

En relación con la solicitud de informe solicitada por la Secretaría General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública relativa al Anteproyecto de Ley de reorganización de competencias administrativas en materia de aguas, procede emitir las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- Competencia.

El presente informe se emite a solicitud de la Secretaría General Técnica del Departamento de Hacienda y Administración Pública mediante escrito de solicitud de fecha 18 de mayo de 2017 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.3.f) del Decreto 208/1999, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se distribuyen las competencias en materia de personal entre los diferentes órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Segunda.- Contenido del Anteproyecto de Ley de reorganización de competencias administrativas en materia de aguas.

El Anteproyecto de Ley de reorganización de competencias administrativas en materia de aguas establece, en su artículo único, la supresión y extinción del Instituto Aragonés del Agua y en lo que respecta a la materia de personal, la disposición adicional segunda, establece en su apartado primero que *“El personal con contrato laboral fijo perteneciente al Instituto Aragonés del Agua que, hasta la entrada en vigor de esta ley, estuviera prestando sus servicios en el mismo pasará a integrarse en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón con la condición de «a extinguir» manteniendo el mismo régimen jurídico que dio origen a su contratación, sin que ello suponga la atribución de la condición de funcionario público”*.

En el apartado segundo de la citada disposición adicional se dispone que *“La incorporación efectiva de este personal se realizará mediante Acuerdo del Gobierno de*

Aragón, en el que, de acuerdo con la plantilla de personal aprobada en aplicación de lo previsto en el artículo 9 y en la disposición adicional tercera apartado 1 de la Ley 1/2017, de 8 de febrero, se recogerá la relación nominal del personal objeto de incorporación, su adscripción orgánica y la naturaleza de su relación jurídica.

La incorporación de este personal se concretará mediante su adscripción en las estructuras orgánicas que se determinen, conforme a la categoría profesional que les corresponda de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 1/2017, de 8 de febrero, con carácter provisional y de acuerdo con los principios de racionalidad y homogeneidad que ordenan las estructuras de puestos trabajo existentes en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón”.

Respecto de su régimen retributivo, el apartado tercero establece que las retribuciones del personal “serán las que le correspondan de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la Ley 1/2017, de 8 de febrero, y se homologarán con las establecidas para el personal funcionario de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón”, previendo la aplicación de un complemento personal transitorio absorbible tal y como dispone la Ley 1/2017, de 8 de febrero”.

En cuanto a la incorporación del personal, el apartado cuarto establece que “se produce como sucesión empresarial conforme a lo previsto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, e implicará la novación de la relación contractual, sin necesidad de proceder a su extinción y sin que genere derecho a indemnización alguna”. Y respecto de las condiciones de trabajo aplicables se contempla que “Desde la fecha de su integración efectiva, las condiciones de trabajo del personal laboral fijo procedente de la mencionada Entidad de Derecho Público serán las previstas en el Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón”.

El Anteproyecto de Ley regula materia de personal laboral, en este sentido, a juicio de este Centro Directivo, cabe señalar que se encuentra dentro del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón tal y se dispone en el artículo 75.13.ª del Estatuto de Autonomía, que atribuye la competencia compartida en “las especialidades del personal laboral derivadas de la organización administrativa y la formación de este personal”. Al respecto, cabe señalar el reciente Auto del Tribunal Constitucional 55/2016, de 1 de marzo, según el cual legislar sobre el régimen

retributivo y la clasificación profesional del personal laboral al servicio de los entes del sector público por parte del legislador autonómico debe entenderse como una regulación orientada a la organización del propio personal laboral de la Comunidad Autónoma.

Por último, la disposición adicional tercera hace referencia a la integración del personal funcionario y laboral de la Administración autonómica.

Tercera.- Antecedentes y naturaleza jurídica del Instituto Aragonés del Agua.

La incorporación de ese personal exige estudiar la naturaleza jurídica del Instituto Aragonés del Agua (en adelante IAA) como entidad de Derecho Público, lo que ayudará a precisar el origen de las relaciones de empleo que se originaron, a los efectos de una posible incorporación de su personal en las estructuras orgánicas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Según lo dispuesto en el artículo 66.1 del Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, las entidades de Derecho Público son **organismos públicos dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma**, con personalidad jurídica propia, creadas conforme a las prescripciones de esta Ley, para cumplir cualquiera de los fines de interés público que el ordenamiento constitucional o estatutario establece como principios rectores de la política social y económica. Se rigen por el Derecho privado excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos, en la legislación presupuestaria y en las normas reguladoras de la contratación administrativa general.

Según el artículo 70 del precitado Texto Refundido, como tal organismo público tiene la plena consideración de Administración Pública y en cuanto a su personal el artículo 81.1 establece que *"el personal de las entidades de Derecho público podrá ser personal laboral propio o personal de la Administración de la Comunidad Autónoma, o de otras Administraciones públicas, tanto funcionario como laboral, regulándose por su correspondiente normativa. En todo caso, su ley de creación establecerá las competencias que a la misma correspondan sobre este personal, que serán las que legalmente tienen establecidas los organismos autónomos dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón"*, y en el punto 4 dispone que *"la selección del personal laboral propio se llevará a cabo por los procedimientos determinados por la propia entidad, mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad."*

En el caso que nos ocupa el Instituto Aragonés del Agua tiene como antecedente a la Junta de Saneamiento, entidad de Derecho Público, creada en virtud de la Ley 9/1997, de 7 de noviembre, de saneamiento y depuración de las aguas residuales de la Comunidad Autónoma de Aragón y cuyo artículo 34.2 disponía que *"El personal de la Junta de Saneamiento podrá ser contratado en régimen de derecho laboral. La plantilla fijará el tipo de plazas que serán objeto de este tipo de contratación. En su selección se aplicarán los principios de mérito, capacidad, igualdad y publicidad"*.

Posteriormente, la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y participación en la gestión del agua en Aragón creó el IAA como entidad de derecho público para el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de aguas, en particular en materia de abastecimiento, saneamiento y depuración, entendiéndose que podrían *"ser ejercitadas, entonces, de una forma mucho más ágil y eficaz de lo que puede suceder en la tradicional Administración comprendida al modo puramente departamental"* y en la actualidad se rige por la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de aguas y ríos de Aragón, en cuyo artículo 22 se establece que el personal de la entidad se integra por contratados en régimen de derecho laboral y en laborales y funcionarios del Gobierno de Aragón.

En la actualidad la plantilla del Instituto se compone de 8 funcionarios, 1 personal laboral del Gobierno de Aragón y 35 laborales propios de la entidad. El total de efectivos es, en la actualidad, de 44 contando a la Dirección Gerencia.

Cuarta.- Condiciones y requisitos para la integración del personal del IAA en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En primer lugar, el Anteproyecto de Ley establece que la incorporación del personal se produce como sucesión empresarial conforme a lo previsto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. No obstante, es preciso determinar la relación existente entre la entidad de Derecho Público y la propia administración pública al objeto de considerar o no la existencia de una verdadera transmisión empresarial, en el sentido que exige el artículo 44 del citado Estatuto.

Así, en la aplicabilidad de estas previsiones normativas a supuestos como el presente, debe tenerse en cuenta que el artículo 44 del ET supone la adaptación de nuestro ordenamiento laboral a través de la Ley 12/2001 de la Directiva 2001/23, y que esa Directiva resultó de la codificación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, tal como había sido modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998.

Según reiterada jurisprudencia comunitaria, la Directiva 2001/23 tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario. El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva consiste en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (en este sentido, las sentencias del TJCE de 18 de marzo de 1986, Spijkers, 24185, apartados 11 y 12; y de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres y Demir, 232104 y 233/04, apartado 31 y jurisprudencia en ellas citada).

En el apartado 23 y siguientes de la Sentencia del TJUE de 29 de julio de 2010 (caso Federación de Servicios Públicos de UGT contra el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros) se recuerda que el Tribunal en su jurisprudencia anterior, mientras estaba en vigor la Directiva 77/187, modificada por la Directiva 98/50, ya *había afirmado "que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, en el caso de autos un ayuntamiento, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva"* (sentencia de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C-175199, apartado 33), afirmando a continuación que *"la misma conclusión se impone en el caso de la Directiva 2001/23" y que (a circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva"* (véanse las sentencias de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91, apartados 15 a 17, y de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, apartado 34).

Por consiguiente, los requisitos para que se dé esa transmisión empresarial se encuentran delimitados en la jurisprudencia tanto nacional como internacional, exigiendo no sólo una mera transmisión patrimonial o la cesión de la plantilla, sino que lo que resulta determinante es la sucesión de la misma actividad, siendo además aplicable al ámbito de las Administraciones Públicas.

En el caso que nos ocupa, parece inferirse con claridad que esos requisitos existen en la continuidad de la actividad por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón pues la eventual extinción del IAA se produce en el actual contexto de restricción presupuestaria que requiere la adopción de medidas organizativas tendentes a una mayor eficiencia en la ejecución del gasto público. Asimismo, el carácter horizontal de las competencias autonómicas en materia de aguas aconseja un ejercicio integrado con el resto de competencias en materia de medio ambiente, agricultura y otros sectores directamente relacionados con la gestión del agua y su aprovechamiento. En la consecución de ambos objetivos el Gobierno de Aragón propone integrar en la estructura departamental el ejercicio de las competencias en materia de aguas.

Para llevar a cabo dicha reorganización se propone extinguir el IAA como entidad de derecho público y atribuir sus competencias y funciones, conforme a la Ley

10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y ríos de Aragón, a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En consecuencia, se pretende transmitir no sólo elementos patrimoniales y personales, sino también la organización del trabajo y los métodos de explotación idénticos a los existentes en la entidad.

Cumplido este requisito, es necesario proceder a determinar las condiciones de la integración del personal de la entidad citada en la estructura departamental de la Administración autonómica. El artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, obliga a la subrogación del personal en todos sus derechos y obligaciones. Sin embargo, cabe recordar que el personal laboral propio de las entidades de derecho público se rige por derecho laboral y deben ser seleccionados mediante los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 del Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio. Al mismo tiempo, es preciso notar la condición de Administración Pública de la entidad de derecho público, por lo que su personal laboral propio indefinido o temporal gozaría, en principio, de la condición de empleado público al quedar bajo el ámbito de aplicación del Estatuto básico del Empleado Público.

A diferencia de otros procesos de integración llevados a cabo en esta Comunidad Autónoma y en otras Administraciones Públicas, nos encontramos en la primera situación en que la entidad cedente tiene la consideración de Administración Pública y sus empleados son, en puridad, empleados públicos. Al respecto, es conveniente considerar a nivel comparado la existencia de otros procesos similares de integración de personal proveniente de entidades pertenecientes al sector público que se han producido en otras Administraciones Públicas, en función de la naturaleza jurídica de la entidad cedente (entidad que se extingue) y la entidad cesionaria

(entidad que se subroga en los derechos y obligaciones del personal proveniente de la entidad cedente):

a) La entidad cedente pertenece al sector público pero no goza de la consideración de administración pública y la entidad cesionaria es una administración pública perteneciente al sector público Institucional o tiene naturaleza territorial.

En este primer supuesto cabe hacer referencia a los procesos de integración de personal que se han llevado a cabo en la propia Comunidad Autónoma de Aragón como consecuencia de la extinción de dos sociedades mercantiles autonómicas:

a.1) Disolución de "Infraestructuras y Servicios de Telecomunicaciones de Aragón, S.A.U." con la naturaleza de sociedad mercantil autonómica e integración de su personal laboral fijo en la Entidad de Derecho Público "Aragonesa de Servicios Telemáticos" con la condición de personal laboral indefinido no fijo, mediante Decreto 256/2012, de 4 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se autoriza la disolución de la sociedad mercantil autonómica de capital íntegramente público "Infraestructuras y Servicios de Telecomunicaciones de Aragón, S.A.U."

a.2) Disolución de la "Escuela de Hostelería de Teruel" con naturaleza de empresa pública e integración de su personal laboral fijo en el Departamento de Educación, Cultura, Deporte y Universidad con la condición de personal laboral indefinido no fijo, mediante Decreto 21/2014, de 18 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se autoriza la disolución y liquidación de la sociedad mercantil autonómica de capital íntegramente público "Escuela Superior de Hostelería de Aragón, S.A.U."

En ambas sociedades mercantiles autonómicas con capital íntegramente público la integración del personal indefinido supuso la aplicación de la institución de la sucesión de empresas, aunque desde una perspectiva matizada por la consiguiente integración como personal indefinido no fijo.

Cabe recordar que esta figura tiene su origen en la conversión, por sanción, de contratos temporales concertados de forma irregular alcanzando reconocimiento legal

expreso en el párrafo segundo del artículo 11.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) tras una intensa evolución jurisprudencial desde la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 1991 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, en la que se establece que *"la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido"*. El alcance de esta doctrina ha sido precisado por la sentencia de 20 de enero de 1998, dictada por esta misma Sala General en el recurso 317/1997, en la que, a partir de la diferencia entre el reconocimiento del carácter indefinido y la fijeza en la plantilla, se señala que el primero *"implica desde una perspectiva temporal que el vínculo no está sometido, directa o indirectamente a un término"*, pero *"esto no supone que el trabajador convalde una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas"*. De esta forma, la Administración afectada *"no puede consolidar la fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato"*.

Vemos, que si bien esta figura nace en orden a regularizar una situación irregular en la contratación laboral de las Administraciones públicas, su aplicación al presente caso fue admisible, en primer lugar porque impidió considerar no sólo su fijeza en la plantilla de la Entidad de Derecho Público "Aragonesa de Servicios Telemáticos" sino, lo que es más importante, si cabe, su consideración como empleados públicos de una Entidad de Derecho Público, hasta la cobertura definitiva de las plazas respetando los procedimientos de selección previstos para el acceso al empleo público y, al mismo tiempo porque es una figura que permitió una solución más respetuosa con el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los

Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sin merma de sus condiciones retributivas, por motivo de la mera transmisión empresarial.

b) La entidad cedente es una entidad del sector público institucional con la condición de administración pública y la entidad cesionaria es una administración pública perteneciente al sector público institucional o tiene naturaleza territorial.

En este supuesto resulta conveniente hacer referencia al proceso de reordenación del sector público acometido en Andalucía. Así, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, establecía la integración del personal laboral indefinido de diversas entidades del sector público de Andalucía en organismos públicos (agencias) de la Junta de Andalucía. En su disposición adicional cuarta, letra c) del apartado 1, bajo la rúbrica "Régimen de integración del personal" establece que el personal laboral *"procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público"*.

En este sentido, el legislador andaluz estableció la aplicación de las reglas de la sucesión de empresas remitiéndose a las condiciones que se establezcan en un protocolo de integración, señalando que en todo caso tendrán la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o especial en la que se integre.

A modo de ejemplo cabe hacer referencia al Decreto 103/2011 de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales (que posteriormente será objeto de profusa litigiosidad), cuya disposición adicional segunda establece que *"La Agencia Andaluza de Instituciones Culturales asume los derechos y obligaciones derivados de los contratos de trabajo del personal laboral del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras y, conforme a lo dispuesto en el apartado 1.e) de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, en*

el convenio colectivo vigente, así como en los acuerdos derivados de la interpretación de los mismos, hasta la aprobación de un nuevo convenio colectivo de aplicación”.

Ese proceso de integración implicaba que la integración del personal laboral de esas entidades sería voluntario pero *“el acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”.* Dicho proceso de integración ha sido objeto de pronunciamientos judiciales diversos por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y del Tribunal Supremo que finalmente confirma la legalidad y constitucionalidad de los procesos de integración.

Así, por todas aquellas que se pronuncian de forma desfavorable, cabe citar la Sentencia del TSJA, Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de noviembre de 2011 es consecuencia de la impugnación del Decreto 103/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, cuya Disposición Adicional Segunda dispone la integración del personal del Instituto Andaluz de las Artes y las Ciencias en la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, por considerar que esa disposición reglamentaria es contraria a los derechos fundamentales garantizados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española

Según esta Sentencia *“La tan citada Disposición Adicional Segunda quiebra dicha igualdad, porque al integrar directamente al personal procedente del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, 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.

Nada que objetar desde luego, a la sucesión de empresas del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo 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 a la integración, con las consecuencias legales 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 con atribución de potestades y funciones públicas.

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 como afirma el Ministerio Fiscal 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.”

No obstante, esta Sentencia fue casada por Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 cuyo fundamento jurídico décimo conviene reproducir aquí dada su trascendencia.

“DÉCIMO.- Los motivos sexto y séptimo --que no carece de fundamento porque la disposición adicional declarada nula aplica el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores -- y octavo del recurso de la Junta de Andalucía, al igual que ha hecho el Ministerio Fiscal, debemos abordarlos conjuntamente ya que, es verdad,

combaten la sentencia desde las distintas perspectivas a que da lugar y plantean el juicio sobre el fondo del litigio.

Los tres y el único de la AAIC deben prosperar. Tras la exposición que hemos hecho de los antecedentes normativos, del contenido de la sentencia, de las posiciones de las partes y, en especial del criterio del Ministerio Fiscal, no será necesario que nos extendamos en exceso para poner de manifiesto las razones que llevan a acogerlos.

La sentencia, en efecto, desconoce que el personal del IAAL ya tenía condición de empleado público antes de que el Decreto 103/2011, en estricto cumplimiento de la Ley 1/2011, dispusiera su integración en la AAIC porque así resulta de los artículos 2.1 y 8.1 c) y de la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público. El IAAL era una entidad de Derecho Público, según hemos visto; por lo que su personal, regido por el ordenamiento laboral, estaba ya dentro del ámbito de aplicación de este texto legal. Nada añaden al respecto, por tanto, ni la Ley 1/2011, ni el Decreto 103/2011.

De otro lado, la disposición adicional segunda de este último carece de sustantividad jurídica como bien dicen el Ministerio Fiscal y las Administraciones recurrentes. Se limita a cumplir en sus términos la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011. Nada le añade ni quita. Por tanto, si la Sala de Sevilla no dudó de la constitucionalidad de esta última, debió desestimar el recurso contencioso-administrativo porque limitándose a su estricto cumplimiento, siendo constitucional la Ley, el Decreto no podía infringir los artículos 14 y 23.2 de la Constitución. Además, de ningún modo pueden, disposición adicional segunda incluida, afectar al derecho al acceso a la función pública de quienes recurrieron en la instancia pues ya forman parte de ella bien como funcionarios, bien como personal laboral, tal como señalan el Ministerio Fiscal y la AAIC y de su derecho trata este proceso y no del que pudieran tener terceros respecto de los que ninguna cuestión cabe suscitarse aquí.

No es una obviedad, por otro lado, establecer expresamente que ese personal del IAAL que se integra en la AAIC solamente podrá pasar a la función pública de la Administración General de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos. Esa salvedad señala el camino que habrán de seguir quienes, integrados ya en la AAIC deseen dar ese paso. Y, mientras no lo hagan seguirán como empleados públicos en la AAIC --que es a la que circunscriben la Ley y el Decreto la Integración-- de igual modo en que lo estaban ya en el IAAL. El párrafo segundo de la disposición adicional segunda recalca, pues, el sentido de la integración. Mejor dicho, reitera los límites dentro de los que tiene lugar.

En consecuencia, todo se reduce a la incidencia que tienen las normas legales y la disposición reglamentaria en el derecho de los actores a la promoción profesional o, más en concreto, a la provisión de los puestos que no ocuparían quienes proceden del IAAL si es que fuera contraria al ordenamiento jurídico su integración en la AAIC. En este punto, hay que coincidir nuevamente con el Ministerio Fiscal. El derecho del que se trata, ciertamente, es de configuración legal y a ella contribuye la Ley 1/2011 que, como ya sabemos, el Decreto 103/2011 se limita a cumplir en sus términos. Configuración que, tratándose no ya del acceso a la función pública sino del desarrollo de la carrera administrativa, permite mayores márgenes a la Administración a la hora de organizar la forma de provisión de los puestos de trabajo. La solución seguida por el legislador en este caso no nos suscita dudas de constitucionalidad porque, como resalta el Ministerio Fiscal, se mueve dentro de ese espacio y lo hace, además, ateniéndose, sin variarla, a la situación existente.

Es decir, manteniendo en la condición que ya tenía al personal del IAAL con la única diferencia de que ahora pasa a serlo de la AAIC. Así, quienes eran empleados públicos del primero, entidad pública, siguen siéndolo, ahora de la segunda, entidad pública igualmente, sin que por la integración controvertida pasen a formar parte de la función pública ni del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

En fin, de nuevo hay que coincidir con el Ministerio Fiscal cuando indica que la integración dispuesta por la disposición adicional segunda del Decreto 103/2011, en estricto cumplimiento de la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, no supone por sí misma ninguna lesión concreta y actual de ese derecho a la promoción

profesional de los actores en la instancia sino, en todo caso, eventual y futura pues no sólo no hace empleados públicos a quienes no lo fueran ya sino, también, porque no implica ninguna actuación dirigida a sustraerles puestos de trabajo determinados a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar.

Por tanto, descartadas las lesiones al principio de igualdad y al derecho de los actores a acceder y permanecer promocionándose profesionalmente en el empleo público, en razón de cuanto hemos dicho, debemos anular la sentencia impugnada y, a la hora de resolver el recurso contencioso-administrativo, conforme nos exige el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, hemos de desestimarla."

A sensu contrario a la Sentencia del TSJA, Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de noviembre de 2011 (pero congruente con lo que dispondría en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013), por todas cabe citar la Sentencia nº 26/2012, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso, de fecha 25 de enero de 2012. Dicha Sentencia es consecuencia de la interposición del correspondiente recurso contra el Decreto 101/2011, de la Junta de Andalucía por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios y Dependencia de Andalucía.

Según esta Sentencia "al disponer en dicha disposición adicional cuarta que el personal que se integre en la nueva entidad conforme a las reglas de la sucesión de empresas podrá acceder a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solamente a través de la participación en las correspondientes pruebas selectivas de accesos libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público, no alcanza a comprender en que medida, de dicha regulación, puede concluirse que los principios de igualdad, mérito y capacidad han sido conculcados pues en definitiva lo que el legislador ha dispuesto es que en su momento se llevaran a cabo pruebas selectivas con el fin de que el personal que formaba parte de la fundación vaya a tener la condición de funcionario, siendo así que para poder concluir de ello que en realidad lo que se ha hecho es dar un trato preferente con el fin de que el personal que formaba parte de la fundación vaya a tener

la condición de funcionario, sería preciso un juicio de intenciones que este Tribunal, por razones obvias de ecuanimidad y respeto a la legalidad, no puede realizar ni compartir.

Como se constata en la Sentencia del Tribunal Supremo el personal con contrato indefinido de una entidad de derecho público que se extingue goza de la consideración de administración pública aunque ello no implique la obtención de la condición de funcionario público ni de personal laboral de la Junta de Andalucía.

c) Los procesos de integración en el ámbito de la Administración General del Estado. El personal laboral a extinguir.

En el ámbito de la Administración General asistimos procesos de reestructuración de su sector público acudiendo a la figura del personal laboral a extinguir. Así, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, cuyo artículo 5, que modifica el apartado Uno de la Disposición adicional cuadragésima sexta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, viene a crear el Organismo Autónomo "Programas Educativos Europeos" previa extinción de la Fundación del sector público estatal para la Proyección Internacional de las Universidades Españolas, estableciendo que la incorporación del personal laboral de la extinta Fundación "se realizará, en su momento, con la condición de «a extinguir» y sin que, en ningún caso, este personal adquiera la condición de empleado público. Únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración Pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público".

La citada Ley establece la misma solución, en el artículo 8, para la creación del Organismo Autónomo "Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA)", previa extinción de la Fundación ANECA.

Finalmente esta figura se consolida en el apartado 4.b) del artículo 94 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, aunque únicamente para la extinción y fusión de organismos públicos, esto es, con la condición de administración pública, que establece que "El personal de los organismos públicos extinguidos se podrá integrar bien en la Administración General del Estado o bien en el nuevo organismo público que

resulte de la fusión o en el organismo público absorbente, según proceda, de acuerdo con lo previsto en la norma reglamentaria de fusión y de conformidad con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública o en la legislación laboral que resulte aplicable.

Los distintos tipos de personal de los organismos públicos fusionados tendrán los derechos y obligaciones que les correspondan de acuerdo con la normativa que les sea de aplicación.

La integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición de «a extinguir», debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades del organismos donde se integren.

Esta integración de personal no supondrá, en ningún caso, la atribución de la condición de funcionario público al personal laboral que prestase servicios en los organismos públicos fusionados”.

Con esta regulación, el legislador estatal consolida como solución ante procesos fusión y extinción de organismos públicos y la subsiguiente integración de personal una figura de personal que se incorpora a la Administración Pública en la condición de “a extinguir”.

Quinta.- Análisis jurídico de la disposición adicional segunda del Anteproyecto de reorganización de competencias administrativas en materia de aguas.

Como se ha visto, las soluciones adoptadas ante el fenómeno de la integración del personal proveniente de entidades públicas han pasado por la aplicación del artículo 44 del ET, mediante la subrogación de la entidad cesionaria en los derechos y obligaciones de la entidad cedente de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 del ET.

Hasta la aparición de la Ley 15/2014 de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, en la que aparece la figura del personal laboral a extinguir, los anteriores procesos de integración de personal tanto en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón como en otras Administraciones Públicas de otras CC.AA. han adoptado como solución de compromiso la integración del personal laboral con contrato indefinido como personal laboral indefinido no fijo cuando el personal laboral provenía de una entidad perteneciente al Sector Público pero no gozaba de la consideración de Administración Pública, esto es, empresas públicas, fundaciones privadas de iniciativa pública y consorcios.

Como ya se ha contemplado anteriormente la doctrina jurisprudencial en relación con la construcción de la figura, reconocida posteriormente como clase de empleado público, del personal laboral indefinido no fijo y que ha servido para ajustar jurídicamente otros procesos de integración fue precisada por la Sentencia de 20 de enero de 1998, dictada por la Sala General del Tribunal Supremo en el recurso 317/1997, en la que, a partir de la diferencia entre el reconocimiento del carácter indefinido y la fijeza en la plantilla, se señala que el primero *"implica desde una perspectiva temporal que el vínculo no está sometido, directa o indirectamente a un término"*, pero *"esto no supone que el trabajador convalide una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas"*. De esta forma, la Administración afectada *"no puede consolidar la fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato"*.

Considerando estos antecedentes señalados la disposición adicional segunda del Anteproyecto de Ley de reorganización de competencias administrativas en materia de aguas dispone que la integración de este personal en las estructuras de puestos de la Administración autonómica se realizará con la condición de a extinguir manteniendo el mismo régimen jurídico que dio origen a su contratación, sin que ello suponga la atribución de la condición de funcionario público.

La opción elegida en el Anteproyecto es idéntica a la utilizada en el ámbito de la Administración General del Estado en el apartado 4.b) del artículo 94 de la Ley

40/2015, de 1 de octubre, que consolida positivamente la figura del personal laboral "a extinguir". Así, este precepto dispone que:

"El personal de los organismos públicos extinguidos se podrá integrar bien en la Administración General del Estado o bien en el nuevo organismo público que resulte de la fusión o en el organismo público absorbente (...).

La integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición de «a extinguir», debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades del organismos donde se integren.

Esta integración de personal no supondrá, en ningún caso, la atribución de la condición de funcionario público al personal laboral que prestase servicios en los organismos públicos fusionados".

En este sentido, la solución organizativa adoptada no ha sido discutida jurídicamente, permanece vigente y viene siendo utilizada en el ámbito de la Administración General del Estado en procesos de integración del personal provenientes de organismos y entidades estatales.

De esta manera, los empleados públicos laborales que se incorporen vendrían a seguir realizando funciones propias del funcionario de carrera, pero una vez se extinga su vinculación con la Administración dichas funciones deberán pasar a ser desempeñadas por personal funcionario. Se extinguiría en este supuesto la categoría o naturaleza del prestador pero no las funciones.

Por otra parte, cabe señalar que si bien es cierto que la integración como personal laboral indefinido no fijo ha sido tradicionalmente utilizada en otros procesos de integración de personal laboral propio de entidades del sector público (sociedades mercantiles, fundaciones y consorcios), se considera que esta posibilidad podría producir preocupación jurídica sobre su compatibilidad con el artículo 44 del ET en la medida que no se mantendría el mismo régimen jurídico que dio lugar a la contratación de los trabajadores. Además, hay que recordar que, a diferencia de estas entidades

del Sector Público, el IAA es una entidad de Derecho Público, con la consideración de administración pública, por lo que su personal laboral indefinido propio tienen la condición de empleados públicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013) pues el elemento esencial en los procesos de integración del personal proveniente de entidades no es tanto el relativo a la organización y características de las pruebas selectivas sino a la titularidad y naturaleza del convocante.

No obstante, cabe señalar que dado que la selección de este personal se produjo por esa entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y diferenciada (aunque vinculada a la Administración de la Comunidad Autónoma), la incorporación no debe suponer en ningún caso la atribución de la condición de funcionario público, y así se recoge correctamente en el apartado primero de la disposición adicional segunda del Anteproyecto, pero tampoco puede suponer la atribución de la condición de personal laboral fijo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, accediendo únicamente a tal condición mediante la superación de las pruebas selectivas que se convoquen en ejecución de oferta de empleo público aprobada por el Gobierno de Aragón, en la línea de lo previsto en la precitada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013, evitando de esta manera que este personal pueda participar en eventuales procesos de funcionarización. En consecuencia, se propone la siguiente redacción:

Disposición adicional segunda.

1. El personal con contrato laboral fijo perteneciente al Instituto Aragonés del Agua que, hasta la entrada en vigor de esta ley, estuviera prestando sus servicios en el mismo pasará a incorporarse en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón con la condición de «a extinguir» manteniendo el mismo régimen jurídico que dio origen a su contratación, sin que ello suponga la atribución de la condición de funcionario público ni de personal laboral fijo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Este personal sólo podrá acceder a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón a través de la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público.

Con la redacción propuesta se trataría de una incorporación limitada en cuanto a los derechos que de ella derivan, que se restringen a los que corresponden al

régimen jurídico de su contrato aboral de duración indefinida y sin que se equiparen a los que corresponden al personal funcionario y laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y en línea, por tanto, con la finalidad de la normativa europea y nacional en materia de sucesión de empresas, que no es otro que el mantenimiento de los derechos de los trabajadores.

Por otro lado, a lo largo de la disposición adicional segunda se utilizan de forma indistinta los verbos "integrar" e "incorporar" aludiendo a la misma circunstancia cuando en realidad se refieren a dos cosas distintas. Desde este Centro Directivo se considera que este personal no se integra en la Administración de la Comunidad Autónoma en tanto no adquiere la condición de personal funcionario ni de laboral de la Administración autonómica, sino que en la medida en que se mantiene el mismo régimen jurídico que dio lugar a su contratación con la condición de "a extinguir" técnicamente sería más ajustado utilizar a lo largo de la disposición adicional el verbo incorporar, por lo que se sugiere su sustitución por resultar más adecuado con la fórmula jurídica adoptada para este personal en el Anteproyecto de Ley.

Asimismo, la consideración del personal laboral "a extinguir", en coherencia con su naturaleza, impediría a su vez, la posibilidad de participar en procesos de movilidad voluntaria que se convoquen por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por lo que respecta a su régimen retributivo e incorporación efectiva, se estima correcta la aplicación de la Ley 1/2017, de 8 de febrero, así como lo previsto en esa disposición adicional, respecto de las condiciones de trabajo de este personal, a lo

establecido en el VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Es cuanto procede informar.

Zaragoza, 31 de mayo de 2017

EL DIRECTOR GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS



Ignacio Zarazaga Chamorro