

Expte.

DI-1309/2010-4

**Sr. Director Gerente
SODEMASA
Avda. Cesaraugusto, 14, 7º
50004 Zaragoza
Zaragoza**

Zaragoza, a 30 de noviembre de 2010

I.- Antecedentes

Primero.- Con fecha 9 de agosto de 2010 tuvo entrada en nuestra Institución un escrito de queja que quedó registrado con el número de referencia arriba expresado.

En dicho escrito se indicaba, literalmente, lo siguiente:

“ ...

ALEGACIONES:

PRIMERA.- La empresa pública SODEMASA fue creada por Decreto 237/2003, de 2 de septiembre, del Gobierno de Aragón, y se encuentra adscrita al Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón (art. 1.4, Decreto 237/2003)...

...que distintas personas que figuran como responsables de Áreas, Departamentos, etc., no han tenido el necesario y obligado proceso de selección y, en consecuencia, se han vulnerado los

principios de publicidad y concurrencia que preceptúa la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tanto en puestos de nueva creación como en los preexistentes.

En general, se trata de "nombramientos" o "ascensos", de entre una pequeña pero cualitativa parte del personal que está contratado en la empresa, que pasan a ocupar o desempeñar otros puestos de trabajo para los que inicialmente no fueron contratados, al crearse o quedar vacante un puesto de trabajo o "plaza" dentro de la empresa.

Se entiende que para dar cumplimiento a la normativa a la que están sujetas las empresas públicas, para cubrir cualquier plaza, ya existente o de nueva creación, se debería realizar una convocatoria pública y debería poder concurrir cualquier persona que tuviera interés en la misma, máxime cuando el II convenio colectivo actualmente en vigor (tampoco el anterior) no regula ningún tipo de promoción interna.

Al no estar regulada ningún tipo de promoción interna, se considera que el cambio de puesto de trabajo de un trabajador de base a ocupar un puesto de subdirector en la empresa, que además era de nueva creación, supone un cambio cualitativo en sus funciones iniciales para las que fue contratado y seleccionado (nuevas funciones, nuevas competencias, etc.) por lo que se hace necesario abrir un proceso de selección, al que debería poder acceder cualquier persona interesada, para dar cumplimiento a la necesaria observancia de los principios de concurrencia, transparencia y publicidad a los que SODEMASA está sujeta, tal y como publicita en su propia página web y la normativa de aplicación.

Como quiera que la promoción interna no está regulada en el convenio colectivo, toda convocatoria para ocupar una nueva plaza o para ocupar una ya preexistente que quede vacante, ya sea en este caso o en cualquier otro similar, y ya sea de "responsable" o de trabajador de base, ha de estar perfectamente descrita y a ella ha de tener acceso cualquier persona con interés en la misma, sea trabajador en activo o no de SODEMASA.

En definitiva, se entiende que no se pueden realizar "ascensos" de entre los trabajadores de SODEMASA, o "nombramientos" de responsables o desempeñar plazas de nueva creación, sin un previo proceso de Selección en que está ausente por completo la necesaria y obligada transparencia, entre otras razones porque se están conculcando los principios de publicidad y concurrencia a los que está sujeta SODEMASA, de conformidad con la legislación vigente.

En ningún caso, los representantes de los trabajadores han tenido conocimiento ni han estado presentes en proceso alguno de Selección de cualquiera de las personas que figuran como responsables de la empresa, ni de la fecha de "su nombramiento", ni de la descripción de la plaza, ni del perfil que debiera tener, ni de las competencias o aptitudes necesarias para desempeñar el puesto de responsabilidad de que se trate, ni de la retribución a percibir, etc.

... los representantes de los trabajadores, si han dudado de la correcta selección de personal que ha hecho la empresa para algún puesto concreto del "operativo", han tenido que solicitar, a posteriori, la

revisión del expediente, y se le ha dado vista, pero, a pesar de su oposición en ocasiones, por detectar y exponer irregularidades en la selección realizada, no ha habido ninguna posibilidad de enmienda de la decisión tomada. Dados estos hechos, la única vía que le ha quedado al trabajador es recurrir al SAMA y los tribunales.

En definitiva, "indefensión" y "arbitrariedad", términos prohibidos en nuestra Constitución y que gozan de una especial protección.

SEXTO.- El procedimiento habitual que realiza la empresa cuando convoca en forma una nueva plaza, fuera de lo que es el personal perteneciente a los "retenes" de incendios, que realizan pruebas específicas, es el de publicitar en algún periódico local la plaza a ocupar y, a continuación, encarga unas pruebas de selección a una empresa externa y posteriormente realiza una entrevista a los candidatos en la sede de la empresa.

Como decimos, todo este proceso, se hace al margen de los representantes de los trabajadores, y se desconocen los motivos o razones por los que la empresa, finalmente, se decide por alguno de los candidatos.

SEPTIMO.- En definitiva, se entiende que la dirección de SODEMASA ha vulnerado y está vulnerando (entre otros citados) la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en consecuencia, para su correcto cumplimiento, la dirección de la empresa debería:

- Anular todos los nombramientos realizados o contrataciones, desde la fecha de la creación de SODEMASA hasta la fecha, de aquellas plazas o puestos de trabajo de "responsables" o personal de plantilla en las que no se haya convocado el preceptivo y necesario proceso de selección para el puesto que actualmente ocupa, debiendo ser de pública concurrencia y acceso para cualquier persona interesada en las mismas.

- Cesar de forma inmediata cualquier tipo de actuación que implique en los términos expresados indefensión o arbitrariedad de cualquier tipo en los procesos de selección y que se anulen aquellos en que haya habido perjudicados.

- En aras a la necesaria transparencia en las contrataciones, y salvo mejor criterio, entendemos que sería necesario establecer sistemas de control independientes, como podría ser la presencia de los representantes de los trabajadores, desde la convocatoria hasta la contratación, en todos y cada uno los procesos de selección de trabajadores en SODEMASA.

- Comunicar a los representantes de los trabajadores, previo a la formalización del contrato, de todos y cada uno de los procesos de selección de personal.

- Comunicar a los representantes de los trabajadores, con carácter previo, cualquier cambio en el organigrama de la empresa para evitar ascensos de entre los trabajadores de la empresa o

nombramientos de responsables sin el necesario proceso de selección, y velando siempre por el cumplimiento y observancia de los principios de concurrencia, transparencia y publicidad.

- Comunicar a los representantes de los trabajadores, la descripción detallada de las funciones de todos y cada uno de los responsables, incluida la retribución a la que está vinculado dicho puesto.”

Segundo.- Examinado el escrito de queja se resolvió admitirlo a trámite y dirigirse al Departamento de Medio Ambiente de la Diputación General de Aragón con la finalidad de recabar la información precisa sobre las cuestiones planteadas en el mismo.

Tercero.- Con fecha 16 de noviembre de 2010 se recibió contestación de la Administración a la que se adjuntaba informe del Director Gerente de Sodemasa en el que, literalmente, se indicaba lo siguiente:

“Se interpone una queja por vulneración, entre otras, de la DA 6ª de la Ley de contratos del Estado 2/2000.

Antes de entrar en el fondo del asunto, debemos decir que la disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a excepción del Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive.

Por tanto, la Disposición Adicional sexta a la que la queja hace referencia, no está en vigor. Está derogada.

Pero en todo caso, si con la mejor fe, sustituimos la referencia a la Ley derogada, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, que sería la reglamentación en vigor sobre Contratos del sector público, esta Ley establece con total claridad, en su art. 4.1.a), que están excluidos del ámbito de esa Ley los contratos regulados en la legislación laboral.

A mayor abundamiento, en el art. 5 de la ley 30/2007, sobre Contratos del Sector Público, se delimitan los tipos contractuales a que hace referencia la Ley:

a. Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección.

b. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación.

La referencia que parece que la queja quiere utilizar, aparece de nuevo en la Ley 30/2007, en su art. 175, que establece que en la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:

a) *La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.*

Pero igualmente carece de sentido esta referencia a la ley de contratos del Sector Público, ya que estaríamos confundiendo el régimen de personal con el régimen de contratación. Nuestros procesos selectivos y contratación laboral pertenecen al régimen de personal, no al de contratación.

El Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, regula en su título VI Los Organismos Públicos y las Empresas de la Comunidad Autónoma, estableciendo que las empresas de la Comunidad Autónoma se regirán por el Derecho privado, sin perjuicio de las reglas específicas que figuran en esta Ley y en la legislación de Hacienda y Patrimonio de la Comunidad Autónoma o de las que puedan establecerse en su norma de creación.

Artículo 87. Régimen de personal.

1. El personal de las empresas de la Comunidad Autónoma se regirá por el Derecho laboral.

2. El nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Artículo 91. Régimen de contratación.

La contratación de las empresas públicas se regirá por el Derecho Privado, aunque deberá respetar los principios recogidos en la legislación básica sobre contratos de las administraciones públicas.

El régimen de personal establece que el personal de las empresas de la Comunidad Autónoma se regirá por el Derecho laboral. Derecho laboral, no administrativo. Derecho Privado, no derecho público.

Centrándonos ya en el régimen de personal, efectivamente, establece la ley de la Comunidad Autónoma que el nombramiento de personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Hablamos de nombramiento, es decir, de acceso a la empresa, tras la superación de un proceso selectivo.

Todas las personas que integran la plantilla de SODEMASA, antes de acceder a trabajar en la empresa han participado en un proceso de selección que cumple con todas las garantías que la Ley establece para nombramiento de personal en una empresa pública.

SODEMASA no está dentro del ámbito de aplicación del Estatuto Básico de la Función Pública.

Nuestros procesos selectivos de personal no directivo, en perfiles técnicos y administrativos se ajustan al siguiente procedimiento:

1.- *preparación de perfil del candidato (formación, experiencia...)*

2.- *con carácter previo al inicio de cualquier procedimiento de selección de personal, la preceptiva autorización de la Corporación Empresarial Pública de Aragón (art. 31. de la Ley 12/2009, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010).*

3.- *convocatoria pública mediante publicación de anuncio en prensa en función del perfil confeccionado.*

3.- *preselección de candidatos por parte de una consultora externa*

4.- *selección por puntuación por baremo en función del perfil del candidato que se repasa en una entrevista.*

5.- *Contratación ajustada a Derecho Laboral*

Nuestros procesos selectivos de personal no directivo, en perfiles de peonaje, se ajustan al siguiente procedimiento:

1.- *con carácter previo al inicio de cualquier procedimiento de selección de personal, la preceptiva autorización de la Corporación Empresarial Pública de Aragón (art. 31. de la Ley 12/2009, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010).*

2.- *convocatoria pública en periódico y en la página Web*

3.- *Envío de solicitudes y acreditación de méritos al área de RR.HH. de SODEMASA*

3.- selección por baremo en función de los méritos aportados por el candidato. Las puntuaciones de los méritos aparecen publicadas en el Convenio Colectivo de empresa.

4.- Contratación ajustada a Derecho Laboral

Los matices surgen con la palabra NOMBRAMIENTOS. Es un término que se utiliza en la Administración Pública, en el Estatuto Básico del Funcionario Público, art. 62 se establece que para adquirir la condición de funcionario de carrera en la administración, hacen falta los siguientes requisitos:

a. Superación del proceso selectivo.

b. Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente.

c. Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del Estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico.

d. Toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

A efectos de lo dispuesto en el apartado b anterior, no podrán ser funcionarios y quedarán sin efecto las actuaciones relativas a quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria.

Estamos hablando en todo momento de adquirir la condición de funcionario, es decir, de acceso a la función pública.

El problema y la confusión surgen porque en la Administración, siempre que se cambia de categoría, o se hace una promoción

interna,.... Se produce un "nombramiento". Es un reconocimiento del cambio. No aparece en el Estatuto Básico, pero es como se hace, y en la Ley de la Comunidad Autónoma. Sería más apropiado utilizar en estos casos el término designación.

El principio de transparencia que se alega en la queja, es un principio rector de acceso al empleo público al que no está obligado legalmente SODEMASA. Significa que es pública la composición de los tribunales, los admitidos y los excluidos del proceso, los participantes por el cupo de reserva de personas con discapacidad o por procesos de promoción interna, o el sorteo por el que se determina el orden de actuación de los aspirantes.

Igualmente son públicas las calificaciones, las plantillas correctoras de pruebas tipo test o la calificación de las pruebas que son corregidas en presencia del tribunal.

SODEMASA no está obligado por ningún sistema de promoción interna ni por Convenio Colectivo, ni en el Estatuto de los Trabajadores, ni en la Ley de la Comunidad Autónoma.

No existe ninguna normativa de empresas públicas en la que SE ENTIENDA que para cubrir una plaza existente en la empresa o de nueva creación, se deba realizar una nueva convocatoria pública.

En lo que sí estamos de acuerdo con la argumentación de la queja, es que nuestro convenio colectivo no regula nada sobre promoción interna.

Un cambio de funciones no implica nuevos procesos de selección, no si no se va a contratar a nadie que no esté trabajando en la empresa.

La queja dice que no se puede ascender o promocionar a nadie en la empresa si no se hace un proceso selectivo externo. Y esto no es lo que dice la Ley de la Comunidad Autónoma ni lo que establece nuestro convenio colectivo. Es intentar poner normas donde no existen.

Ni en la Ley de la Comunidad Autónoma, ni en el Estatuto de los Trabajadores, se establece que cuando una persona está contratada en una empresa, para ser ascendida o cambiar de funciones tenga que participar en un nuevo proceso selectivo, ni mucho menos que deban participar en el mismo los representantes de los trabajadores.

Incluso en el régimen laboral de los funcionarios, en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 60, relativo a Órganos de selección, dice que el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección y que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie.

Deja fuera de los Órganos de Selección, incluso en la

Administración Pública, a los Representantes de los trabajadores.

No obstante admite este Estatuto Básico, art. 61.7, que las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.

En un Convenio colectivo podrían establecerse formas de colaboración de los representantes de los trabajadores en los procesos selectivos o de promoción interna, pero no hay a día de hoy establecido nada en el articulado del Convenio Colectivo en este sentido, por tanto no se produce incumplimiento ni irregularidad alguna en los procesos de selección ni de promoción en SODEMASA.

En cuanto a los procesos de selección del operativo a los que el escrito hace referencia, están siempre a disposición de los representantes de los trabajadores para ser consultados y sumadas las puntuaciones, y siempre que se han consultado los procesos se ha visto que la puntuación obtenida por los candidatos estaba correctamente sumada. Nunca hemos tenido una reclamación ni ante la autoridad laboral, ni en magistratura por reclamación en la aplicación de la puntuación en 7 años de contratación, contratando anualmente como mínimo 600 trabajadores temporales.

Si ha habido reclamaciones, tienen relación con malas valoraciones por trabajos realizados en campañas anteriores, que en el caso de los trabajadores temporales, pueden suponer el no volver a trabajar en los retenes al año siguiente.

En lo que sí estamos de acuerdo, es en la comunicación a los representantes de los trabajadores, de los procesos de selección que se vayan a realizar.”

Cuarto.- El expediente de queja ha sido tramitado por el Asesor D. Víctor Solano Sainz.

II.- Consideraciones jurídicas

Primera.- Tal y como ha señalado esta Institución en anteriores pronunciamientos (Sugerencia de 18 de mayo de 2007, en expediente tramitado con número de referencia 1805/2006-4, así como Sugerencia de 25 de marzo de 2010, en expediente con referencia 798/2009-4), de la redacción del Estatuto de Autonomía acordada por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, se desprende la extensión de la potestad supervisora del Justicia de Aragón a las empresas públicas de la Diputación General de Aragón. Indica el artículo 59 del Estatuto que el Justicia de Aragón en el ejercicio de sus funciones podrá supervisar *“la actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma, constituida a estos efectos por el conjunto de órganos integrados en el Gobierno de Aragón, así como por la totalidad de los entes dotados de personalidad jurídica dependientes del mismo”*, así como *“los servicios públicos gestionados por personas físicas o jurídicas mediante concesión administrativa sometidos a control o tutela administrativa de alguna institución de la Comunidad Autónoma de Aragón”*.

Por Decreto 237/2003, de 2 de septiembre, del Gobierno de Aragón, se creó la empresa pública «Sociedad de Desarrollo Medioambiental de

Aragón, S. A.” El artículo 1 del Decreto la define como empresa pública, adscrita al Departamento de Medio Ambiente, cuyo objeto social viene constituido, entre otros aspectos, por la gestión de servicios públicos, así como por la prevención y lucha contra incendios forestales. Ello sea por encargo del Gobierno de Aragón o de otras Administraciones Públicas. Así, queda acreditada la facultad supervisora del Justicia de Aragón sobre dicha entidad.

Segunda.- El Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, prevé en su artículo 2.1 que será aplicable al personal de todas las entidades con personalidad jurídica pública, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. En el ámbito orgánico y funcional de desarrollo y gestión de servicios públicos, junto a dichas entidades públicas debe situarse al conjunto de entes con personalidad jurídica privada –asociaciones o fundaciones- que de una u otra manera están vinculadas a la Administración o ente público, y que, de hecho, se utilizan instrumentalmente para organizar la gestión de actividades típicamente administrativas, como es el caso de Sodemasa.

Ya la Comisión de Expertos encargada de la elaboración del proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público propuso que, entendiendo que el empleo en ese conjunto de asociaciones y fundaciones dependientes de la Administración es materialmente empleo público, se aplicase a su personal el Estatuto Básico, en los mismos términos en que se aplica al personal con contrato laboral de las Administraciones Públicas. El Estatuto Básico se limita a prever, en su Disposición Adicional primera, que los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica. Con ello se significa que deben aplicarse a este

personal los deberes que conforman el denominado código de conducta de los empleados públicos, los principios rectores del acceso al empleo público y de la selección contenidos en el artículo 55 y la reserva de vacantes para personas con discapacidad. En concreto, el artículo 55 indica lo siguiente: “1. *Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico*”.

Tercera.- En esta línea, el artículo 83 de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, define las empresas de la Comunidad Autónoma de Aragón como “...*las sociedades mercantiles en cuyo capital social tenga participación mayoritaria, directa o indirectamente, la Administración de la Comunidad Autónoma, por sí o a través de sus organismos públicos*”.

Las empresas de la Comunidad Autónoma, tal y como prevé el artículo 85 del mismo texto, se rigen por el derecho privado, sin perjuicio de las reglas específicas que figuran en la propia Ley de Administración, así como en la legislación de Hacienda y Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón o de las que puedan establecerse en la propia norma de creación.

En lo que se refiere a su personal, señala el artículo 87 de la misma norma que se regirá por el derecho laboral; si bien, el nombramiento de personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Cuarta.- Los propios Estatutos de la empresa en su artículo 2 recogen el régimen jurídico al que debe sujetarse, indicando que se regirá por sus Estatutos sociales, por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y por lo dispuesto en el Capítulo IV del Título VI del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y demás normativa de aplicación.

De lo expuesto, podemos concluir que todos los procedimientos de selección de personal no directivo empleados por Sodemasa deben realizarse atendiendo al respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y deben ir precedidos de convocatoria que garantice el respeto al principio de publicidad.

Quinta- El régimen jurídico de las empresas públicas no está exento de particularidades. Debemos partir, necesariamente, de la confluencia de normas de derecho privado y de derecho público, lógicas en tanto no puede obviarse ni su titularidad pública ni su utilización para el desarrollo y gestión de un servicio público. Esta dualidad jurídica parece manifestarse de manera especial en lo que se refiere al régimen aplicable a su personal. Tal y como ha indicado el Tribunal Supremo (en sentencias de la Sala de lo Social de 19 de noviembre de 2001, RJ 2002\354, y de 29 de septiembre de 2006, RJ 2006/6534), en la selección de personal que desarrolla una sociedad pública debemos distinguir dos etapas a las que resultan aplicables dos regímenes jurídicos: el proceso de formación de voluntad del organismo público en actuación previa al vínculo laboral, en la que predomina el carácter de poder público, por lo que la regulación por el derecho administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa; y el posterior ejercicio

laboral, que debe ajustarse a la normativa específica del Derecho del Trabajo. Señala el tribunal que *“como dice nuestra sentencia de 17 de julio de 1996, en estos supuestos la regulación administrativa «es siempre prevalente, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los términos fijados en la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección»”*.

En esa etapa previa a la contratación, la selección del personal, la fórmula legal empleada otorga a las empresas públicas una considerable libertad para definir los procesos de selección de su personal. No obstante, el carácter público impone, en los términos expuestos, la necesidad de adecuarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Con ello queremos significar que presupuesto imprescindible para la contratación es la adecuada publicidad, lo que implica la necesidad de que se haga público tanto el puesto ofertado como la apertura del proceso selectivo. Esa publicidad asegura, a su vez, que la selección se adecua a los principios de igualdad, mérito y capacidad; es decir, que no se obstaculiza la posibilidad de tomar parte en el proceso y que el desarrollo del mismo garantiza que los seleccionados reúnen los méritos y la capacidad óptimos para acceder a la plaza.

Sexta.- Indicaba el ciudadano en su escrito de queja, en referencia al modelo laboral aplicado en Sodemasa, que *“distintas personas que figuran como responsables de Áreas, Departamentos, etc., no han tenido el necesario y obligado proceso de selección y, en consecuencia, se han vulnerado los principios de publicidad y concurrencia ...”*

En general, se trata de "nombramientos" o "ascensos", de entre una

pequeña pero cualitativa parte del personal que está contratado en la empresa, que pasan a ocupar o desempeñar otros puestos de trabajo para los que inicialmente no fueron contratados, al crearse o quedar vacante un puesto de trabajo o "plaza" dentro de la empresa.

Se entiende que para dar cumplimiento a la normativa a la que están sujetas las empresas públicas, para cubrir cualquier plaza, ya existente o de nueva creación, se debería realizar una convocatoria pública y debería poder concurrir cualquier persona que tuviera interés en la misma, máxime cuando el II convenio colectivo actualmente en vigor (tampoco el anterior) no regula ningún tipo de promoción interna.

Al no estar regulada ningún tipo de promoción interna en el convenio colectivo en vigor, se considera que el cambio de puesto de trabajo de un trabajador de base a ocupar un puesto de subdirector en la empresa, que además era de nueva creación, supone un cambio cualitativo en sus funciones iniciales para las que fue contratado y seleccionado (nuevas funciones, nuevas competencias, etc.) por lo que se hace necesario abrir un proceso de selección, al que debería poder acceder cualquier persona interesada, para dar cumplimiento a la necesaria observancia los principios de concurrencia, transparencia y publicidad a los que SODEMASA está sujeta, tal y como publicita en su propia página web y la normativa de aplicación.”

La citada empresa, en su informe remitido, establece determinados postulados a los que debemos hacer, necesariamente, referencia. En primer lugar, indica expresamente que “SODEMASA no está dentro del ámbito de aplicación del Estatuto Básico de la Función Pública”. Tal y como hemos señalado en el párrafo primero de la consideración segunda de esta

Resolución, el Estatuto Básico del Empleado Público establece expresamente la necesidad de que los procesos de selección de personal de dichas entidades se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

A continuación, señala la Administración que *“el principio de transparencia que se alega en la queja, es un principio rector de acceso al empleo público al que no está obligado legalmente SODEMASA. Significa que es pública la composición de los tribunales, los admitidos y los excluidos del proceso, los participantes por el cupo de reserva de personas con discapacidad o por procesos de promoción interna, o el sorteo por el que se determina el orden de actuación de los aspirantes.”* De nuevo debemos discrepar. El principio de transparencia en los procesos selectivos de personal no directivo de cualquier empresa pública viene impuesto por la normativa expuesta. Aún más, la dualidad referida de dichas entidades impone un especial respeto y escrúpulo en la garantía de la transparencia de los procesos selectivos desarrollados, excluyendo cualquier tipo de sospecha en los mismos.

El propio artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, aplicable, tal y como hemos señalado, a los procesos de selección de empresas públicas, incluye entre los principios que deben regir dichos procesos el de transparencia. Tal principio reclama, tal y como señala la doctrina (Miguel Sánchez Morón, *“Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 78 y ss y 398 y ss), que *“los criterios que se utilicen para la selección, incluso si no están pautados o baremados previamente, sean claros y conocidos. Exige también que sea diáfano el proceso de designación de los miembros del órgano de selección. Impone que todos puedan conocer los actos de trámite del procedimiento que les afecten directa o indirectamente. Requiere, en fin, que*

las decisiones sean suficientemente motivadas". La transparencia en el funcionamiento de entidades vinculadas a la Administración es un principio que debe integrar necesariamente su código de conducta, constituyéndose en manifestación irrenunciable de una gestión eficaz, ética y respetuosa con la legalidad. En este sentido, entendemos que cualquier medida adoptada por una empresa pública para impulsar la transparencia en su funcionamiento contribuye al cumplimiento de su objetivo: la mejor satisfacción del interés público y general.

Por último, indica la Administración que *"todas las personas que integran la plantilla de SODEMASA, antes de acceder a trabajar en la empresa han participado en un proceso de selección que cumple con todas las garantías que la Ley establece para nombramiento de personal en una empresa pública"*. A continuación, la Administración describe los procedimientos de selección de personal desarrollados por la empresa, y señala que *"el problema y la confusión surgen porque en la Administración, siempre que se cambia de categoría, o se hace una promoción interna,.... Se produce un "nombramiento". Es un reconocimiento del cambio. No aparece en el Estatuto Básico, pero es como se hace, y en la Ley de la Comunidad Autónoma. Sería más apropiado utilizar en estos casos el término designación"*. Concluye el informe remitido indicando que *"no existe ninguna normativa de empresas públicas en la que se entienda que para cubrir una plaza existente en la empresa o de nueva creación, se deba realizar una nueva convocatoria pública."* Entiende el emisor del informe que *"un cambio de funciones no implica nuevos procesos de selección, no si no se va a contratar a nadie que no esté trabajando en la empresa."*

Séptima.- Conviene analizar si, tal y como señala la empresa, un cambio de funciones de un puesto de trabajo no implica necesariamente una nueva convocatoria pública si no se va a contratar a nadie que no esté trabajando

en la empresa. A juicio de esta Institución, si el cambio de funciones es de tal entidad que cabe interpretar que nos encontramos ante un nuevo puesto de trabajo, -es decir si la naturaleza de las nuevas funciones atribuidas así como las nuevas condiciones laborales y retributivas permiten concluir de buena fe que nos encontramos ante un nuevo puesto-, será preceptivo un debido proceso selectivo para dar cumplimiento y garantía a los principios de igualdad, mérito y capacidad. De lo contrario, podría interpretarse que se pretende falsear la voluntad legislativa, en los términos señalados.

Debemos entender, necesariamente, que si “el cambio de funciones” implica el encuadramiento del trabajador en un nuevo rango y/o categoría profesional, la atribución de cometidos de superior responsabilidad y una retribución superior nos encontramos ante un proceso de provisión de una plaza nueva y diferente. En este sentido, consta a esta Institución que con fecha 25 de mayo de 2009 Sodemasa dio publicidad a un organigrama de la empresa en el que figuraban una serie de puestos a los que se asignaban tareas de responsabilidad (en diferentes áreas) que no constaban en el organigrama anteriormente publicitado. No consta, en cambio, la publicidad acordada a los procesos desarrollados para la cobertura de dichos puestos. Debemos entender, en base a la información facilitada, que dichos puestos se proveyeron por personal ya contratado mediante la modificación de las características de sus plazas.

El Estatuto de los Trabajadores, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, regula la movilidad funcional de los trabajadores en su artículo 39 indicando lo siguiente:

“1. La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la

pertenencia al grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes.

2. La movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o categorías equivalentes sólo será posible si existiesen razones técnicas u organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención. En el caso de encomienda de funciones inferiores ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores.

3. La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.”

Tal y como indica el informe remitido por la Administración, el Convenio Colectivo de Sodemasa, suscrito el 27 de julio de 2007 y publicado por Resolución de 21 de agosto de 2007, de la Dirección General de Trabajo, no regula la promoción interna del personal afectado por el mismo. La movilidad funcional del personal de Sodemasa deberá acogerse, por consiguiente, a lo dispuesto por el artículo citado del Estatuto de los

Trabajadores. No obstante, de nuevo debemos insistir en que si el cambio de funciones del puesto del trabajador supone, a la vista de las nuevas tareas encomendadas, el cambio de categoría y las nuevas condiciones laborales y retributivas, la provisión de un nuevo puesto de trabajo, dicha provisión deberá respetar los principios que rigen la selección de personal no directivo de las empresas públicas.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 13 de noviembre de 2007 (RJ 2008/702) señaló en referencia a procesos de consolidación de empleo y promoción de personal al servicio de la empresa pública de la Radio Televisión de Andalucía, lo siguiente:

“Sostiene la recurrente que con el concurso impugnado se han violado los principios de igualdad, mérito y capacidad que, según los preceptos citados regulan el acceso a la función pública y al empleo público. El recurso debe prosperar porque, al excluir de la posibilidad de participar en la convocatoria de doscientas treinta y dos plazas de trabajadores fijos a quienes no estaban en ese momento al servicio de la empresa pública convocante o llevaban menos de seis meses contratados temporalmente por ella se han violado los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben regir, necesariamente, en el acceso a la función pública, según los artículos 14, 23-2 y 103-3 de la Constitución. También se ha infringido lo dispuesto en los artículos 53-2 y 55-2-b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, que obliga a las entidades públicas empresariales a seleccionar al personal laboral a su servicio, mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad, principios a los que deben acomodarse la empresa pública demandada y sus entidades filiales... preceptos de los que se deriva que el acceso a un puesto de trabajo fijo debe tener lugar mediante concurso abierto y público... lo cierto es que doscientos diecinueve trabajadores temporales adquirieron la condición de fijos mediante un concurso del que

fueron totalmente excluidos quienes tenían un contrato temporal de menos de seis meses de duración, quienes nunca habían trabajado para las demandadas y quienes, aunque hubiesen trabajado para ellas anteriormente, no prestasen sus servicios al tiempo de la convocatoria. Con ello, ese colectivo fue discriminado sin justa causa y se dio un trato de favor a quienes tenían un contrato temporal en vigor con más de seis meses de duración... Por otro lado, debe tenerse presente que, conforme a los artículos 85-1 y 3, números 1 y 3, del Estatuto de los Trabajadores y 1.271 y 1.300 del Código Civil, entre otros, son nulos los pactos sobre objeto prohibido por la leyes y aquellos que se celebran con el fin de eludir su aplicación. En el presente caso, como se trataba de eludir las normas legales que regulan el acceso al empleo público con base en los principios de igualdad, mérito y capacidad, es claro que la convocatoria es nula, al igual que la norma convencional que le da cobertura... La conversión de empleo temporal en fijo se podía conseguir sin violar los preceptos constitucionales y legales citados, mediante una convocatoria pública, libre y abierta para cubrir con trabajadores fijos esos puestos de trabajo, aunque en esas pruebas se puntuase la mayor o menor antigüedad en la prestación de servicios a las demandadas. Al darse preferencia únicamente al hecho de estar ya al servicio de las demandadas, se violaron los principios de igualdad, mérito y capacidad antes citados, lo que justifica la anulación de una convocatoria que, so pretexto de la promoción interna, buscaba eludir la aplicación de los mismos.”

Así, el Tribunal Supremo parece ser claro al exigir, en procesos de selección de personal de entidades públicas para la cobertura de puestos fijos, la convocatoria pública, libre y abierta, evitando de esa forma que se puedan ver excluidos quienes, como en el caso analizado en la sentencia, no trabajen en la empresa. En el supuesto analizado en esta Resolución, el criterio jurisprudencial resulta igualmente aplicable: en la medida en que el

cambio de las funciones de un puesto, defendido por la empresa, en puridad implica la provisión de una plaza nueva y diferente, se está prescindiendo de la convocatoria pública, libre y abierta que exige el Tribunal Supremo, impidiéndose así la participación de otros interesados con igual derecho.

Octava.- En conclusión, partiendo de la señalada dualidad en el régimen de personal de las empresas públicas, la razón de ser de los mecanismos de publicidad es permitir que se seleccione para cada plaza al aspirante que ha demostrado mejor mérito y capacidad, garantizándose la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a las plazas. Parece claro que la modificación sustancial de las características de una plaza puede implicar una vulneración de tal criterio, al pasar a desempeñar un puesto aspirantes seleccionados para otro, con lo que se desvirtúan los principios que deben regir la selección. Tales principios implican, necesariamente, que no procede un cambio de funciones de un puesto de trabajo cuando el mismo supone una modificación sustancial del puesto. Necesariamente debe arbitrase nuevo proceso de selección, en el que se oferte la nueva plaza, con sus características y condiciones específicas, y se facilite la participación de todos los interesados que reúnan el perfil adecuado.

Novena.- Por último, indicaba el ciudadano en su escrito de queja que *“en ningún caso, los representantes de los trabajadores han tenido conocimiento ni han estado presentes en proceso alguno de Selección de cualquiera de las personas que figuran como responsables de la empresa, ni de la fecha de su nombramiento, ni de la descripción de la plaza, ni del perfil que debiera tener, ni de las competencias o aptitudes necesarias para desempeñar el puesto de responsabilidad de que se trate, ni de la retribución a percibir, etc.*

... los representantes de los trabajadores, si han dudado de la correcta selección de personal que ha hecho la empresa para algún puesto

concreto del operativo, han tenido que solicitar, a posteriori, la revisión del expediente, y se le ha dado vista, pero, a pesar de su oposición en ocasiones, por detectar y exponer irregularidades en la selección realizada, no ha habido ninguna posibilidad de enmienda de la decisión tomada. Dados estos hechos, la única vía que le ha quedado al trabajador es recurrir al SAMA y los tribunales.”

Al respecto, debemos señalar que el Estatuto de los Trabajadores señala en su artículo 64 que son competencias del comité de empresa las siguientes:

“1. El comité de empresa tendrá las siguientes competencias:

1º Recibir información, que le será facilitada trimestralmente, al menos, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.

2º Recibir la copia básica de los contratos a que se refiere el párrafo a) del apartado 3 del artículo 8 RCL 1995\1997 y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos, en el plazo de los diez días siguientes a que tuvieran lugar.

...

4º Emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del

empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre las siguientes cuestiones:

a) Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla.

b) Reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones.

c) Planes de formación profesional de la empresa.

d) Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

e) Estudio de tiempos, establecimiento de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo.

5º Emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del «status» jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo.

6º Conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa, así como de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral.

...

9º Ejercer una labor:

a) De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o Tribunales competentes.

...

11. Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el

establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos.

12. Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este número 1 en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.”

El ejercicio de las competencias reconocidas por la normativa aplicable a los representantes de los trabajadores, amén de venir impuestas por ley, permiten establecer un mecanismo adicional de control que garantiza el respeto a los principios que deben regir la selección de personal por parte de la empresa pública, contribuyendo así a evitar vulneraciones a la necesaria igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Por ello, entendemos que procede sugerir a las administraciones y entidades implicadas que adopten las medidas oportunas para facilitar el ejercicio de las facultades y prerrogativas de los representantes de los trabajadores en los procesos de selección y de modificación de características de los puestos. En esta línea, resultaría oportuno, tal y como plantea el ciudadano, facilitar la presencia de los representantes de los trabajadores desde la convocatoria hasta la contratación, en los procesos de selección de trabajadores en Sodemasa; así como comunicar a los representantes de los trabajadores los cambios en el organigrama de la empresa, y la descripción detallada de las funciones y características de los puestos de los diferentes responsables.

III.- Resolución

Por todo lo anteriormente expuesto, y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de

Aragón, me permito formularle la siguiente,

SUGERENCIA

Sodemasa (Sociedad de Desarrollo Medioambiental de Aragón S.A.U) debe garantizar que la selección del personal no directivo a su servicio se desarrolla respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, velando por que los cambios de funciones de los puestos de trabajo no implican provisión de nuevos puestos sin sujetarse a los principios citados.

Sodemasa debe facilitar a los representantes de los trabajadores el ejercicio de las competencias que le son legalmente atribuidas, en los términos descritos en la presente resolución.