

# EDJ 2014/89837

TSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 10-3-2014, nº 618/2014, rec. 938/2010  
Pte: Cañavate Galera, Estrella

## Resumen

*Contratación pública. Subrogación de empresas. Acceso a la función pública. El TSJ Andalucía, aplicando doctrina consolidada del TS, confirma en apelación la sentencia de instancia declarando la inaplicación de la sucesión de empresas con subrogación por ley a las contratadas por tratarse de unidades productivas autónomas a efectos del art. 44 ET (FJ 4). En tal sentido, la Sala rechaza la viabilidad del acceso a la función pública mediante subrogación (FJ 5).*

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACCESO A FUNCIONES Y CARGOS PÚBLICOS

FUNCIONES PÚBLICAS

En general

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

IGUALDAD ANTE LA LEY

Supuestos diversos

Personal

Funcionarios

FUNCIÓN PÚBLICA

CUESTIONES GENERALES

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Administración local; Desfavorable a: Particular

Procedimiento: Recurso de apelación

**Versión de texto vigente Texto actualmente vigente**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SEDE EN GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO núm. 938/2010

SENTENCIA núm. 618 DE 2014

Itma. Sra. Presidenta:

Dª María Torres Donaire

Itmos. Sres. Magistrados:

Dª Estrella Cañavate Galera

D. Pedro Marcelino Rodríguez Rosales

En la ciudad de Granada a diez de marzo de dos mil catorce.

Ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación rollo num. 938/2010 contra la Sentencia número 130/09 de fecha 13 de abril de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de Granada en su Recurso, habiendo sido apelante Dª Jacinta, representado y asistido por

el Sr. Letrado, don Javier Fernández Gálvez y parte apelada el Ayuntamiento de Granada, representado y asistido por el Sr. Letrado de los Servicios Jurídicos de la Diputación provincial, don José Pérez Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia número 130/09 de fecha 13 de abril de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de Granada en su Recurso declaraba en su Fallo la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto confirmando el acto administrativo impugnado cual es la resolución de la Agencia Tributaria Municipal del Ayuntamiento de Granada de fecha 26 de abril de 2007 por la que se desestimaba la petición de reconocimiento de antigüedad y la condición de personal fijo en el puesto de trabajo de los trabajadores que han venido prestando sus servicios en la RECAM (Empresa de recaudación Recursos Camerales SA) desde 1981.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación y tras ser admitido en ambos efectos por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes para que formularan su oposición y se remitieron las actuaciones a esta Sala.

TERCERO.- Una vez que se elevaron las actuaciones a esta Sala se formó el oportuno rollo, se registró y se designó Ponente a la Ilma. Sra. Doña Estrella Cañavate Galera.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia número 130/09 de fecha 13 de abril de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de Granada declaraba en su Fallo la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto confirmando el acto administrativo impugnado cual es la resolución de la Agencia Tributaria Municipal del Ayuntamiento de Granada de fecha 26 de abril de 2007 por la que se desestimaba la petición de reconocimiento de antigüedad y la condición de personal fijo en el puesto de trabajo de los trabajadores que han venido prestando sus servicios en la RECAM (Empresa de recaudación Recursos Camerales SA) desde 1981 hasta el 28 de febrero de 2007 y ello en base a que la sentencia de instancia entendió que no nos encontrábamos ante un supuesto de sucesión de empresas del artículo 44 del ET con lo cual el Ayuntamiento no tiene la obligación de subrogarse por Ministerio de la Ley en los derechos y obligaciones de índole laboral y de seguridad social que corresponden a los trabajadores de la empresa que cesa en el servicio.

SEGUNDO.- Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte recurrente argumentando que la sentencia no es conforme a derecho por considerar que nos encontramos ante un supuesto de hecho de sucesión de empresas al haberse suscrito sendos contratos con el Ayuntamiento para la utilización de las aplicaciones informáticas que venía utilizando la empresa que cesa, RECAM, y por continuación del uso de las instalaciones inmobiliarias durante más de un mes por el Ayuntamiento lo cual, a juicio del apelante, supone una transmisión de elementos patrimoniales y de la unidad productiva autónoma como un conjunto organizado de elementos materiales, inmateriales y personales con autonomía funcional propia produciéndose el traspaso de los trabajadores sin interrupción y con solución de continuidad.

Contra el recurso de apelación planteado en dichos términos el Ayuntamiento demandado impugna la apelación al considerar que la sentencia apelada es conforme a derecho por apreciar correctamente que no es aplicable al caso la figura jurídica de la sucesión empresarial con subrogación por ley por no concurrir los elementos esenciales para su aplicación pues se trata, según este Ayuntamiento, de uso de una de las formas de gestión indirecta de servicios públicos en el que se ha delegado la gestión del servicio pero nunca la titularidad del mismo que continúa siendo pública y, en este caso municipal, conservando a tal fin el Ayuntamiento las facultades de inspección y control que derivan de la misma titularidad, que nunca ha perdido tal y como se dispone en los artículos 12 de TRLHL R.D. Leg. 2/2004 de 5 de marzo y 8 del Reglamento General de Recaudación aprobado por R.D. 939/05 de 29 de julio .

TERCERO.- No existe dificultad en admitir con el Juzgador a quo, la doctrina que sobre los requisitos de la sucesión empresarial viene exigiéndose por la doctrina y jurisprudencia del TS, y en este sentido recordaremos la doctrina expuesta al respecto por este Tribunal en Sentencia de 18 de mayo de 2005, en el rec. núm.32/2005, en cuyo Fundamento Jurídico Tercero decíamos; "Con carácter previo es preciso aludir a los presupuestos que hacen posible la existencia de sucesión empresarial para transmisión de obligaciones entre la empresa sucedida y la sucesora. Establece el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , en relación con la sucesión de empresas, que; " El cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos inter vivos, responderán ambos (cedente y cesionario) solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas".

Por su parte, el artículo 10 del Real Decreto 1637/95, de 6 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social , establece; "31. En los casos de sucesión, intervivos o mortis causa, en la titularidad de la explotación, industria y negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del cumplimiento de

la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, ingresando las aportaciones del empresario y de los trabajadores, en su totalidad, así como del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, cuando el causante hubiera sido declarado responsable, en todo o en parte del pago de las mismas. Tal responsabilidad no es exigible a los adquirentes de elementos aislados de la explotación, industria o negocio respectivo, salvo que las adquisiciones aisladas, realizadas por una o varias personas, permitan la continuación de la explotación, industria o negocio".

CUARTO.- En el presente caso, la cuestión fundamental planteada con motivo del presente recurso de apelación se centra en determinar si concurre sucesión empresarial en el supuesto de reversión del servicio contratado por el Ayuntamiento con un agente ejecutivo de recaudación de impuestos y exacciones, habiéndose ya resuelto dicha cuestión por esta misma sección en reciente sentencia recaída en el rollo de apelación 1606/09 por la que se desestimó la apelación planteada por considerar que procede negar tal posibilidad de aplicar el artículo 44 del ET relativo a la sucesión empresarial pues la doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de la que son fieles exponentes, entre otras, sus sentencias de 31 de marzo y 8 de junio de 1998, 29 de febrero, 11 de abril y 18 de septiembre de 2000 y 6 de junio de 2001. Se afirma en la sentencia de 18 de septiembre de 2000 que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a partir de las sentencias de 13 de marzo de 1990 y, especialmente en la de 5 de abril de 1993 ha declarado que ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del arto 44 del E.T , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de modo que, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no se opera en virtud de este mandato estatutario, si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales (por todas sentencia de 22 de mayo de 2000).

Esta doctrina es coincidente con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en interpretación de la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977; así en la sentencia del Pleno de 11 de marzo de 1997, referida a empresas de limpieza, el Tribunal declaró que los mandatos de la Directiva no son aplicables en sucesión de contratos " si la operación no va acompañada de una cesión entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata". Tesis que se ha incorporado a la nueva Directiva sobre la materia 98/50 de 29 de junio de 1998.

De otra parte se ha significar, que estando acreditado en las actuaciones, que, cuando menos, en principio, según la prueba documental de la que se dispone, solo se aprecia que hubo transmisión de las aplicaciones informáticas pero falta el presupuesto de cambio de titularidad en el centro de trabajo, pues si bien en un principio se utilizaron durante mas de un mes las instalaciones inmobiliarias de calle Recogidas de esta ciudad, actualmente se encuentra ubicada en las dependencias municipales de "Los Mondragones", faltando además el cambio de titularidad de unidad productiva autónoma como conjunto organizado pues la actividad se presta ahora por el Ayuntamiento sobre expedientes y documentos del propio Ayuntamiento siendo que solo permanecen las aplicaciones informáticas.

QUINTO.- Y como se decía en la sentencia de esta Sección recaída en el rollo de apelación 1606/09 "En relación con la alegada invocación de los principios de mérito y capacidad esgrimidos por la Administración apelada en contra de las pretensiones de la parte actora, debemos tener en cuenta lo expuesto en 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 ( 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."

Y siguiendo en la misma línea de esta sentencia, la figura de la sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores que obliga en los supuestos de hecho que describe a subrogarse en los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal, pero, en todo caso, una cosa sería 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 del Organismo Autónomo de la Agencia Municipal Tributaria con acceso directo a la Administración Local. Se vulnera así 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. 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 la empresa RECAM en virtud de un régimen legal privado.

Y es que el principio de subrogación en las relaciones jurídicas laborales insertas en la empresa que cesa en la prestación de servicios 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.

Conforme a lo anterior, el acceso a la condición de empleado público 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 público y por tanto al régimen de las Administraciones públicas.

Debe conciliarse 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 público 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 público, 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 público, pues extinguir sobrevenidamente por tales razones las relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación en las mismas de la Administración 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 público para aquellos que no superasen las pruebas de aptitud de que se trata.

Aún cabe invocar otro argumento distinto en relación con los denominados procesos de funcionarización motivados por la existencia de personal laboral que desempeñaba funciones que pasen a ser propias de Cuerpos o Escalas de Funcionarios. Tales situaciones, realmente excepcionales como sucede en el caso que nos ocupa, motivaron una copiosa jurisprudencia tanto del TS como del TC en relación a la posibilidad de creación de pruebas específicas de acceso dirigidas de forma restringida al personal que se encontrase en tal situación, sirviendo de ejemplo la STC 27/91 en la que se analizan tales procesos restringidos de selección y su compatibilidad con los principios plasmados en el art. 23.2 de la CE .Pero aún en tales supuestos y contemplando su especialidad, lo discutido era, insistimos la procedencia de establecer procesos restringidos de acceso (admitidos por el TC mediando disposición expresa de ley), pero no, como en el caso que nos ocupa, la integración en el empleo público directa y sin consideración alguna a los principios de mérito y capacidad."

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto con confirmación del pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia recurrida con toda su argumentación.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 139 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio , procede imposición de costas de esta alzada a la parte apelante pues sus pretensiones han sido totalmente desestimadas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

1º.- DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Jacinta representada y asistida por el Sr. Letrado, don Javier Fernández Gálvez contra la sentencia recaída en primera instancia número 130/09 de fecha 13 de abril de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de Granada.

2º.- Que debemos CONFIRMAR la sentencia apelada.

3º.- Se imponen las costas a la parte apelante.

Intégrese la presente Sentencia en el libro de su clase y, una vez firme, remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de este.

Notifíquese esta resolución en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , con la advertencia de que contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos

