

## **ACTUALIDAD JURÍDICA: RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

#### **NATURALEZA DE LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL. CARÁCTER PÚBLICO DE LAS SESIONES DE LA MISMA CUANDO ACTÚEN COM COMPETENCIAS DELEGADAS DEL PLENO DE LA CORPORACIÓN**

*Sentencia 161/2013 de 26 de septiembre del Pleno del Tribunal Constitucional*

*Recurso de Inconstitucionalidad 1741/2004*

*Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos*

El Gobierno de Aragón interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local, en cuanto declara básicos ciertos artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y por excederse materialmente de la legislación básica, vulnerar las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de régimen local y conformidad con los principios de autonomía local y democrático y el derecho a participar en los asuntos públicos.

De este recurso nos interesa la impugnación de la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto declara básico el artículo 70.1, párrafo segundo, LRBRL, y, subsidiariamente, de este artículo por infracción de los principios democrático (art. 1.1 CE) y a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho a participar directamente en los asuntos públicos (art. 23.1 CE) va a ser analizada en este fundamento. El artículo declarado básico establece que “no son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local”.

Al respecto el TC declara que la forma de las deliberaciones de un órgano de gobierno local constituye un aspecto esencial de su funcionamiento porque determina el modo en que debe ejercitar sus competencias. Con ella se pretende garantizar un modelo común basado en el favorecimiento de la eficacia del órgano local ejecutivo por antonomasia. Por otra parte, la existencia de una normativa autonómica previa a la modificación de la legislación básica no impide al Estado modificar la regulación de los aspectos básicos del funcionamiento de la Junta de Gobierno siempre que no se exceda de lo que materialmente forma parte de las bases y concluye en que la disposición final primera de la Ley de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto

declara que el art. 70.1, párrafo segundo, LRBRL constituye legislación básica del Estado en materia de régimen local, no es contraria a la Constitución.

Ahora bien, el recurrente alega subsidiariamente que dicho artículo al establecer que no son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local, sin excepcionar los asuntos en que actúa por delegación del pleno, vulnera el principio democrático (art. 1.1 CE), la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE). A este respecto el TC considera que la exigencia de publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo se constituye como un instrumento que posibilita el control político de los elegidos por los electores y se proyecta en relación con la publicidad de sus sesiones, la publicación de las deliberaciones y los acuerdos adoptados, y el acceso a la documentación que los sirva de soporte. Esta exigencia de publicidad es, por tanto, no solo una genérica manifestación del principio democrático del Estado (art. 1.1 CE), sino también una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE).

Dentro de las corporaciones locales, esta exigencia de publicidad, incluyendo la de sus sesiones, es aplicable a la actividad del pleno municipal, en tanto que órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete a un procedimiento democrático decisiones, que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizada en el art. 137 CE.

En principio, esta exigencia de publicidad de las sesiones del pleno municipal, como órgano de representación política, no cabría hacerla extensiva a las sesiones de la junta de gobierno local, que está configurado legalmente como un órgano municipal ejecutivo tanto por su conformación orgánica como por la naturaleza de sus competencias. Ese carácter ejecutivo, además, se deriva, en primer lugar, de su composición orgánica, ya que no se integra de conformidad a los principios de representatividad y proporcionalidad del pleno, sino por el alcalde y una serie de concejales nombrados y separados libremente por el alcalde (art. 23.1 LRBRL), y, en segundo lugar, de la única competencia que le es propia: la asistencia al alcalde en el ejercicio de sus atribuciones (art. 23.2 a LRBRL) y de la posibilidad de que le sean delegadas determinadas atribuciones por parte del alcalde (art. 23.2 b y 23.4 LRBRL).

Pero la junta de gobierno local de los municipios que no sean de gran población no solo tiene las competencias ya señaladas, sino que, además, también le corresponden las atribuciones que otro órgano municipal le delegue (art. 23.2 b LRBRL), incluyendo el pleno municipal (art. 22.4 LRBRL). El art. 22.4 LRBRL establece la posibilidad de que el pleno delegue el ejercicio de determinadas atribuciones que le son propias en el

alcalde y en la junta de gobierno local, y algunas de las atribuciones que el pleno puede delegar en la junta de gobierno local no son meras decisiones administrativas de carácter estrictamente reglado en que esté ausente la necesidad de valorar y ponderar criterios discrecionales. Hay atribuciones que afectan a las más importantes decisiones sobre operaciones crediticias, contrataciones y concesiones de toda clase, aprobaciones de proyectos de obras y servicios y adquisiciones de bienes y derechos y su enajenación. El legislador otorga estas atribuciones al pleno para que sean adoptadas en sesiones dotadas de una completa publicidad que garantice el control ciudadano en la toma de posición y en el proceso de deliberación de sus representantes municipales, como una manifestación de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, tomando en consideración la importancia y relevancia política de esas decisiones.

En consecuencia, el art. 70.1, párrafo segundo, LRBRL, en tanto establece que las sesiones de las juntas de Gobierno local no son públicas, es conforme con el principio democrático (art. 1.1 CE) y el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), siempre que se interprete en el sentido de que no incluye las decisiones relativas a las atribuciones delegadas por el pleno.

La Sentencia del TC cuenta con un voto particular de varios Magistrados con respecto a este razonamiento.

**LICITUD DE ACCESO DEL EMPRESARIO AL ORDENADOR DEL  
TRABAJADOR PUESTO POR LA EMPRESA PARA EJERCER SU TRABAJO  
CUANDO EL CONVENIO COLECTIVO DE APLICACIÓN PROHIBE EL USO  
DEL MISMO PARA USO PERSONAL DEL TRABAJADOR SIN NECESIDAD  
DE COMUNICACIÓN EXPRESA POR RECOGERLO ASÍ EL  
CORRESPONDIENTE CONVENIO COLECTIVO DE APLICACIÓN.  
INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A  
LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES**

*Sentencia 170/2013 de 7 de octubre de la Sala Primera del Tribunal  
Constitucional*

*Recurso de Amparo 2907/2011*

*Ponente: Andrés Ollero Tassara*

El demandante, trabajador por cuenta ajena impugna en el presente recurso de amparo la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2010), por considerar que la admisibilidad de las pruebas en que la empresa funda su despido, al haber tenido acceso a su ordenador personal, resulta contraria a sus derechos a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las

comunicaciones (art. 18.3 CE). Entiende que la empresa se extralimitó en sus facultades de fiscalización cuando, no habiendo informado previamente sobre las reglas de uso y control de las herramientas informáticas de la entidad, procedió a interceptar de forma ilícita el contenido de sus correos electrónicos registrados en el ordenador facilitado por la empresa. A su juicio, resulta a tal efecto insuficiente que el convenio colectivo aplicable prevea como infracción leve de los trabajadores la utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa para fines distintos de los relacionados con la prestación laboral.

En el supuesto que nos ocupa, las partes del proceso quedaban dentro del ámbito de aplicación del XV Convenio colectivo de la industria química, cuyo art. 59.11 tipificaba como falta leve la «utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 79.2. Por su parte, el art. 79.2 del Convenio, relativo a los derechos sindicales, que partía de un principio general según el cual “el correo electrónico es de exclusivo uso profesional”, añadía, como excepción, que los representantes de los trabajadores -condición que no ostentaba el actor- podían hacer uso del mismo, únicamente, para comunicarse entre sí y con la dirección de la empresa; se requería el previo acuerdo con ésta para cualquier otro uso ajeno a lo expuesto.

Por tanto, en su relación laboral, sólo estaba permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial; en tanto su utilización para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como infracción sancionable por el empresario, regía pues en la empresa una prohibición expresa de uso extra laboral, no constando que dicha prohibición hubiera sido atenuada por la entidad. Siendo este el régimen aplicable, el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, *ex* art. 20.3 ET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo.

En tales circunstancias, que no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial. La expresa prohibición convencional del uso extra laboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y

deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe (arts. 5 a y 20.2 y 3 LET). En el supuesto analizado la remisión de mensajes enjuiciada se llevó pues a cabo a través de un canal de comunicación que, conforme a las previsiones legales y convencionales indicadas, se hallaba abierto al ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario; sometido en consecuencia a su posible fiscalización, con lo que quedaba fuera de la protección constitucional del art. 18.3.

Respecto al derecho a la intimidad, el TC tiene declarado que el éste no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental-, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea.

La doctrina del TC pone de relieve que el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; también que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si su fiscalización por la empresa ha generado o no la vulneración de dicho derecho fundamental.

De forma similar a lo dicho respecto al derecho al secreto de las comunicaciones, tampoco en este caso se puede apreciar que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial. Como se ha dicho, la habilitación por la empresa de esta herramienta informática como medio para llevar a cabo el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo y el hecho de que su uso para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral estuviera tipificado en el Convenio colectivo aplicable como infracción sancionable impiden considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial. Este dato constituye una importante particularidad respecto a los supuestos enjuiciados en algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la apreciación, a la vista de las circunstancias, de que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa ha llevado a admitir que dicho trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet.

Atendidas las circunstancias del supuesto, frente tampoco aprecia el TC que el acceso por la empresa al contenido de los correos electrónicos del trabajador haya resultado excesivo o desproporcionado para la satisfacción de los indicados objetivos e intereses empresariales, pues para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el



objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Por tanto, ha de afirmarse aquí que el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad. Se trataba en primer lugar de una medida justificada, puesto que, conforme consta en la Sentencia de instancia, su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador. En segundo término, la medida era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada: la revelación a terceros de datos empresariales de reserva obligada; al objeto de adoptar las medidas disciplinarias correspondientes. En tercer lugar, la medida podía considerarse necesaria, dado que, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido o texto de los correos electrónicos serviría de prueba de la citada irregularidad ante la eventual impugnación judicial de la sanción empresarial; no era pues suficiente a tal fin el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatario, que por sí solos no permitían acreditar el ilícito indicado. Finalmente, la medida podía entenderse como ponderada y equilibrada. Además, no consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros, implicaba una transgresión de la buena fe contractual. De ahí que, atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no pueda apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador. En consecuencia y como ya se ha indicado, una vez ponderados los derechos y bienes en conflicto en los términos vistos, este Tribunal considera que la conducta empresarial de fiscalización ha sido conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad.

**AUTO ACORDANDO LA ENTRADA EN DOMICILIO AL  
AYUNTAMIENTO PARA PROCEDER AL DESALOJO Y DEMOLICIÓN.  
INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA  
INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE  
LA AUTORIZACIÓN**

*Sentencia 188/2013 de 4 de noviembre de la Sala Segunda del Tribunal  
Constitucional*

*Recurso de Amparo 3769/2012*

*Ponente: Enrique López López*

El TC analiza en el presente recurso de amparo el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 30 de Madrid de fecha 20-04-2011, en procedimiento de entrada en domicilio, que autorizó la entrada en el domicilio del recurrente, solicitada por Ayuntamiento de Madrid para proceder a su desalojo y demolición, acordada por resolución municipal de 23-06-2005. Vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Dice el TC que el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto, y que se precisen los aspectos temporales.

Por tanto, el órgano jurisdiccional debe velar por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo. Y en este caso la ponderación de la necesidad de incidir en el derecho fundamental previsto en el art. 18.2 CE, para la ejecución de la resolución administrativa no sólo es proporcionada sino la única posibilidad de su ejecución pues contiene el mandato de su desalojo y demolición y no como pretende el recurrente que la ponderación de proporcionalidad lo sea sobre otra posible solución administrativa eventual y futura que no constituye derecho alguno frente a la ilegalidad de la construcción, cuya cuestión fue firme y consentida en la vía administrativa. Existe voto particular considerando que el TC debía de haber otorgado el amparo.

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **COMPETENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS PARA LIMITAR LA INSTALACIÓN DE ANTENAS DE TELEFONÍA. ÚNICAMENTE POR RAZONES URBANÍSTICAS O MEDIOAMBIENTALES, NUNCA POR SANITARIAS**

*Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de octubre de 2013*

*Recurso de Casación 3420/2010*

*Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate*

El TS anula el planeamiento urbanístico del ayuntamiento de Oviedo en lo que se refiere a la limitación de la instalación de antenas de telefonía, pues aunque las normas del Plan no contienen límites de emisiones radioeléctricas distintos de los contenidos en el Reglamento estatal, las medidas impugnadas contenidas en el referido planeamiento obedecen a razones de salud, con lo que se produce una invasión por extralimitación de la competencia exclusiva estatal ex artículo 149.1.16ª de la Constitución por más que se considere que las previsiones son totalmente compatibles con las del Real Decreto 1066/2001.

Asimismo declara el TS que tampoco es atendible que algún precepto del plan se haya limitado a clarificar y a traducir a lenguaje jurídico-urbanístico la relación de "espacios sensibles" que establece el artículo 8-7 d) del Real Decreto 1066/2001, pues el Ayuntamiento no puede arrogarse competencias de desarrollo o clarificación en una materia que compete en exclusiva al Estado.

En definitiva, las Corporaciones Locales no pueden regular y exigir, en este caso mediante un Plan Especial, normas adicionales de protección de la salud pública más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica - Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre-, en relación con las prohibiciones de ubicación, distancias a los espacios sensibles, y emplazamiento de las instalaciones.



**NULIDAD DE UNA ORDENANZA FISCAL POR NO RESPETAR EL PLAZO DE EXPOSICIÓN AL PÚBLICO EN UN PERIÓDICO, AUNQUE SÍ SE HAYA RESPETADO EL DE LA EXPOSICIÓN EN EL TABLÓN DE EDICTOS Y EN EL BOLETÍN OFICIAL DE LA PROVINCIA**

*Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 de octubre de 2013*

*Recurso de Casación 4352/2011*

*Ponente: José Antonio Montero Fernández*

El objeto del recurso de casación es la sentencia del TSJA de la Comunidad de Valencia, que desestima el recurso deducido contra Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Cullera, de 29 de diciembre de 2008, aprobatorio de la Ordenanza Reguladora de Tasa por Prestación del Servicio de Gestión de Residuos Urbanos Municipales.

El TSJ, a pesar de hacer constar que la publicación de dicho acuerdo en el diario "Las Provincias" se hizo en 3 de diciembre, consideró que "*Este motivo debe desestimarse pues, conforme al art. 17.1 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, el plazo ha de contarse desde el día de la publicación en el tablón de anuncios, el día 13 de noviembre, por lo que el plazo de 30 días ya había vencido antes del 28 de diciembre*".

El TSJ declara que a los defectos formales debe acompañar la nulidad de pleno derecho de la disposición, en tanto es la legalidad formal, la elaboración de la disposición general respetando los cauces formales legalmente dispuestos, la que dota de legitimidad y fuerza de obligar al mandato normativo. Adquiriendo, si cabe, una relevancia extrema a efectos de la validez de la disposición, los trámites que se dirigen a procurar y garantizar la participación ciudadana y la seguridad jurídica mediante su conocimiento público, sobre todo respecto de aquellas disposiciones que pueden afectar directamente al núcleo de intereses de los ciudadanos, tal y como sucede en el caso de autos al tratarse de una disposición que afecta directamente a los residentes en su condición de contribuyentes en el municipio de Cullera; por lo que no cabe cuestionar que el trámite de exposición que es objeto de análisis, constituye trámite esencial, a cuya omisión o cumplimiento defectuoso debe acompañar la nulidad de la disposición, por así exigirlo los arts. 9.2 y 105,a) de la CE.

Vista la importancia esencial del trámite de información pública y la consecuencia anulatoria que acarrea su omisión o defectuoso cumplimiento, la cuestión se traslada a si era suficiente que el plazo de 30 días de información pública previsto en el citado art. 17, se cumplió con la exposición por dicho plazo en el Tablón municipal y su publicación en el BOP, o era preciso también que dicho plazo se agotara también con

su publicación en el diario “*Las Provincias*”, dado que no se cumplió dicho plazo desde su edición en el diario y a la aprobación definitiva de la disposición impugnada.

Así pues, teniendo en cuenta que las tres modalidades de anuncio contempladas en dicho precepto (en el tablón de anuncios de la entidad, en el BOP de la Provincia y, en Ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes, en un periódico diario), éstas se configuran como garantía de la efectividad del principio de seguridad jurídica del contribuyente, parece lógico exigir que las tres han de cumplir su finalidad, razón por la cual ha de entenderse que el plazo de exposición al público debió comenzar a computarse a partir de la fecha en que tuvo lugar el último de los anuncios, siendo evidente que la Administración, en este caso, incumplió la normativa establecida, por lo que el TS anula la Ordenanza.

**LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES TIENEN INTERÉS LEGÍTIMO,  
Y EN CONSECUENCIA, LEGITIMACIÓN PARA LA INTERPOSICIÓN DE  
RECURSOS EN RELACIÓN CON LOS IMPUESTOS DE LOS MUNICIPIOS,  
CUYA GESTIÓN RECAUDATORIA TIENE DELEGADA POR ELLOS**

*Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-  
Administrativo de 7 de octubre de 2013*

*Recurso de Casación en interés de la Ley 588/2013*

*Ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco*

El recurso de casación en interés de la ley, instado por la Diputación Provincial de Huesca, tiene por objeto la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo, que, interpretando el artículo 22.2 de la Ley Postal, declaró a Correos y Telégrafos exenta del impuesto sobre bienes inmuebles.

El TS declara que al actuar la Diputación con facultades delegadas, gestiona y defiende intereses que, en estrictos términos, no son propios de la Diputación, pero el hecho de que sean ajenos no autoriza a concluir, sin más, que carezca del "interés legítimo en el asunto" requerido por el artículo 100.1 de la Ley de esta jurisdicción para instar esta clase especial de recurso de casación. Cuando una Administración pública dicta un acto en virtud de facultades delegadas gestiona y defiende los intereses de la delegante, y en esa gestión y defensa actúa como si fuera esta última. En otras palabras, cuando el artículo 100.1 habla de "interés legítimo" alude a la necesidad de que la sentencia que discute la Administración recurrente afecte al ámbito de autonomía o círculo de intereses cuya defensa le corresponde, aunque sea en uso de facultades delegadas.

**FUNCIONARIOS PÚBLICOS. SOLICITUD DE PROLONGACIÓN DE PERMANENCIA EN EL SERVICIO ACTIVO HASTA LOS SETENTA AÑOS. DENEGACIÓN EN BASE AL PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS**

*Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de octubre de 2013*

*Recurso de Casación 2465/2012*

*Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez*

El TS declara que el art. 26.2 de la Ley 55/2003 no establece un derecho a la prórroga en el servicio hasta los 70 años de edad sino sólo una mera facultad de solicitar esa prórroga, condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración, "*en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos*". Así lo demuestra una comparación entre el artículo 67.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) y lo que disponía para la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años de edad el art. 33 de la Ley 30/1984 , modificado por el Art. 107 de la Ley 13/1996 y hoy derogado por Disposición Derogatoria única b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP).

Mientras que el artículo 33 de la Ley 30/1984 consagraba un derecho del funcionario el artículo 67.3 de la LEBEP, que ha venido a sustituirlo, y antes el artículo 26.2 de la Ley 55/2003, que ahora nos ocupa, se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora de normas de enunciación apriorística de un derecho, sino, en su caso, y a lo más, de una especie de *derecho debilitado*, derivado del dato de una denegación inmotivada de la solicitud. No nos encontramos así ante el establecimiento inequívoco de un derecho, sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga.

Así pues, el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de otorgar la prórroga en el servicio activo hasta el límite máximo los 70 años; puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior, y condicionada a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación. Por ello es el Plan el que, teniendo en cuenta dicha previsión legal, y por tanto en principio la posibilidad genérica de la prórroga, deberá establecer el período de duración de esa permanencia, pero siempre respetando el límite o tope máximo de los 70 años.

**PREVARICACIÓN ACTIVA. NOMBRAMIENTO DEL CARGO DE PRIMER TENIENTE DE ALCALDE PARA SER DESEMPEÑADO EN RÉGIMEN DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA SIN SEGUIR LOS TRÁMITES LEGALMENTE PREVENIDOS. REQUISITOS PARA LA COMISIÓN POR OMISIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN**

*Sentencia del Tribunal Supremo de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de 23 de octubre de 2013*

*Recurso de Casación 161/2013*

*Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón*

La Audiencia Provincial de Oviedo dictó Sentencia con fecha 3 de diciembre de 2012 por la que condenó al Alcalde y al Primer Teniente de Alcalde de Cabrales por reconocerle el primero al segundo el régimen de dedicación exclusiva, como Concejal y Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Cabrales, y, consecuentemente, darlo de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y asumir la Corporación local el pago de las correspondientes cuotas empresariales aunque el Primer Teniente de Alcalde no percibió retribución líquida alguna, prescindiendo, pese a conocerlo, del trámite legalmente establecido para el reconocimiento de la dedicación exclusiva de un miembro de la Corporación (acuerdo plenario y publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y en el tablón de anuncios según lo dispuesto en el art. 75 de la Ley 7/1995 de 2 de abril de Bases de Régimen Local). Además el Alcalde ordeno la confección mensual de las nóminas correspondientes desde abril de 2004 a junio de 2007 haciendo constar en ellas los descuentos correspondientes a cuotas de la Seguridad Social y retenciones del IRPF, y las firmó. Por ello la Audiencia condenó a ambos como de un delito de prevaricación, a las penas de siete años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público con prohibición de desempeñar cargos de naturaleza electiva y ámbito local que implique una participación en el Gobierno Municipal, así como al pago de mitad de las costas judiciales causadas.

El TS declara acreditada la autoría material del Alcalde en lo que se refiere al elemento objetivo del delito de prevaricación consistente en dictar una determinada resolución en un asunto administrativo, pues reconoce haber concedido al coacusado, Primer Teniente de Alcalde, el régimen de dedicación exclusiva como Concejal del Ayuntamiento, con la retribución correspondiente, ordenando el pago de las nóminas.

La acreditación del elemento subjetivo del delito de prevaricación ("a sabiendas de su injusticia") se encuentra tan ligada al análisis de la concurrencia del conjunto de los elementos jurídicos integradores del tipo (la "arbitrariedad de la resolución") que necesariamente debemos reconducir el debate al examen del motivo correspondiente por

infracción de ley, conforme a lo que constituye la doctrina tradicional de esta Sala, tan frecuentemente incomprendida.

El TS admite la prevaricación omisiva en supuestos excepcionales, concretamente en aquellos casos especiales en que ve imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas.

Pero, en el caso que nos ocupa no nos encontramos ante una prevaricación omisiva, sino activa. En efecto, el Alcalde recurrente acordó concederle al Teniente de Alcalde coacusado el régimen de dedicación exclusiva con la única finalidad de darlo de alta en la Seguridad Social, como prevé para estas situaciones el Art 75. 1º de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, asumiendo la Corporación el pago de la cuota correspondiente. Seguidamente ordenó la confección mensual de las nóminas del Primer Teniente de Alcalde desde abril de 2004 a junio de 2007 haciendo constar en ellas los descuentos correspondientes a cuotas de la Seguridad Social y retenciones del IRPF, que fueron ingresados en las arcas de la Seguridad Social y de Hacienda, pese a que la supuesta dedicación exclusiva era puramente ficticia y respondía únicamente a la intención de proporcionar una cobertura para justificar que el Ayuntamiento se hiciese cargo de las cuotas, sin que éste percibiese en realidad retribución alguna, ni tampoco prestase la dedicación preferente a las labores propias del cargo que exige la dedicación exclusiva (art 13 3º del ROF, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de Entidades Locales RD 2568/96, de 28 de noviembre). Es claro que, con independencia de la concurrencia de los otros dos elementos (arbitrariedad de la resolución y actuación a sabiendas), la concurrencia del primer elemento del tipo (dictar una resolución en asunto administrativo), por acción y no por omisión, es manifiesta.

El concepto de resolución administrativa no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. La jurisprudencia de la Sala ha proclamado que por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno.

En consecuencia, la resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Cabrales de otorgar al Teniente de Alcalde el régimen de dedicación exclusiva, ordenando la confección mensual de las nóminas con asunción por la Corporación de las correspondientes cuotas de la Seguridad Social, constituye una resolución



administrativa al ser un acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecta al ámbito de los derechos e intereses de los administrados (los derechos del favorecido) y a la colectividad en general (las arcas municipales), y que resuelve sobre un asunto con eficacia ejecutiva.

Pues bien, el caso actual constituye un ejemplo paradigmático en el que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando a los intereses generales de la Administración Pública, en un injustificado ejercicio de abuso de poder. Constituye, en consecuencia, un caso claro de arbitrariedad, en el sentido de acto contrario a la Justicia, la razón y las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho.

En efecto, la arbitrariedad que califica la prevaricación en el caso actual, no se integra por el hecho de haber prescindido totalmente del procedimiento prevenido para la concesión de la dedicación exclusiva a un Concejal, que también, sino esencialmente por el hecho de que dicha situación, pese al coste que representaba para las arcas públicas, no se concedió en función de interés público alguno, sino en beneficio del interés particular del concejal favorecido, y como resultado del mero capricho del Alcalde. Configurándose así una situación ficticia, simulada y fraudulenta, que tenía la única finalidad de beneficiar al Teniente de Alcalde con la cobertura de la seguridad social a cargo del Ayuntamiento, pero que ni iba a conllevar el pago efectivo de la retribución a la que supuestamente respondía el pago de las cuotas sociales, ni mucho menos contribución laboral alguna por parte del favorecido.

El conocimiento por el Alcalde de la injusticia de la resolución se infiere razonablemente por el Tribunal sentenciador del hecho de que dicha injusticia es manifiesta. El Alcalde ha reconocido expresamente su experiencia y veteranía en la política municipal por lo que es inverosímil que pudiese desconocer las exigencias procedimentales de la dedicación exclusiva, que debe ser aprobada por el Pleno (art. 13. 4 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de Entidades Locales). Y resulta, asimismo, inverosímil, que desconociese que la concesión de la dedicación exclusiva al Teniente de Alcalde no respondía a ninguna necesidad municipal, que no se iba a corresponder con una dedicación preferente por su parte a las tareas propias de su cargo, que no iba a ser retribuida con una cantidad acordada por el Pleno como dispone el citado párrafo cuarto del art. 13 del Reglamento, en función de la consignación global consignada en el presupuesto, sino con una cantidad que arbitrariamente el mismo Alcalde había ordenado abonar, y que, en definitiva, dicha cantidad no iba a ser pagada en absoluto, porque la única finalidad de la exclusividad

era favorecer al coacusado otorgando una fraudulenta cobertura al pago de las cotizaciones sociales.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

### **NULIDAD DE DESPIDO DE ARQUITECTO MUNICIPAL POR TRAER CAUSA EL DESPIDO EN REPRESALIA DEL AYUNTAMIENTO-EMPRESARIO POR EL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES**

*Sentencia número 2596/2013 de 3 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla de la Sección 1ª de la Sala de lo Social*

*Recurso de Suplicación 2856/2011*

*Ponente: José Joaquín Pérez Beneyto Abad*

El Ayuntamiento de Utrera contrata a un trabajador con la categoría de Arquitecto para la realización de los trabajos necesarios para la revisión del PGOU. El contrato tenía la naturaleza de obra o servicio determinado, consistente este en la realización de dichos trabajos. Sin embargo, a instancias del Ayuntamiento, el trabajador, además de realizar estos trabajos, realizó otros distintos de naturaleza pero vinculados al urbanismo, tales como tareas de gestión, estudio, informe y propuestas, reuniones con particulares a indicación de la Alcaldía o Delegación para la solución de conflictos urbanísticos, estudio de detalle de apertura de nuevos viarios, informes técnicos sobre propuestas de convenios urbanísticos a suscribir ente el Ayuntamiento y empresas públicas o particulares u otros entes públicos, etc., por lo que mediante sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de esta ciudad de fecha 2/11/11, se declara el carácter indefinido de la relación laboral del contrato con efectos 13/03/06. El Ayuntamiento le despide en el momento en que el trabajador interpone la demanda declarativa de fijeza.

El Juzgado de lo Social núm. 6 de Sevilla, en fecha 18-7-2012 dicta sentencia por la que declara el despido nulo. El Ayuntamiento de Utrera interpone recurso de suplicación contra la citada sentencia ante el TSJ, el cual lo desestima y declara, en consecuencia nulo el despido por traer causa en la represalia por instar el procedimiento declarativo de fijeza.

En el recurso que nos ocupa, el Ayuntamiento recurrente argumenta que no hubo represalia y el cese es lícito, por terminación de contrato temporal.

El TSJ declara que el fracaso por una doble razón. Se acredita que el despido trae causa en una represalia por ejercitar derechos. No hay causa objetiva y razonable del cese: la contratación fue fraudulenta y la relación era indefinida no fija.

Sentado que, en atención a los elementos que configuran la controversia, entran en juego las previsiones de la ley procesal sobre vulneración de derechos fundamentales, en cuya virtud, cuando de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de la vulneración de tales derechos corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Es decir, corresponde al demandante la aportación de los indicios que fundamenten sus alegatos de que el despido, en este caso, obedece a móviles contrarios a los derechos fundamentales y, corresponde al demandado probar que su actuación posee una justificación objetiva y razonable ajena a la intención de vulnerar derechos fundamentales. Y el resultado probatorio inclinará la balanza de una u otra de las partes en litigio.

Aquí se probaron los siguientes indicios:

1°. El actor es despedido el 20 de octubre de 2011, con efectos de 21 de octubre, es decir, en la misma fecha del juicio que la demanda declarativa presentada.

2°. El objeto del contrato no había finalizado, restando más de un año para la finalización del objeto del contrato de trabajo.

3°. Que después de despedir al actor, el recurrente publicó el 17 12 2012 la aprobación inicial del PGOU.

4°. Que se había contratado a un equipo externo para poder finalizar los trabajos de dicho Plan.

5°. Que ostentaba el cargo de Director de la Oficina del PGOU con competencias sobre un equipo de trabajadores, y que se efectuaban todo tipo de informes en materia urbanística.

Luego si a esos hechos añadimos que el recurrente no ha desplegado la más mínima actividad dirigida a justificar las razones por las que ha adoptado la decisión de despedir al trabajador y se acredita que la causa que obra en la comunicación de despido, la finalización de la obra, no concurre ya que es coetánea a la publicación de una de las fases -aprobación inicial- de la conclusión del PGOU y además esto se publicita en periódicos, y se eleva al Pleno la adopción de Acuerdo sobre la contratación a personal externo para las tareas que el actor venía realizando, explícitamente supone reconocer que en el despido -al margen de entrar en la regularidad o no de la

contratación- no hubo una causa objetiva y razonable que lo amparase, se ha producido un despido que calificamos de nulo radical por vulneración de la garantía de indemnidad, ya que este despido no responde a una justificación objetiva y razonable ajena a la intención de vulnerar derechos fundamentales, pues el actor ha probado los indicios suficientes de vulneración del derecho mencionado.

De modo que, no habiendo justificado el Ayuntamiento no sólo que el objeto del contrato del actor no había finalizado sino que tampoco ha explicado o justificado porque aquel realizaba todas las tareas propias y habituales de dicho organismo -es decir la irregularidad de la contratación temporal-, y sin embargo se le despide en el momento en que éste interpone una demanda declarativa de fijeza contra ella, es deducible que ese cese laboral no es sino una reacción frente al ejercicio de la acción judicial antes indicada y, como tal, merece la calificación de despido nulo, por contraria al art. 24 CE ya que el actor sí aportó indicios de que la actuación del Ayuntamiento, procediendo a su despido, está vulnerando el principio de garantía de indemnidad.

El actor debió haber continuado, amén de haberse apreciado fraude de ley en la contratación al quedar acreditado que el actor no solo atendía a sus funciones como Director del PGOU en el plan de elaboración del PGOU sino que también realizaba todas las tareas normales de la actividad del Ayuntamiento desempeñando un puesto de trabajo que formaba parte de la RPT del Ayuntamiento, lo que implica que la contratación carecía del requisito de temporalidad , pues el trabajo y funciones desempeñadas no se ajustaba al tipo legal del contrato de obra o servicio determinado y sí a un contrato indefinido, lo que en cualquier caso convertiría su cese en despido improcedente, de no mediar la vulneración del derecho fundamental a la indemnidad.

**NULIDAD DEL CONVENIO REGULADOR DE LA DETERMINACIÓN  
DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS  
MUNICIPALES POR NO SER RATIFICADO POR EL PLENO. AL SER NULO  
NO PRODUCE EFECTO ALGUNO**

*Sentencia número 2632/2013 de 10 de octubre del Tribunal Superior de Justicia  
de Andalucía, Sevilla de la Sección 1ª de la Sala de lo Social*

*Recurso de Suplicación 1331/2012*

*Ponente: María Gracia Martínez Camarasa*

El TSJ declara que el artículo 38.1 del referido Estatuto establece que "en el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con las representaciones

de las Organizaciones Sindicales legitimadas a tales efectos para la determinación de condiciones de trabajo"; conforme a ello se suscribió el Acuerdo que contenía el Convenio Regulador de las condiciones de trabajo para los empleados públicos del Ayuntamiento de Los Barrios demandado, con el ámbito personal y temporal que disponen sus artículos 1º y 2º. Tal Acuerdo fue presentado para su ratificación al Pleno del Ayuntamiento celebrado el 15/07/2011 y, efectuada la oportuna votación, la ratificación fue desestimada por el voto de la mayoría.

Partiendo de ello, no puede aceptarse la vigencia y aplicación del Convenio regulador por cuanto, el artículo 38.3 del EBEP dispone que "Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos" y que: "Cuando tales Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación". La consecuencia de ello es que el Convenio regulador contenido en el repetido Acuerdo carece de vigencia y validez. Tal nulidad determina la total ineficacia del Convenio regulador y no, como erróneamente concluye la sentencia citada, la producción de efectos entre los que lo suscribieron al atribuirle el carácter de un pacto extra estatutario. El referido Convenio, no ratificado, no tiene tal carácter ni produce efecto alguno, dado que como establece el último párrafo del apartado 3 del artículo 38 EBEP: "Cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo (...) se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas".

**RECEPCIÓN DE OBRAS POR LA ADMINISTRACIÓN DE FORMA TÁCITA CUANDO TRANSCURRIDO EL PLAZO DE GARANTÍA, ESTA NO MANIFIESTA VICIO O DEFECTO ALGUNO. DEVOLUCIÓN DE AVAL DE GARANTÍA CON INTERESES**

*Sentencia número 2978/2013 de 21 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo*

*Recurso de Apelación 1987/2008*

*Ponente: María Luisa Martín Morales*

La sentencia de instancia procede a desestimar el recurso jurisdiccional interpuesto por una empresa constructora frente al Ayuntamiento de Linares, en el que solicitaba la devolución de aval presentado en garantía para la ejecución de obras de urbanización, en fundamento a que no se dieron las circunstancias que determinaban la devolución del aval constituido y que posibilitaban la recepción definitiva de las obras de urbanización de la unidad de ejecución U-8 del PGOU, ya que determinadas



unidades de obra no se ejecutaron. Además, la sentencia rechaza la aplicación del silencio administrativo positivo en relación a la adquisición de facultades en contra de las prescripciones de la Ley del suelo, de los Planes de ordenación, programas y proyectos y legislación complementaria y subsidiaria del planeamiento; no pudiendo entenderse que se han aprobado definitivamente las obras de urbanización de la unidad de ejecución en cuestión.

El TSJ declara que La cuestión sometida a debate es si la Administración está obligada a la devolución del aval prestado durante el plazo anual de garantía tras la recepción provisional de las obras, cuando transcurrido el año de garantía no se han objetado defectos en la obra.

Al respecto ha de determinarse que aunque la recepción provisional y definitiva de las obras ha de formalizarse en un acto expreso de la Administración, no es menos cierto que tanto una como la otra deben producirse en los perentorios plazos señalados en la normativa en la materia.

El plazo de garantía es de un año, siendo obligatorio para la Administración proceder dentro del mes siguiente a la recepción definitiva de la obra, en virtud del artículo 55 de la Ley de Contratos del Estado, que establece que "dentro del mes siguiente al cumplimiento del plazo de garantía, se procederá a la recepción definitiva de las obras". Paralelamente, en relación al contrato de obras, el art. 147 LCAP establece que el plazo de garantía se establecerá en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, que no podrá ser inferior a un año y dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si el informe es favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía y a la liquidación. Si el informe no fuera favorable y los defectos observados se debieran a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

Estas exigencias legales sobre el respecto al plazo de garantía, y a la recepción definitiva tratan de garantizar los derechos del contratista en orden a una pronta liberación de sus responsabilidades y para hacer efectivo su derecho a la liquidación y pago de las obras. Por ello es importante cumplir los plazos, que no pueden dilatarse, y menos indefinidamente, porque de otra forma producirían un quebranto para los legítimos intereses del contratista. Así, aunque, por lo general, la recepción exige un

acto expreso de la Administración, en el que tienen que participar tanto el contratista como un técnico designado por aquélla, cabe considerar, atendiendo a los hechos concluyentes en cada caso, la concurrencia de una recepción tácita. Así, las SSTs.

Igualmente la contratista tiene derecho a la devolución de la fianza definitiva y así el artículo 120, párrafo primero LCE de 1965 dispone que "aprobadas que sean la recepción y liquidación definitiva de las obras, se devolverá el importe de la fianza o, en su caso, se cancelará el aval en el plazo improrrogable de 3 meses". Esta obligación de devolución del aval se fija de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.3 del Texto Refundido LCAP, en el que nada se dice sobre las eventuales consecuencias derivadas del incumplimiento de dicha devolución, a diferencia de lo contemplado en el art. 90.2 de la citada Ley 30/2007 que prevé lo siguiente, aunque ello no es aplicable por razones temporales al caso de autos: "El acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si ésta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración".

### **SUCESIÓN DE EMPRESA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A EFECTOS DE SUBROGAR A LOS TRABAJADORES CONFORME AL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

*Sentencia número 2992/2013 de 21 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo*

*Recurso de Apelación 1738/2009*

*Ponente: Estrella Cañavate Galera*

Es objeto de apelación la sentencia de 13 de abril de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número cuatro de Granada que 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.

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 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. En el caso que nos ocupa 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 más 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.

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 y 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 más de previsiones propias de la legislación laboral a la regulación del empleo público y por tanto al régimen de las Administraciones públicas.