobre nuestra doctrina.

De cuanto antecede cabe concluir que la figura del PINF ha tendido a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del personal fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RTP) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o

colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato). Es necesario examinar tanto el motivo por el que se activaría la condición de PINF cuanto las tareas desempeñadas antes de resolver cada caso.

Cuarto. Criterio acogido por la Sala.

Sobre la base recién expuesta vamos a responder a la cuestión suscitada y a resolver el debate en los mismos términos que lo hizo la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. A ello nos conduce un doble razonamiento.

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. A ello vamos a dedicar el Fundamento Quinto de esta sentencia.

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. Lo explicaremos en el Fundamento Sexto.

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

Quinto. Alcance de la "subrogación" respecto de la modalidad contractual previa.

1. Alcance del artículo 44.1 ET .

A) Constituye un presupuesto pacífico del problema el que entre la mercantil empleadora (Servisar SS. Sociales S.L.) y la Corporación Pública (Ayuntamiento de Pamplona) ha existido una transmisión de unidad productiva autónoma, lo que el artículo 44.2 ET viene definiendo como "un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

Como consecuencia de ello, no se extingue la relación laboral "quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales" (Art. 44.1 ET).

B) Como hemos recordado en la STS (Pleno) 402/2018 de 17 abril (rcud. 78/2016; Seda Solubles S.L.), la actual regulación del art. 44 ET fue obra de la Ley 12/2001 de 9 julio, que ha sido la encargada de introducir las modificaciones necesarias para adaptar nuestras disposiciones a la Directiva 98/50/CEE y en concreto de transponer la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo, derogatoria de las Directivas anteriores sobre la materia [la 98/50 y su antecedente modificado, la Directiva 77/187/CEE].

C) La STS (Pleno) 873/2018 de 27 septiembre (rcud. 2747/2016; Cleanet Empresarial S.L.) actualizó la doctrina sobre la subrogación empresarial en casos como el presente para concordarla con la del TJUE. En consecuencia, declara que "el hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación" del régimen jurídico previsto por el artículo 44 ET para la subrogación empresarial.

Viene lo anterior a significar que el régimen subrogatorio debe considerarse como un conjunto de previsiones y que no es admisible su fragmentación, ni siquiera cuando la transmisión de la unidad productiva deriva de la norma que pretende parcelar esa regulación y aplicar solo una parte de la misma.

D) Con cita de abundante doctrina, la STS 78/2021 de 21 enero (rc. 47/2019) recuerda que para determinar el alcance del artículo 44.1 ET venimos atendiendo a su finalidad: favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los afectados por dicho mecanismo puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenía reconocidos con el anterior. "La empresa entrante pasa a ocupar el lugar de la saliente respecto de los concretos trabajadores afectados por el cambio empresarial sin que ello se altere por el mero hecho de que dicha situación opere sobre una unidad productiva autónoma y sobre la mayoría o la totalidad de los que a ella estén adscritos".

E) Del artículo 44.1 ET no deriva un mandato directo y explícito para que la trabajadora demandante mantenga la condición de fija, pero sí una regulación cuya clara finalidad es que el tipo de vínculo existente conserve sus características, sin alteración, como consecuencia del cambio de empleador.

2. Alcance de la Directiva 2001/23.

A) La ya mencionada Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, se ocupa de la 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.

Como manifiesta el texto introductorio, tiene como objeto "proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos" (Considerando 3 de la Directiva

2001/23; y STJUE 16/Octubre/2008, asunto Kirtruna, S.L , ap. 43), de manera que "el cedente continúe siendo, después de la fecha de transmisión, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo o de una relación laboral, lo que supone que, en todo caso, dichas obligaciones se transfieren al cesionario en esa misma fecha" (SSTJUE 14/Noviembre/1996. asunto Rotsart de Hertaing , ap. 23: y 26/Mayo/2005. asunto C-478/03 , ap. 40).

B) Interesa advertir que la norma es aplicable "a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva".

De este modo, que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la norma, con independencia de que dicha persona jurídica sea una entidad pública encargada de un servicio público. Que el nuevo empleador sea (como en el caso de Pamplona) un Ayuntamiento no impide que la Directiva se aplique a la transmisión de las actividades que desarrollaba una empresa (STJUE 20 de julio de 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16).

C) Como es lógico, el mantenimiento de los derechos de las personas afectadas aparece plasmado de manera clara; el artículo 3.1 dispone que "los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso".

Debe recalcar que el objeto de la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos 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 (STJUE de 6 de abril de 2017, Unionen, C-336/15).

3. La doctrina Correia Moreira.

A) Especial significado posee para el tema debatido la STJUE 13 junio 2019 (C-317/18, Correia Moreira) que aparece invocada constantemente a lo largo de este procedimiento, comenzando por la propia demanda que lo activó.

Para valorar esa decisión interesa recordar que la trabajadora del caso, ocupando un puesto "de confianza" en la empresa cedente (Parque Ferial de Portimao) es asumida por el Ayuntamiento. Pero, aplicando al caso la legislación portuguesa: 1º) exige que la trabajadora se someta a un procedimiento público de selección; 2º) contempla el surgimiento de un nuevo vínculo (no se mantiene el anterior); 3º) su eventual integración en la función pública supondría una disminución de su salario durante un período de al menos diez años.

B) La STJUE examinada considera que esa situación es incompatible con la Directiva. Subraya que las consecuencias descritas, por un lado, modifican las condiciones de trabajo, acordadas con el cedente, de una persona como la demandante en el litigio principal y, por otro, pueden colocar a la trabajadora en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba antes de dicha transmisión.

C) El respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito.

D) En su parte dispositiva concluye que la Directiva 2001/23 (en relación con el artículo 4.2 TUE) "se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, 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".

4. Conclusión.

De cuanto hemos expuesto resulta 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 es admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección.

Las posibles dudas existentes han sido despejadas por la STJUE 13 junio 2019, no porque se trate de un supuesto igual al presente sino, porque advierte que va contra el Derecho de la UE la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario.

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.

Sexto. Disfunciones derivadas de la aplicación de la categoría de PINF a estos casos.

A) Hay un par de poderosas razones por las que no consideramos acertada la aplicación de la condición 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.

B) En primer término, la categoría de PINF surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras.

Como hemos recordado (Fundamento Tercero) 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 Sra. Dulce prestaba sus servicios al amparo de un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, por lo que alteración acogida por la sentencia recurrida menoscaba su posición. La "no fijeza" viene a empeorar su posición desde la óptica del tipo de relación laboral que titulariza.

La condición de PINF surge por una irregularidad de cuya responsabilidad no puede eximirse el sujeto empleador, lo que no es el caso de la reversión del servicio.

C) En segundo lugar, 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.

D) 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 fijeza. 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.

Séptimo. Consideraciones adicionales.

Las dos líneas argumentales que preceden abocan a la estimación del recurso: ello no obstante, conviene que reforcemos esa conclusión con un par de consideraciones adicionales.

1. Acceso originario o derivado al empleo público.

Como queda explicado (Fundamento Primero, apartado 1) no estamos ante un tema de acceso al empleo público sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas. En este sentido, la STC 25/2005 (Ikastolas) en la que las partes hicieron invocación del art. 103 de la CE y los principios de acceso al empleo público posee unas reflexiones que, indirectamente, concuerdan con el resultado a que accedemos:

En el marco de esa situación de tránsito, el legislador autonómico no podía dejar de atender a las exigencias derivadas de las previsiones normativas generales en materia de sucesión de empresas, toda vez que la publicación de las ikastolas implica un cambio de titularidad de un centro de trabajo con el que no quedan extinguidas las relaciones laborales preexistentes, subrogándose necesariamente la Administración pública en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior titular privado (art. 44.1 del Estatuto de los trabajadores).

Como quiera que, por lo que hace al personal no docente que desempeñaba funciones de mantenimiento, conservación y vigilancia, la competencia pública implicada es la propia de las corporaciones locales -por así resultar de lo dispuesto en la legislación educativa, básica y de desarrollo, de la que aquí no se ha hecho cuestión-, no podía la Comunidad Autónoma asumir esa concreta responsabilidad, sino sólo residenciarla en su titular propio, imponiendo así a los Ayuntamientos la obligación de integrar en sus plantillas un personal al que la legislación laboral

aplicable exige convertir, en virtud de la subrogación, en personal público, no funcionario, como en el caso debatido en el proceso a quo.

[...] Por lo demás, el sacrificio de la autonomía se ciñe a los términos estrictamente necesarios para dar satisfacción a esos intereses concurrentes, pues una vez asegurada la integración de los trabajadores en las plantillas municipales (con lo que se facilita el cumplimiento de aquel designio autonómico y se garantiza, al tiempo, el derecho de los trabajadores a la continuidad en su trabajo), las corporaciones ven asegurada su competencia para decidir la forma de gestión de los servicios públicos asumidos y salvada en todo caso su capacidad para adaptar posteriormente sus plantillas laborales y redistribuir sus efectivos en función de las propias necesidades generales y de planificación, sin injerencia alguna del poder de disposición de terceros, más allá de lo que resulte en cada caso de la legislación básica y sectorial correspondiente".

Es decir, el máximo intérprete de nuestra norma fundamental, bien que en el marco de un debate acerca del alcance de las competencias de la Comunidad Autónoma, no solo admite que la subrogación comporta integración del personal afectado en el organigrama de la Administración cesionaria, sino que lo considera una consecuencia ineludible, sin someterla a restricción especial.

2. Ley y de Contratos del sector Público.

El art. 130.3 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone 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".

Por razones cronológicas la norma es inaplicable, pero su contenido refuerza la coherencia del resultado a que llegamos. Si la norma más específica que nuestro ordenamiento posee carece de restricción acerca del modo en que opera la subrogación, al margen de que no pudiera oponerse lo contrario frente a la necesidad de realizar una interpretación acorde con la Directiva, bien puede deducirse que la ausencia de diferencia es porque el legislador no la considera existente.

3. Legislación impropia presupuestaria.

La DA 26ª de la Ley 3/2017, de 27 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017, ya aludida (Fundamento Tercero, in initio), contemplaba el caso de "trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate", prescribiendo que no pueden considerarse empleados públicos del artículo 8 EBEP. Este precepto alude, en su apartado 2.c) la figura del "Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal".

La norma añadía, sin embargo, que a esos colectivos "le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral". Pero este inciso fue suprimido por la DF 42ª. Uno de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

Con independencia de la eficacia que esta supresión pudiera tener y de sus consecuencias, lo cierto es que la subrogación que genera el problema examinado tuvo efectos en marzo de 2017, antes, por tanto, de que se promulgaran las dos Leyes de Presupuestos en liza. En todo caso, digamos que no alteraría el resultado de nuestra reflexión, habida cuenta de la necesidad de acomodar la interpretación de los preceptos internos a las expuestas exigencias y a que 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 de que venimos hablando, además de la expuesta al inicio del Fundamento Tercero.

Octavo. Resolución.

1. Fijación de la doctrina unificada.

A la vista de cuanto antecede debemos unificar las dispares doctrinas enfrentadas. Lo hacemos afirmando que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter 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. 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).

2. Aspectos complementarios.

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 fijeza 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 fijeza 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.

3. Alcance de nuestro fallo.

Las razones y argumentos que acabamos de exponer abocan a la estimación del recurso formalizado por la trabajadora. Conforme al artículo 228.2 LRJS "Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada".

A la vista de los términos en que ha discurrido el procedimiento (Fundamento Primero) y de la forma en que debe darse respuesta al debate suscitado procede desestimar lo pedido por la Corporación Municipal ante la Sala de suplicación. De ese modo, debe ganar firmeza la sentencia del Juzgado de lo Social declarando que "la demandante, en virtud de sucesión empresarial, ostenta la cualidad de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona", con matices que hemos introducido en el apartado anterior.

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 235.1 LRJS no debemos adoptar medida especial alguna en materia de costas procesales derivadas de este recurso de casación unificadora, asumiendo cada aparte las propias. Sin embargo, la desestimación del recurso formulado por la Administración empleadora ante la Sala de suplicación (en su día impugnado) y la decisión que ahora adoptamos comporta que deba satisfacer a la contraparte las costas procesales generadas en cuantía de 800 euros, siguiendo al efecto los criterios habituales de esta Sala Cuarta.

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 D^a 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.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.