

# EAPC - Comentaris d'actualitat en matèria de personal al servei de les administracions públiques catalanes i el seu sector públic



El problema de l'encaix del personal subrogat procedent d'empreses privades com a conseqüència de processos de reversió

16-02-2022

Un dels problemes jurídics recurrents i no resolts normativament que planteja la reinternalització o reversió de serveis públics (recuperació de la gestió de serveis públics gestionats per empreses privades), és la dificultat d'encaixar pacíficament les normes laborals sobre subrogació laboral amb les normes sobre l'accés a l'ocupació pública mitjançant procediments de selecció subjectes als principis constitucionals de mèrit, capacitat i igualtat.

La recent Sentència del Tribunal Suprem –STS– de 26 de gener de 2022, Sala Social, pretén resoldre la qüestió recordant que el concepte de "subrogació" mateix, establert en la normativa laboral i en la de la UE, exigeix que el nou empresari, en aquest cas una administració pública, se subrogui en les relacions laborals de caràcter fix sense possibilitat d'alterar aquesta condició. D'altra banda, deixa clar que la categoria d'indefinit no fix és inadequada per solucionar aquest problema.

Fixem-nos que la Sentència esmentada eludeix el debat: el fet que l'Administració assumeixi directament treballadors fixos procedents d'una empresa privada no té en compte que els principis constitucionals i legals d'accés a l'ocupació pública impliquen la necessitat de superar proves selectives basades en l'acreditació del mèrit i de la capacitat, a les quals han de poder accedir tots els ciutadans en igualtat de condicions i lliure concurrència, sens perjudici que es compleixin els requisits que s'estableixin per participar-hi. S'obre, d'aquesta manera, una via d'accés a l'ocupació pública per la porta del darrere.

Recordem que el primer intent legislador per posar un tallafoc als processos de reversió va topiar amb una declaració de nul·litat del TC per qüestions merament formals. Efectivament, la disposició addicional 27 de la Llei 3/2017, de 27 de juny, de pressupostos generals de l'Estat per al 2017, sota el títol de "Limitacions a la incorporació de personal laboral al sector públic", impedia atorgar la consideració d'empleats públics de l'article 8 del TREBEP, així com incorporar-los amb aquesta condició, als treballadors dels contractistes de concessions d'obres o

serveis públics o de qualsevol altre contracte adjudicat per les administracions públiques o d'altres entitats de dret públic quan aquests contractes s'extingissin per diferents causes, incloent-hi el rescat o la reversió dels serveis. En conseqüència, aquesta determinació, juntament amb la disposició addicional 34 de la mateixa Llei, feien pràcticament impossible recuperar la prestació directa dels serveis públics, atès que, si bé no impossibilitaven l'aplicació de la subrogació, perquè ho impedia la Directiva 2001/23 i, fins i tot, ho reconeixia explícitament l'article 130.3 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, el que feien era negar als treballadors subrogats la condició d'empleats públics i creaven una figura específica, fora del TREBEP, com la del personal subrogat de les administracions públiques.

Doncs bé, precisament aquestes determinacions pressupostàries van resultar anul·lades expressament per la STC 122/2018 per qüestions de forma, és a dir, perquè el TC va entendre unànimement que els preceptes impugnats no podien integrar el nucli essencial d'una norma pressupostària.

L'anul·lació dels preceptes esmentats, que limitaven la incorporació del personal subrogat procedent d'un procés de rescat o reversió a les administracions públiques i a les seves entitats de dret públic en condició d'empleat públic, si bé és cert que eliminava aquesta limitació, atès que impedia qualificar-los com a personal fix o personal indefinit no fix, deixava la situació jurídica del personal que se subrogava en una mena de límb jurídic.

Es mantenia el dubte sobre les condicions en què s'havia d'incorporar a l'Administració pública el personal laboral procedent d'empreses privades que no havia superat cap procés selectiu sota els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, exigits per la CE i el TREBEP per accedir a la condició d'empleats públics.

La solució generalment plantejada, que consisteix a atribuir als treballadors subrogats per una administració pública la condició d'indefinitos no fixos –STS de 10 de juny de 2021, rec. 4926/2018–, no tanca adequadament la qüestió. La figura del personal indefinit no fix de plantilla és una creació jurisprudencial que pretén donar resposta a les pràctiques irregulars o fraudulentament en la contractació laboral temporal de les administracions públiques, però en el cas que ens ocupa no es tracta de donar resposta a cap actuació fraudulenta, sinó que és la conseqüència d'aplicar lícitament les normes laborals sobre subrogació.

El cert és que la declaració d'indefinit no fix no encaixa amb la regulació de l'article 44 de l'Estatut dels treballadors ni tampoc amb el que disposa la Directiva 2001/23, de 12 de març de 2001. Efectivament, en vista de la Sentència del TJUE, de 13 de juny de 2019 (assumpte C-317/18, Correia Moreira), resulta que la condició d'indefinit no fix s'ha de descartar, d'una banda, perquè altera, amb motiu de la subrogació, la prèvia condició de personal laboral fix del personal subrogat i, de l'altra, perquè el caràcter indefinit no fix de la seva relació fa que aquest personal quedi subjecte necessàriament a un procés selectiu per poder mantenir la seva vinculació, per tant, sembla que perd estabilitat i el fa més vulnerable.

Per salvar aquest escull, s'ha plantejat com a alternativa la del personal subrogat a extingir, fórmula que s'ha implantat a la Comunitat Valenciana (Llei 21/2017, de 28 de desembre) i que compta amb un precedent creat per a empreses del sector públic que passen a integrar-se dins l'estructura de les administracions públiques (Llei 15/2014, de 16 de desembre). El personal subrogat a extingir manté les seves condicions de treball, com en qualsevol procés de subrogació,

però el fet que se'l declari a extingir genera el dubte sobre les alternatives de futur en relació amb la modificació d'aquestes condicions de treball i, principalment, es troba amb el problema de la promoció professional o la mobilitat a altres llocs de treball, perquè la figura del personal laboral a extingir té com a característica la seva vinculació exclusiva al lloc de treball traspasat.

Posem com a exemple que aquest personal laboral subrogat procedent d'empreses privades s'integra en un àmbit hospitalari públic en què ha de prestar serveis propis del personal estatutari. El fet de crear places de personal estatutari per incorporar aquest personal subrogat (places congelades fins que es jubili o la desocupi el seu titular, a diferència de l'indefinit no fix), no presenta inconvenient des del punt de vista de la taxa de reposició, però ens trobem amb la dificultat de reconèixer drets i expectatives propis del personal estatutari, que són empleats públics, a diferència del personal subrogat a extingir. Aquesta figura certament sorteja els requisits de la normativa i la jurisprudència comunitària (perquè no altera el seu vincle després de la subrogació i no el subjecta a un procés selectiu posterior) i permet atendre les futures millores de treball i de condicions laborals mitjançant la negociació col·lectiva, però la limitació de la promoció professional i la mobilitat són el principal problema amb què es troba aquesta figura jurídica.

Una altra alternativa que s'ha plantejat és la possibilitat de crear societats mercantils públiques amb la finalitat de gestionar els serveis objecte de reversió i integrar així el personal de les empreses privades que s'han de subrogar. D'aquesta manera, tal com ha assenyalat una part de la doctrina, el personal subrogat que s'integra ho fa sota la cobertura del règim laboral comú, és a dir, s'eviten els conflictes que podrien sorgir com a conseqüència de la incorporació en condició d'empleats públics, atès que el personal d'aquestes societats no té aquest caràcter (no li és aplicable el TREBEP, llevat d'algunes excepcions). Aquesta solució es troba amb dos problemes: d'una banda, limita la potestat organitzativa de l'Administració de decidir de quina manera s'han de prestar els serveis públics i, de l'altra, no evita tampoc el problema de com conjugar la subrogació amb l'aplicació dels principis d'accés a l'ocupació pública d'igualtat, mèrit i capacitat (aplicable igualment a les entitats mercantils d'acord amb la disposició addicional primera del TREBEP).

Actualment la situació és de màxima inseguretats jurídica. Aquest conflicte de lleis que representa l'encaix del personal subrogat procedent de les empreses privades necessita la intervenció urgent del legislador bàsic, però sembla, a la vista de les darreres reformes del marc normatiu, que no es vulgui afrontar el debat (malgrat algunes iniciatives parlamentàries recents i els pegats incorporats per la via de la legislació pressupostària i de contractes), de la mateixa manera que s'ha eludit el tractament legal de la qüestionable figura de l'indefinit no fix, cada cop més dèbil, malgrat que el TS intenti blindar-la argumentant que té una gran plasticitat.

L'operador jurídic es troba desemparat i aquest problema s'afegeix a l'enorme dificultat que representa articular un procés de rescat o reversió (dificultat en la determinació inicial de la concurrència dels requisits de la successió d'empresa, en la decisió de consolidar situacions fraudulentament anteriors a l'empresa privada i en la valoració de les pràctiques qüestionables prèvies a la transmissió, com inflar les plantilles o reconèixer complements retributius artificials).

La solució, com hem sostingut, no és fàcil de resoldre, perquè demana conjugar de manera intel·ligent les diferents normatives en joc (incloent-hi la CE i la Directiva europea), però no excusa la inacció del legislador.

De moment, i mentre esperem que el legislador bàsic desperti, la tesi més sostenible al meu entendre és explorar la categoria d'indefinit fix a extingir, malgrat les dificultats de gestió que implica d'assumir-la. Aquesta categoria, d'una banda, respecta la Directiva i el TRET, atès que la subrogació no altera la relació laboral prèvia i el personal subrogat no es troba en una situació menys favorable a la de procedència i, de l'altra, respecta els principis d'accés a l'ocupació pública de tal manera que no s'hi accedeix sense superar un procés selectiu subjecte als principis d'igualtat, mèrit i capacitat. Recordem que si s'integressin plenament en l'ocupació pública, prescindint d'un procés selectiu d'accés en lliure concurrència, tampoc no es respectarien les condicions establertes per a la subrogació, atès que el règim jurídic s'altera o canvia substancialment com a conseqüència de l'aplicació de la normativa de dret públic a les relacions laborals de les administracions i del sector públic.

Un cop produïda la subrogació, amb congelació de les condicions de treball anteriors, és clar que no se li poden reconèixer directament els drets propis dels empleats públics que han accedit amb la prèvia superació de processos selectius de lliure concurrència. En aquesta situació transitòria el paper de la negociació col·lectiva esdevé cabdal atenent al fet que poden intervenir abans que finalitzi la vigència del conveni col·lectiu aplicable a la unitat objecte de transmissió o abans que entri en vigor un nou conveni col·lectiu. Aquest és el moment d'ajustar al màxim l'encaix d'aquest personal subrogat en la nova organització, homogeneïtzant-ne les condicions retributives i de treball. És cert que el principal problema que es plantejarà serà el de la mobilitat i la promoció professional, però està en mans de la negociació la possibilitat d'implementar fórmules per incorporar algun tipus de mobilitat i facilitar vies per adquirir la condició d'empleat públic amb respecte als principis d'igualtat, mèrit i capacitat.

En definitiva, mentre no hi hagi una determinació legislativa que resolgui la qüestió, al meu entendre, la solució menys problemàtica és incorporar el personal subrogat procedent d'empreses privades a les administracions públiques o al seu sector públic en condició de personal a extingir.



## **Isidre Estivill i Galdón**

Subdirector general d'Ordenació Jurídica i d'Inspecció General de Serveis de Personal de la  
Direcció General de Funció Pública