

Expte.

DI-2283/2012-5

**SRA. ALCALDESA-PRESIDENTE DEL
AYUNTAMIENTO DE LA MUELA
C/ Mayor 34
50196 LA MUELA
ZARAGOZA**

ASUNTO: Recomendación sobre la contratación por parte del Ayuntamiento de La Muela de 17 personas procedentes de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L. (en concurso y liquidación).

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 26 de diciembre de 2012 tuvo entrada en esta Institución escrito de queja que quedó registrado con el número de referencia arriba indicado.

En el se hacía alusión a los siguientes hechos:

Al parecer, el Ayuntamiento de La Muela, durante el año 2012, llevó a cabo la contratación e integración como parte de su plantilla de 17 personas procedentes de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de la Muela, S.L. (en concurso y liquidación).

El presentador de la queja manifiesta su disconformidad con la forma en la que se ha procedido por parte del Ayuntamiento de La Muela a la contratación de estos trabajadores -los que no se vieron afectados por el expediente de extinción de contratos en su día llevado a cabo en la misma-. Considera que la fórmula empleada para dicha incorporación no es acorde con las contenidas en el Estatuto Básico del Empleado Público para ser personal del Ayuntamiento así como tampoco con los límites de contratación establecidos en el Real Decreto-ley 20/2011.

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión, efectuando la oportuna asignación del expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 10 de enero de 2013 un escrito al Ayuntamiento de La Muela recabando información acerca de la cuestión planteada.

TERCERO.- La respuesta del Ayuntamiento se recibió el 11 de febrero de 2013, consistiendo ésta en la aportación expedientes administrativos, informes y resoluciones de Alcaldía sobre el particular.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- La Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L. es una sociedad mercantil participada íntegramente por el Ayuntamiento de La Muela. Se constituyó en fecha 23/12/2002. Actualmente se halla en situación de concurso, en fase de liquidación.

Esta mercantil tenía por objeto la realización y gestión de las actividades y servicios prestados al ciudadano en el ámbito cultural, bibliotecas, museos, ludoteca y radio, así como de eventos e infraestructuras deportivas.

En fecha 26 de septiembre de 2011, se dictó por la Dirección Provincial de Trabajo resolución aprobatoria del expediente de extinción de contratos de la sociedad indicada, que afectó a 41 trabajadores. En fecha 16 de noviembre del mismo año, ex art. 50 ET, se extinguió la relación laboral de otro empleado más.

Los trabajadores restantes que mantuvieron su puesto de trabajo con la finalidad de atender las instalaciones del Ayuntamiento de La Muela cuya gestión y uso se llevaba a cabo por la sociedad concursada, hasta la paralización de la actividad, se distribuían de la siguiente manera:

Biblioteca	2 trabajadores
Centro Deportivo	9 trabajadores
Aviapark	3 trabajadores
Museos	3 trabajadores
Administración de la sociedad	2 trabajadores

Desde la Alcaldía del Ayuntamiento de La Muela se mostró interés en dar continuidad laboral a estos trabajadores a la vista de la futura desaparición total de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L. La solución que se dio se concretó en el dictado de los siguientes Decretos:

A) Decreto de Alcaldía nº 246 Ig/S 2012, de 30 de marzo de 2012, por el que se acordó:

- 1) la asunción directa por parte del Ayuntamiento de La Muela desde el día 1 de abril de 2012 de la gestión de los servicios municipales de Biblioteca y Museos y,
- 2) la asunción del mantenimiento, desde el día 1 de abril de 2012, de los espacios municipales destinados a parque zoológico y centro deportivo.

B) Decreto de Alcaldía nº 247 Ig/S 2012, de la misma fecha que el anterior, por el que se acordó:

1) reconocer el derecho de los trabajadores que en el mismo se relacionaban a su puesto de trabajo en el Aviapark, Biblioteca, Museos, Escuela de Música y Ludoteca con la condición de personal laboral indefinido del Ayuntamiento de La Muela desde el 1 de abril de 2012, hasta la cobertura legal de las plazas (9 trabajadores).

2) reconocer el derecho de los trabajadores que en el mismo se relacionaban a su puesto de trabajo en el Centro Deportivo, con la condición de

personal laboral indefinido del Ayuntamiento de La Muela, desde el 1 de abril de 2012, hasta la determinación definitiva del destino de dichos servicios (7 trabajadores).

Paralelamente, desde el Ayuntamiento de La Muela se tramitó la aprobación de su Presupuesto General para el año 2012, procediéndose a la publicación de su aprobación definitiva en el BOP Zaragoza de fecha 15 de junio de 2012. Como anexo del Presupuesto se incluye la plantilla de personal del Ayuntamiento prevista para el año 2012, en cuyo apartado B), sobre personal laboral, puede observarse la creación de las siguientes plazas:

- 1 de auxiliar administrativo
- 2 de azafata
- 1 de encargado de museos
- 1 de auxiliar de biblioteca
- 1 de monitora
- 1 de operario aviario plantas
- 1 de operario aviario animales
- 4 de recepcionista
- 1 de ingeniero
- 1 de encargado de actividades deportivas
- 1 de técnico de mantenimiento

Estas plazas de nueva creación serían ocupadas por los trabajadores relacionados en el Decreto de Alcaldía nº 247 Ig/S 2012, procedentes de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L.

Debe hacerse constar que el Grupo Municipal CHA formuló alegación al Presupuesto General en su fase provisional al considerar, como resultaba de informes emitidos desde Secretaría del Ayuntamiento de La Muela, que la creación de estas plazas no se acomodaba a la legislación de aplicación, en particular al Real Decreto-ley 20/2011. Sin embargo, a pesar de constar como aprobada dicha alegación, el Presupuesto se aprobó de manera definitiva con dichas plazas nuevas en el apartado de plantilla de personal del Ayuntamiento.

SEGUNDA.- Tras la exposición de hechos realizada en la Consideración Jurídica anterior, entramos a examinar los dos problemas planteados por el presentador de la queja.

Así, se cuestiona en primer lugar la asunción directa por parte del Ayuntamiento de La Muela de varios trabajadores procedentes de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L.

Esta decisión de la Alcaldía se produce, al parecer, ante la delicada situación económica en la que se encuentra la sociedad municipal mencionada -en concurso y liquidación-; situación crítica que la había llevado ya a realizar un expediente de regulación de empleo de carácter extintivo que afectó al grueso de trabajadores de la empresa y en la que, al preverse su liquidación definitiva, se observó también la posibilidad de buscar una solución laboral para los trabajadores que se mantenían en la misma.

Ante esta situación, y con base en los informes emitidos por los asesores jurídicos externos del Consistorio, la decisión de la Alcaldía de incorporar en la plantilla de personal de 2012 a los empleados de la sociedad municipal que no habían quedado afectados por el expediente de regulación de empleo tenía su fundamento en la aplicación del instituto de la sucesión de empresas recogida en el art. 44 ET -que es trasposición de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre 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-.

En este sentido, la aplicación del art. 44 ET a administraciones públicas se ha reconocido expresamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), en su sentencia de 20 de enero de 2011, (decisión prejudicial planteada por un tribunal español). Por lo que no habría nada que objetar a su posible aplicación por parte del Ayuntamiento de La Muela en el caso que nos ocupa.

Ahora bien, en estos supuestos en los que la entidad receptora de los trabajadores tiene la condición de “administración pública”, el acceso de estos nuevos empleados como personal laboral a esta -aquí, al Ayuntamiento de La Muela- ha de hacerse de manera que se garanticen los principios de mérito y de capacidad y mediante alguno de los sistemas selectivos de personal que se establecen en el art. 61.7 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBE)P, cuales son: oposición, concurso-oposición o concurso de valoración de méritos.

La solución apuntada en el párrafo anterior es también la considerada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para este tipo de supuestos de hecho. Así, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones recientemente y en varias sentencias con motivo de la normativa de aplicación en materia de personal derivada de la Ley 1/2011, de Reordenación del Sector Público de Andalucía. Por su carácter exegético, transcribimos la argumentación jurídica contenida en la sentencia del mencionado Tribunal, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 3ª, de fecha 29 de octubre de 2012, en la que se cuestionaba la integración directa del personal proveniente de la “Fundación Andaluza de Servicios Sociales” y la “Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social” en la denominada “Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía”:

“SÉPTIMO: (...)”

Así como recoge la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de Sevilla de este mismo Tribunal de Justicia de fecha 2 de noviembre de 2011, dictada en asunto semejante, y aplicando los criterios allí establecidos que compartimos, en efecto la tan citada Disposición Adicional Tercera quiebra dicha igualdad, porque al integrar directamente al personal procedente de las fundaciones y entidades extinguidas, en la Agencia Pública Empresarial, pasa a formar parte de ella como personal laboral de la Agencia, y por tanto entra en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2007, 768) (RCL 2007, 768) (

artículo 2. 1 - personal de las Agencias -), pero claro está sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público exigidos en la Constitución , en el Estatuto Básico, en la Ley de Reordenación (art 70) y en el propio Decreto impugnado en cuyos Estatutos se establece para su personal, un sistema de selección que respetará los principios de publicidad, mérito y capacidad. Ello supone más que una huida del derecho administrativo (como declaraba la STS 29-11-2009 , que estimó la nulidad del Decreto que aprobaba los estatutos de E.G.M.A.S.A.), un desprecio al Estado de Derecho, porque el propio Estatuto Básico, reconociendo en su Exposición de Motivos esa tendencia de las Administraciones Públicas a la contratación de personal laboral, integra en un único cuerpo legal básico las normas principales que se aplican a los empleados públicos sean funcionarios o personal laboral y esas normas principales como afirma el Ministerio Fiscal, fiel trasunto del artículo 23.2 han sido infringidas en el presente caso, porque todos los trabajadores que se integran como personal laboral de la Agencia han eludido el acceso por esos principios de igualdad, mérito y capacidad.

Igualmente siguiendo la misma sentencia anteriormente citada, nada que objetar desde luego, a la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores que obliga a la Agencia a subrogarse en derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo de este personal, pero una cosa es la subrogación empresarial de las normas laborales y otra bien distinta la integración, con las consecuencias apuntadas, que convierte a este personal automáticamente en personal laboral de la Agencia con acceso directo a la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía. Se vulnera así, por dicha Disposición Adicional, el art 23.2 de la Constitución que se refiere al acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, que forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental, y que es indisponible para el Órgano de Gobierno que aprueba el Decreto. También se vulnera el artículo 14 de la Constitución , respecto a terceros ciudadanos en general a los que no se les va a permitir el acceso privilegiado por integración, reservado en exclusiva a quienes trabajaban en el extinto Instituto en virtud de un régimen legal privado.

Partiendo de las referidas posiciones, el expuesto argumento merece ser profundizado, así de una parte el principio de subrogación en las relaciones jurídicas laborales insertas en la entidades extinguidas no resulta incompatible con la exigencia del pleno respecto a los principios de mérito y capacidad. Así lo que se Juzga improcedente es la integración de plano o en bloque de aquél personal laboral en el empleo público es decir en la condición de empleado laboral para la Administración. En este punto destaca que conforme al art 8 del Estatuto básico del empleado público el personal que presta sus servicios para la Administración se clasifica en :

Funcionarios de carrera.

Funcionarios interinos.

Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Personal eventual.

De esta forma la integración del personal laboral procedente de las entidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido al Estatuto Básico del Empleado Público, norma que tiene el carácter de Básico, de

manera que no cabe hablar de una categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art 44 del Estatuto de los trabajadores , es decir por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación. Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básico.

De conformidad con tales postulados el acceso a la condición de empleado publico sin superación de proceso selectivo alguno, directamente por razón de la subrogación pretendida no puede juzgarse conforme a derecho pues ello es una consecuencia que excede de tal subrogación prevista en el art 44 del Estatuto de los trabajadores . No resulta posible por razón de la subrogación indicada la atribución directa de la condición de empleado público. Tal solución desconoce absolutamente la existencia del derecho administrativo, su especialidad respecto del derecho privado, e implica la traslación sin mas de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo publico y por tanto al régimen de las Administraciones publicas. Así resulta posible la conciliación de ambos principios, de un lado el respeto a las relaciones laborales en que se subroga la Administración y el principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo publico de otro, de tal manera que partiendo de la subrogación expuesta se impongan pruebas de aptitud a los trabajadores que vinculados con las entidades extinguidas, pretendan el acceso al empleo publico, y acudiendo a las vías ofrecidas por la legislación laboral para la extinción en su caso de la relación laboral de aquellos empleados de tales entidades que no superen las pruebas de aptitud requeridas para el acceso al empleo publico, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Junta de Andalucía pues la Administración desde luego no puede desentenderse sin mas de tales trabajadores, pero ello tampoco puede suponer el mantenimiento de la relación laboral y su conversión en empleo publico para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata.(...)”.

Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 7ª), en su sentencia de 20 de abril de 2005, para supuestos de hecho como el que aquí se nos presenta también apunta en la misma dirección. Así, en esta sentencia se resolvió sobre el destino del personal laboral fijo de una sociedad pública para la que se había acordado su disolución -Sociedad Pública Interbask, S.A.-. Para este personal, la administración autonómica vasca había previsto su acceso a la plantilla no de manera directa, sino previo procedimiento -restringido- de selección; procedimiento que el Tribunal Supremo consideró válido y respetuoso con los principios de mérito y capacidad contenidos en el art. 23.2 de la Constitución.

De todo lo expuesto podemos concluir que:

1) el instituto jurídico de la sucesión de empresas previsto en el art. 44 ET puede ser aplicado a supuestos en los que una de las partes tiene la condición de administración pública.

2) sin perjuicio de lo anterior, y en relación con los trabajadores afectados por dicha sucesión, su posible incorporación a la administración pública como

entidad que se subroga sólo puede realizarse previo proceso de selección según lo previsto en el EBEP.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, considerando que el Ayuntamiento de La Muela lo que hizo fue integrar directamente a un grupo de trabajadores en su plantilla procedentes de una sociedad municipal sin proceso selectivo previo, no podemos sino concluir que el Decreto de Alcaldía nº 247 Ig/S 2012, de 30 de marzo, por el que se acuerda la asunción como personal laboral indefinido por parte del Ayuntamiento de La Muela de varios trabajadores procedentes de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L. carece de cobertura jurídica por contravenir la normativa de acceso a la condición de empleado público contenida en el EBEP.

TERCERA.- En segundo y último lugar, el presentador de la queja llama la atención sobre la forma en que se ha llevado a cabo la creación de los puestos de trabajo a ocupar por el personal procedente de la Sociedad Municipal en concurso.

Así, estos puestos se introducen como de “nueva creación” en el anexo correspondiente a la plantilla de personal del Ayuntamiento del Presupuesto General del año 2012, y como tales se publican en el BOP de Zaragoza de 15 de junio de 2012. Dichos puestos vendrían a ser ocupados como personal laboral indefinido por el grupo de trabajadores relacionados en el Decreto de Alcaldía nº 247 Ig/S 2012, procedentes de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L. y “asumidos” por el Ayuntamiento.

En este punto, el Ayuntamiento habría de haber tomado en consideración las previsiones establecidas en el art. 3 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

Así, dicho precepto dispone, como regla general, que a lo largo del ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal. Esta limitación alcanza también a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, así como a la contratación de personal temporal y al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

En este caso, no consta en las actuaciones expediente o acto justificativo alguno de que los nuevos puestos creados por el Consistorio para el año 2012 cumplan con los requisitos descritos de necesidad, urgencia, inaplazabilidad, afección a servicios públicos esenciales o prioritarios que ampararían su creación.

En realidad, el fundamento de su creación parece encontrarse en la necesidad de dar cobertura jurídica a la asunción de los 17 trabajadores que, procedentes de la Sociedad Municipal en concurso y que desarrollaban sus actividades en el centro deportivo de la localidad, el aviapark, la biblioteca, los museos, la escuela de música y la ludoteca, pasan a formar parte de la plantilla del

Ayuntamiento. Lo que, por sí solo, no sería justificación suficiente para su creación a la luz de lo dispuesto en el art. 3 Real Decreto-ley 20/2011.

CUARTA.- Las conclusiones obtenidas tanto en cuanto a la forma en la que ha de procederse a la creación de nuevos puestos de trabajo como parte de la plantilla del Ayuntamiento de La Muela para el año 2012, como a la forma en la que ha de resolverse sobre la posible asunción por parte del Consistorio de personal procedente de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de la Muela, S.L., nos llevan a formular al Ayuntamiento de dicha localidad las siguientes recomendaciones:

1) que, si no se justifica adecuadamente su creación a la luz de lo dispuesto en el art. 3 del Real Decreto-ley 20/2011, proceda a revisar el acuerdo municipal de 10 de mayo de 2012 correspondiente a la aprobación -junto con el Presupuesto General del Ayuntamiento-, de la plantilla de personal del Consistorio determinada para el año 2012 respecto de los puestos en ella incluidos como de nueva creación,.

2) que proceda a la revisión y/o anulación del Decreto de Alcaldía nº 247 Ig/S 2012 por el que se acordaba la asunción directa por parte del Ayuntamiento de La Muela, como personal laboral indefinido integrado en la plantilla municipal, de varios trabajadores procedentes de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L. La cobertura de las nuevas plazas que, en su caso, se puedan crear para atender por parte del Ayuntamiento de La Muela aquellas actividades y funciones hasta ahora asumidas por la indicada sociedad municipal habrá de realizarse con arreglo a los sistemas selectivos establecidos en el EBEP, a los que podrán concurrir los trabajadores procedentes de aquella.

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Ayuntamiento de La Muela las siguientes **RECOMENDACIONES:**

PRIMERA.- Que, si no se justifica adecuadamente su creación a la luz de lo dispuesto en el art. 3 del Real Decreto-ley 20/2011, proceda a revisar el acuerdo municipal de 10 de mayo de 2012 correspondiente a la aprobación -junto con el Presupuesto General del Ayuntamiento-, de la plantilla de personal del Consistorio determinada para el año 2012 respecto de los puestos en ella incluidos como de nueva creación.

SEGUNDA.- Que proceda a la revisión y/o anulación del Decreto de Alcaldía nº 247 Ig/S 2012 por el que se acordaba la asunción directa por parte del Ayuntamiento de La Muela, como personal laboral indefinido integrado en la plantilla municipal, de varios trabajadores procedentes de la Sociedad Municipal Cultural y Deportiva de La Muela, S.L. La cobertura de las nuevas plazas que, en su caso, se puedan crear para atender por parte del Ayuntamiento de La Muela aquellas actividades y funciones hasta ahora asumidas por la indicada sociedad municipal habrá de

realizarse con arreglo a los sistemas selectivos establecidos en el EBEP, a los que podrán concurrir los trabajadores procedentes de aquella.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comunique si acepta o no las Recomendaciones formuladas, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 21 de febrero de 2013

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE